



UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ

JOURNAL OF THE COURT OF
JURISDICTIONAL DISPUTES

Altı Ayda Bir Yayınlanan Uluslararası Hakemli Dergidir
An International Peer-Reviewed Journal Published Semi-Annually

ISSN: 2147-8376

SAYI/ISSUE: 18 • ARALIK/DECEMBER 2021

Dergide yayımlanan makaleler yazarların kendi kişisel görüşleri olup, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin görüşlerini yansıtmamaktadır. Eserde yer alan görüş ve değerlendirmeler, Uyuşmazlık Mahkemesi'ni bağlayacak mahiyette resmî bir yorum olarak kabul edilemez.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ
Journal of the Court of Jurisdictional Disputes
Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi UMD Kısaltmasını Kullanır

*

Sahibi / Owner
Celal Mümtaz AKINCI
Uyuşmazlık Mahkemesi Başkanı

*

Editör / Editor
Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri

*

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editor in Chief
Şafak ŞAKAR
Uyuşmazlık Mahkemesi Yazı İşleri Müdürü

*

Yayın Kurulu / Editorial Board
Mevlüt DÖNERTAŞ
Uyuşmazlık Mahkemesi Genel Sekreteri
Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı
Çetin AKKAYA
Yargıtay 5. Ceza Dairesi Üyesi
Dr. Abdullah TEKBAŞ
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Birol KIRMAZ
Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

*

Yayın Yönetim Merkezi / Publication Management Center
Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı Mehmet Selim Kiraz Bulvarı
No: 4, 06805, Çankaya - Ankara / TÜRKİYE
Tel: 0312 489 82 04 - 07 • Faks: 0312 489 80 59
Web: dergi.uyusmazlik.gov.tr - www.uyusmazlik.gov.tr

*

Tasarım-Baskı / Design-Print
EPA-MAT
0312 394 48 63
www.epamat.com.tr
Basım yeri: Ankara
Basım tarihi: Aralık 2021
Yıl: 9 Sayı: 18

*

ISSN: 2147-8376

Amacı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamayı amaçlamaktadır.

Kapsamı: Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, yılda iki kez (Haziran ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir.

Yayın İlkeleri ve Yazım Kuralları

Yayın İlkeleri

1. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ICMJE (International Committee of Medical Journal Editors) tavsiyeleri ile COPE (Committee on Publication Ethics)'un Editör ve Yazarlar için Uluslararası Standartları dikkate alır.
2. Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, ULAKBİM, Asos ve Ebscohost tarafından taranan ve "Hakemli Dergi" statüsünde altı ayda bir yayımlanan, çift-kör hakem değerlendirmesinin uygulandığı bir dergidir.
3. Daha önce başka bir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş eserler kabul edilir.
4. Yayımlanan makalelerden kaynaklanan her türlü sorumluluk yazarlarına aittir ve dergide yayımlanan yazılar kaynak gösterilmeden başka bir yerde kullanılamaz.
5. Makalenin hangi sayıda yayınlanacağı Uyuşmazlık Mahkemesi Yayın Kurulu'nun yetkisindedir.
6. Makale, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi Yayın Kurulu'nun izni olmadan geri çekilemez.
7. Hakemlere ve yazarlara "*Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşlenme Ücretleri Hakkında Yönetmelik*" çerçevesinde telif ücreti ödenir.
8. Gönderilen eserin yazım açısından son kontrollerinin yapılmış olduğu ve yayıma hazır olduğu kabul edilir. Bu konudaki sorumluluk yazar/yazarlara aittir. Bununla birlikte derginin dizgisinin yapıldığı tarihe kadar editörün/yayın kurulunun görüşü alınmak şartı ile yazılarda yeni bir hakem incelemesi gerektirmeyecek ve mevcut hakem raporlarıyla çalışmayacak ufak değişiklikler yapılabilir.
9. Yayın Kurulunca ilk incelemesi yapılan yazılar değerlendirilmek üzere hakemlere gönderilir. Yazılar en az iki hakem incelemesine tabi tutulur. Hakemler yazıların yayımlanmasına, yayımlanmasının uygun olmadığına veya düzeltilerek yayımlanması hususunda görüş bildirebilirler. Her iki hakemin de olumsuz görüş bildirmesi halinde yazıların yayım talebi reddedilir. İki hakemden birinin olumlu diğerinin olumsuz görüş bildirmesi halinde ilgili yazı üçüncü bir hakeme gönderilebilir. Yazarlar hakem süreçlerinden en kısa sürede haberdar edilir.

10. Eserde yazım hatalarının olağanın dışında olması, yayın ilkelerine ve kurallarına uyulmaması eserin Yayın Kurulu tarafından geri çevrilmesi için yeterli görülecektir. Yayın Kurulu başka sebeplerle de bir eserin yayımlanması talebini reddedebilir. Hakem incelemesinin olumlu şekilde sonuçlanmış olması yazara makalenin yayımlanma hakkını vermez.

Yazım Kuralları

1. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde özetlerin yine Türkçe ve makalenin yazıldığı dilde Makale ismi ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek gönderilmesi gereklidir.
2. Yazılar; “Microsoft Word” programında hazırlanmış olmalıdır. Ana metin, 16x24 ebadında, sayfanın üst tarafından 3 cm, alt, sağ ve sol taraflarından 2,5 cm kenar boşlukları bırakılmış, 10,5 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, dipnotlar 8 punto “Palatino Linotype” karakteriyle, 13,2 mm satır aralığı ve paragraflarında 5 mm girinti bırakılarak yazılmış olmalıdır.
3. Makaleler, kaynakça ve dipnotlar dahil 12.000 kelimedenden çok olmamalıdır.
4. Yayımlanması talep edilen makalelerin www.uyusmazlik.gov.tr veya www.dergi.uyusmazlik.gov.tr adresi üzerinden gönderilmesi gerekmektedir. Ayrıca derginin elektronik versiyonuna da bu adreslerden erişilebilir.
5. Gönderilecek eserlerin ilk sayfasında yazar(lar) hakkında şu bilgiler bulunmalıdır: Ad-soyad, unvan, çalışılan kurum, e-posta ve ORCID ID bilgileri.
6. Gönderilen makalelerin başlığı metne uygun; kısa ve açık ifadede olmalıdır.
7. Eserlerde kullanılacak tüm referanslar, Tablo ve Şekiller Chicago stili kullanılarak düzenlenmelidir. Chicago hakkında daha fazla bilgi için lütfen https://owl.purdue.edu/owl/research_and_citation/chicago_manual_17th_edition/cmos_formatting_and_style_guide/chicago_manual_of_style_17th_edition.html internet sitesini ziyaret ediniz.
8. Başlıklardan sonraki ilk satırda paragraf girintisi kullanılmaz sola yaslı olarak paragraf başlatılır. Sonraki paragraflar için paragraf girintisi kullanılmamalıdır.
9. Eserde irdelenen konuyla doğrudan ilgisi olmayan ancak açıklanmak veya detay bilgi verilmek istenen kısımlar dipnot yöntemiyle esere eklenmelidir.
10. Eserlerin sonunda Chicago referans sistemine göre hazırlanacak alfabetik biçimde dizilmiş bir kaynakça bulunmalıdır.

UYUŞMAZLIK MAHKEMESİ DERGİSİ



Veri Tabanlarında Taranmaktadır.

DANIŞMA KURULU / ADVISORY BOARD

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet BİLGİN
Hasan Kalyoncu Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet GÜRBÜZ
Bingöl Üniversitesi
İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Mithat KILIÇOĞLU
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ahmet Nezh KÖK
Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Ali AKYILDIZ
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuku Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Anıl ÇEÇEN

Prof. Dr. Atila ÖZER

Prof. Dr. Ayşe Füsün ARSAVA
Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe NUHOĞLU AYKUT
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cevdet YAVUZ
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN
Hakimler ve Savcılar Kurulu Üyesi

Prof. Dr. Çetin ARSLAN
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Elif GÖKÇEARSLAN ÇİFCİ
Ankara Üniversitesi
Sağlık Bilimleri Fakültesi

Prof. Dr. Elif Sibel ÇAKAR
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Emine TUNCAY KAPLAN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ender Ethem ATAY
Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdal YERDELEN
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erol ULUSOY

Prof. Dr. Faruk AŐICIOĞLU
İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Kurumu

Prof. Dr. Faruk TURHAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gürcan ALTUN
Trakya Üniversitesi Tıp Fakültesi

Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Halil AKKANAT
İstanbul Üniversitesi, Türk Alman
Üniversitesi

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU
İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Hasan TUNÇ
Uluslararası Kıbrıs Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. İbrahim ÖZBAY
Tokat GaziosmanpaŐa Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ
Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. İsmail KIRCA
TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kayhan İÇEL
İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR

Prof. Dr. M. Macit KENANOĞLU
Türk - Alman Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mahmut KOCA
İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Metin GÜNDAY

Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Fatih YAVUZ

Prof. Dr. Mustafa KOÇAK

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müslüm AKINCI

Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nasi ASLAN

Çukurova Üniversitesi İlahiyat
Fakültesi

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

Prof. Dr. Nihat BULUT

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Nur CENTEL

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray EKŞİ

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Osman DOĞRU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Pervin SOMER

Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ramazan GÖKBUNAR

Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve
İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Salih CENGİZ

İstanbul Rumeli Üniversitesi Sağlık
Hizmetleri Meslek Yüksekokulu

Prof. Dr. Selami KURAN

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dekanı

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selma ÇETİNER

İstanbul Gedik Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serap AKİPEK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İNCEOĞLU

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK ÖCAL

TED Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Tayfun AKGÜNER

İstanbul Gedik Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Timur DEMİRBAŞ

Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Veli Özer ÖZBEK

İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yener ÜNVER

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Yüksel METİN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Prof. Dr. Ziya AKINCI

Galatasaray Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Devrim AYDIN

Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler
Fakültesi

Doç. Dr. Gürsel ÖZKAN

Danıştay 13. Daire Üyesi

Doç. Dr. İlke GÖÇMEN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. İştah URHANOĞLU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Rifat Murat ÖNOK

Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sinan BAYINDIR

Piri Reis Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Taylan BARIN

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Adnan KÜÇÜK

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi İdris Hakan FURTUN

Çankırı Karatekin Üniversitesi Hukuk
Fakültesi



İÇİNDEKİLER / CONTENTS

Araştırma Makaleleri

Dr. Emre AKBULUT

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararları Işığında Kamu

Görevlilerinin İfade Özgürlüğü ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı

(Public Servants' Freedom of Expression in the light of the Judgments of the European Court of Human Rights and the Turkish Supreme

Administrative Court's Approach on the Matter) 1-47

Doç. Dr. Emel BADUR

Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Borçlar Hukuku Açısından

Değerlendirilmesi

(Evaluation of the Mediation Agreement from the standpoint of the Law of

Obligations) 49-87

Arş. Gör. Dr. Süleyman Burak GÜNDOĞDU

Anayasa Mahkemesinin İcra ve İflâs Hukukundaki Şikâyet

Müessesesine Hukukî Dinlenme Hakkı Açısından Yaklaşımı

(The Constitutional Court's Approach to the Complaint Institution in the

Enforcement and Bankruptcy Law in terms of the Right to be Heard) 89-116

Dr. Öğr. Üyesi Necip Taha GÜR

Kamuya Ait Taşınmaz Malların Etkin Kullanılma Usulü Olarak

İdareler Arası Mal Devri ve Yargı Kararlarındaki Görünümü

(Transfer of Public Goods between Administrations as an Effective Use of

Public Immovable Goods and Its Reflection in Judicial Decisions) 117-143

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA

Dr. Öğr. Üyesi Seyhan SELÇUK

Adî Konkordatoda Rehinli Malm Satış Yasağı ve İstisnaları

(Prohibition of the Sale by Auction of the Pledged Goods during the

Ordinary Concordat Period and the Exceptions thereof) 145-189



Yasin KÖSE

***Medenî Usûl Hukukunda Yetkisizlik Halinde Verilmesi
Gereken Karar***

*(Decision in case of Geographical Incompetence of the Court in Civil
Procedure Law)* 191-212

Arş. Gör. Dr. Alper Tunga KÜÇÜK

***Medenî Usûl Hukukunda Davacının Talep Sonucunu
Genişletmesi veya Değıştirmesi***

*(Extension or Modification of Initial Claim by the Claimant in Civil
Procedural Law)* 213-252

Dr. Furkan OLGAÇ

Atanmış Mirasçılık Belgesi ve Vasiyet Alacaklısı Belgesi

(Appointed Heir Certificate and Legatee Certificate) 253-282

İbrahim Ethem SEZER

***Seçimlerin Serbestliğı İlkesi Bağlamında Mektupla
Oy Kullanımı***

*(Correspondence Voting within the context of the Principle of
Freedom of Elections)* 283-307

Arş. Gör. Burak TAŞ

Ceza Mahkemeleri Arasında Bekletici Sorun Kararı

(Decision on Prejudicial Question between Criminal Courts) 309-330

Dr. Öğr. Üyesi Hatice TÜRKAY

Uluslararası Hukukta Terör Eylemlerine Karşı Kuvvet Kullanımı

(Use of Force in case of Terrorist Acts in International Law) 331-367

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ

***Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Suçun Yapısı İçerisindeki
Yeri ve Muhtevası***

*(Justified Causes in the context of Criminal Act and the
Contents thereof)* 369-416



Lisansüstü Tez Makalesi

Dr. Zeki UYSAL

Türk İdari Yargısında İçtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesine Yönelik Çözüm Önerileri

(Suggestions for Solutions for the Preventing and Removing Conflict Judgments in Turkish Administrative Judiciary)..... 417-455

Araştırma Makalesi

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL

Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolunda Bir Kabul Edilemezlik Sebebi Olarak Temellendirilmemiş Şikâyet ve Cemal Günsel Kararı Üzerine Bir İnceleme

(The Turkish Constitutional Court Case-law on Unsubstantiated Complaints as a Ground of Inadmissibility: A Study on the Decision of Cemal Günsel) 457-487



İNSAN HAKLARI AVRUPA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ ve DANIŞTAYIN KONUYA YAKLAŞIMI

(Public Servants' Freedom of Expression in the light of the Judgments of the European Court of Human Rights and the Turkish Supreme Administrative Court's Approach on the Matter)

Dr. Emre AKBULUT¹

ÖZ

Kamu görevlileri, tâbi oldukları statü hukuku kurallarına bağlı olarak, bu kapsamda kamu idarelerine karşı sahip oldukları sadakat ve sır saklama ödevi ile kamu hizmetinden yararlananlara karşı yüklenedikleri tarafsızlık ödevi gereğince, ifade özgürlüğü kullanımlarında diğer bireylerden farklı ilave bir takım sınırlamalara maruz kalabilmektedirler. Bununla birlikte ifade özgürlüğüne İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi ile sağlanan güvenceler ve maddede öngörülen sınırlandırma rejimi, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü açısından da geçerlidir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, bu işlemlerin – diğerlerinin yanı sıra- demokratik toplumda gereklilik koşuluna uygun şekilde tesis edilmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede çalışmada, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler açısından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinin ve özellikle maddede öngörülen demokratik toplumda gereklilik koşulunun, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından ne şekilde yorumlandığı ve uygulandığı incelenecektir. Akabinde kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren yakın tarihli kararlarından hareketle, Danıştay'ın konu hakkındaki yaklaşımının İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin gereklilikleri ile uyum arz edip etmediği sorusuna cevap aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: İfade özgürlüğü, kamu görevlisi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi, demokratik toplumda gereklilik, Danıştay

1 İdarî Hâkim, TBMM Başkan Başmüşaviri. dr.emreakbulut@gmail.com, ORCID: 0000-0002-7031-4166.



ABSTRACT

Public servants, differently from other individuals, may be subject to some additional restrictions in exercising of their freedom of expression as a result of rules deriving from their legal status and in this context, due to their duty of loyalty and discretion to public authorities and the obligation of impartiality they owe to those using public services. However, safeguards enshrined in Article 10 of the European Convention on Human Rights for the freedom of expression and the limitation clause stipulated in that article are applicable also for public servants' freedom of expression. Therefore, in order for administrative acts interfering with public servants' freedom of expression to be accepted as lawful, these acts must, *inter alia*, be in compliance with the requirement of necessity in a democratic society. In this context, in the study it will be examined how Article 10 of the European Convention on Human Rights and especially the requirement of the necessity in a democratic society prescribed therein are construed and implemented by the European Court of Human Rights, in respect of interferences with public servants' freedom of expression. Then, departing from its recent decisions concerning public servants' freedom of expression, an answer will be sought to the question of whether the Turkish Supreme Administrative Court's approach to the matter is in line with requirements of the European Convention on Human Rights or not.

Keywords: Freedom of expression, public servant, European Convention on Human Rights, necessity in a democratic society, Turkish Supreme Administrative Court

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 26. maddesinde "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti" başlığı altında düzenlenen ifade özgürlüğü hakkı (*the right to freedom of expression*), Türkiye'nin 18 Mayıs 1954'te taraf olduğu² İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Sözleşme – İHAS) 10. maddesinde güvence altına alınmıştır. Maddeye göre bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, bir görüşe sahip olma, haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğünü kapsamına almaktadır.

2 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatyenum=005>
erişim tarihi: 08.08.2021

İHAS ile güvence altına alınan diğer bir çok hak gibi ifade özgürlüğü hakkı da mutlak bir hak değildir ve kural olarak müdahalelere/sınırlamalara konu olabilecektir. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler açısından bazı koşullar belirlemiştir. Bu çerçevede ifade özgürlüğünün kullanılmasına yönelik herhangi bir müdahalenin Sözleşme Hukukuna uygun kabul edilebilmesi için şu üç koşulun bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir:

- i – müdahale hukuken öngörülebilir olmalı, diğer bir ifadeyle müdahalenin iç hukuk düzeninde öngörülebilir ve erişilebilir bir hukukî dayanağı bulunmalıdır (*öngörülebilirlik* koşulu),
- ii – müdahale, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan sınırlı sayıdaki meşru amaçtan³ birini gerçekleştirmek üzere yapılmalıdır (*meşru amaç izleme* koşulu), ve
- iii – müdahale, demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilmelidir (*demokratik toplumda gereklilik* koşulu).

Sözleşme metninde kamu görevlilerini⁴, 10. madde ile ifade özgürlüğüne getirilen korumanın dışında tutmayı gerektirecek herhangi bir normatif dayanak bulunmamaktadır. Bilakis Sözleşme'nin 10. maddesinde ifade özgürlüğü hakkının sujesi belirlenirken herhangi bir ayrıma gidilmeksizin ya da herhangi bir niteleme yapılmaksızın, “herkesin” bu hakka sahip olduğu vurgulanmıştır.⁵ Bu bağlamda 10. madde Sözleşme'nin 1. ve 14. maddeleriyle birlikte ele alındığında, “Sözleşme’ye taraf olan devletlerin yargısal yetki alanında bulunan herkes”in (m.1 ve 10), *cinsiyetine, uyruğuna, rengine, diline, dinine, siyasi düşüncesine, ulusal veya toplumsal kökenine, ulusal bir azınlığa mensubiyetine, malvarlığı, doğum ya da diğer bir statüye sahip olmasına* bakılmaksızın (m.14) ve dolayısıyla bir kamu kurumu ile arasında var olan iş ilişkisine de bağlı olmaksızın ifade özgürlüğüne sahip olduğu belirtilebilecektir.

3 Ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, suçun veya kargaşanın önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın korunması, başkalarının saygınlığının veya haklarının korunması, gizli şekilde elde edilmiş bir bilginin açığa çıkmasının engellenmesi veya yargı otoritesinin ve tarafsızlığının korunması amaçlarından

4 Çalışma kapsamında “kamu görevlisi” deyimini ile öğretide “dar anlamda kamu görevlisi” şeklinde de nitelendirilen, Devlet’te veya diğer kamu tüzel kişilerinde, kamu hukuku ilke ve kurallarına göre istihdam edilen personel kastedilmektedir. bkz. YILDIRIM Turan, KARAN Nur, **İdare Hukuku I**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.278; GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt II**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s.554; GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004, s.516; AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s.546; ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s.825-826.

5 Aynı durum, Anayasa’nın 26. maddesi açısından da geçerlidir.



Nitekim İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (Mahkeme – İHAM) kararlarında Sözleşme'nin 10. maddesi ile ifade özgürlüğü bakımından öngörülen korumanın kamu görevlilerini de kapsamına aldığı açıkça ifade edilmiştir.⁶ Bu bağlamda ifade özgürlüğü hakkı işyerinin veya kamu kurumlarının kapısında duran bir hak değildir⁷ ve kamu görevlileri, kamu görevlisi olmayı kabul etmekle ifade özgürlüğü kapsamındaki haklarının tamamından feragat etmemektedirler.⁸ Dolayısıyla kamu görevlileri de, Sözleşmeye taraf devletlerin yetki alanlarındaki diğer tüm bireyler gibi ifade özgürlüğüne sahiptirler ve bu özgürlük, onlar açısından da ancak 10. maddenin 2. fıkrasındaki üç koşulun yerine getirilmesi durumunda sınırlandırılabilir.

Bununla birlikte kamu görevlilerinin normal vatandaşlardan farklı konumda oldukları, işverenleri konumunda bulunan kamu idarelerine karşı gerek mevzuat hükümlerinden gerekse hizmet sözleşmelerinden⁹ kaynaklanan bir takım yükümlülüklerle sahip oldukları açıktır. Bunun sonucu olarak kamu görevlileri ifade özgürlüklerini kullanmaları nedeniyle normal bireylerin karşılaşmayacağı bir takım ilave kısıtlamalara veya yaptırımlara maruz kalabilmektedirler. Bu kısıtlama ve yaptırımların neredeyse tamamı hukuk dünyasında idari işlem olarak varlık kazanmakta ve idari yargı mercileri nezdinde yargısal denetime tâbi olmaktadır. Bu durum şüphesiz konunun idare hukuku açısından önemini ortaya koymaktadır. Diğer taraftan Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrası, söz konusu kısıtlama veya yaptırımların hukuka uygunluğu incelenirken idare hukuku ilkelerinin yanı sıra İHAS ile ortaya konulan prensiplerin de dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır.

Bu kapsamda çalışmada öncelikle kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 10. maddesinin İHAM tarafından ne şekilde yorumlandığı üzerinde durularak, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusunda İHAS Hukuku'nun ne öngördüğü ortaya konulmaya çalışılacak; akabinde benzer durumlarda Danıştay'ın sergilediği yaklaşım incelenerek,

6 Vogt/Almanya (Büyük Daire), no.17851/91, 26.09.1995, p. 53; Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık (Büyük Daire), no.22954/93, 02.09.1998, p.56; Guja/Moldova (Büyük Daire), no.14277/04, 12.02.2008, p.52.

7 Mahkeme bu hususa *Grigoriades* kararında "10. madde askerî barakaların kapısında durmaz." cümlesiyle değinmiştir. *Grigoriades/Yunanistan* (Büyük Daire), no.24348/94, 25.11.1997, p.45.

8 MAHONEY Paul, "Free Speech of Civil Servants and Other Public Employees", in: **Freedom of Expression - Essays in honour of Nicolas Bratza**, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2012, s.258.

9 Sözleşmeli kamu personeli açısından

bu yaklaşımın Sözleşme Hukuku ile uyum içerisinde olup olmadığı sorusuna cevap aranacaktır.

I. İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KULLANIMINDA ÖDEV VE SORUMLULUK KAVRAMI

A. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Uygulamasında

İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrası, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin tâbi olduğu koşulları belirlemenin yanı sıra, *“ifade özgürlüğünün kullanılmasının ödevler ve sorumluluklar yüklediğini”* de belirtmektedir.¹⁰ İHAM'a göre Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrasında geçen *“ödevler ve sorumluluklar”* kavramı, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda özel bir öneme sahiptir ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin orantılılığını belirleme konusunda Sözleşmeciler devletlere belli bir takdir marjı tanımaktadır.¹¹ İHAM'ın bu yorumundan ve ayrıca konuya ilişkin kararlarındaki genel yaklaşımından hareketle kamu görevlilerinin, toplumdaki farklı konumları sebebiyle, Sözleşme Hukukunda daha dar kapsamlı bir ifade özgürlüğü korumasından yararlandıkları söylenebilecektir.¹²

İHAM kararlarına göre kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünün diğer bireylerin ifade özgürlüklerine göre daha düşük düzeyli bir korumadan yararlanmasının sebebi, *“kamu çalışanlarının işverenleri konumunda olan kamu idaresine karşı sadakat ve sır tutma ödevlerinin olmasıdır. Demokratik bir toplumda kamu görevlilerinin misyonu, hükümete görevlerini yerine getirirken yardımcı olmak olduğundan ve kamuoyu kendilerinden demokratik yollarla seçilen hükümete engel olmalarını değil yardımcı olmalarını beklediğinden ... ayrıca kamu görevlileri pozisyonları gereğince hükümetin çeşitli yasal nedenlerle gizli tutmak istediği bilgilere erişim imkanına sahip olabildiklerinden ... söz konusu sadakat ve sır saklama ödevi kamu görevlileri açısından büyük önemi haizdir.”*¹³ Yine Mahkeme kararlarında ifadesini bulan *tarafsızlık ödevi* de¹⁴, *sadakat ve sır saklama yükümlülüklerinin* yanı sıra, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü bakımından normal vatandaşlara kıyasla daha düşük

10 Belirtilmelidir ki 10. madde, hak tanıdığı bireyler açısından ayrıca ödev ve sorumluluk vurgusu yapan İHAS'ın tek maddedir. Bkz. MAHONEY, s.258.

11 Vogt/Almanya, p.53; Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık, p.61.

12 Zira normal bireyler ifade özgürlüklerini tarafsızlık, sadakat ya da sır saklama gibi yükümlülüklerle riayet etmek durumunda kalmadan kullanabileceklerdir. Benzer yönde bkz. MAHONEY, s.258-259.

13 Guja/Moldova, p.71.

14 Bkz. Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık, p.63.



bir korumadan yararlanmalarını gerektiren gerekçelerden biri olarak ifade edilebilecektir.

Bununla birlikte kamu görevlilerinin bünyesinde çalıştıkları kamu idarelerine karşı sahip oldukları tarafsızlık, sadakat ve sır saklama gibi yükümlülükler, kamu görevlilerinin de ifade özgürlüğüne sahip olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Bu çerçevede her ne kadar İHAS'ın 10/2. maddesinde "*ifade özgürlüğünün kullanılmasının ödevler ve sorumluluklar yüklediği*" belirtilse ve Mahkeme bu hükmün kamu görevlileri açısından özel bir önem taşıdığını ifade etse de; Sözleşme Hukukunda ifade özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için geçerli olan kurallar kamu görevlileri açısından da aynen uygulanacaktır. Dolayısıyla kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin İHAS'a uygun kabul edilebilmesi, ancak 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan üç koşulun (*hukuken öngörülebilir olma, meşru amaç izleme ve demokratik toplumda gereklilik* koşullarının) bir arada gerçekleşmesi durumunda mümkün olabilecektir.

B. Türk İdare Hukukunda

Türk İdare Hukuku'nda kamu görevlilerinin statü hukukuna tâbi oldukları kabul edilmektedir.¹⁵ Buna göre kamu görevlileri, kamu görevlisi olarak atanmakla atandıkları kadro/pozisyon için önceden ihdas edilmiş bulunan genel ve soyut hukuk kurallarına yani statü hukukuna tâbi hale gelmektedirler. Bu kurallar içerisinde kamu görevlilerine (parasal veya özlük haklar gibi) çeşitli menfaatler sağlayanlar bulunduğu gibi, ödev ve sorumluluk yükleyenler de bulunmaktadır. Şüphesiz kamu görevlileri açısından öngörülen bu sorumluluklar kapsamında "ifade özgürlüğü" ile ilgili birtakım kısıtlamalara riayet etmek de yer almaktadır.

Örneğin Türk İdare Hukuku'nda devlet memurları Anayasa'ya ve kanunlara sadık kalmak (657 sayılı Kanun (SK), madde (m.) 6), görevlerini tarafsız şekilde yerine getirmek, bu kapsamda herhangi bir siyasi partinin, kişinin veya grubun yararını veya zararını hedef tutan eylemlerden ve dolayısıyla bu nitelikteki ifade açıklamalarından kaçınmak (657 SK, m.7), yetkili olmadıkları halde basına bilgi ve demeç vermemek (657 SK, m.15), gizli bilgileri açıklamamak (657 SK, m.31), görev sırasında âmirlerine sözle saygısızlık etmemek (657 SK, m.125/C),

¹⁵ YAYLA Yıldızhan, *İdare Hukuku*, Beta Yayınları, İstanbul, 2009, s.283; GÖZLER, s.584-585; GÜNDAY, s.519.

herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına (ifade açıklamaları dâhil) faaliyette bulunmamak (657 SK, m.125/D), siyasi ve ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart basmamak, dağıtmamak veya bunları kurumun herhangi bir yerine asmamak (657 SK, m.125/E) gibi yükümlülüklerle tâbidirler. Bu yükümlülüklerle uygun hareket etmeyen Devlet memurları açısından yine kanunda (657 SK, m.125) çeşitli disiplin yaptırımları öngörülmüş bulunmaktadır.¹⁶

Ancak bir üst başlıkta da belirtildiği gibi, kamu görevlileri açısından iç hukukta öngörülen ve statü hukukunun gereği olan bu gibi yükümlülükler, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü korumasından yararlanmadığı anlamına gelmemektedir. Kamu görevlisi olmaları kişileri temel hak ve özgürlüklerin kullanımı noktasında Anayasa ve İHAS ile sağlanan korumanın kapsamı dışına çıkarmadığı için; kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemlerin, mevzuat hükümleri ile Türk İdare Hukuku ilkelerinin yanı sıra İHAS'ın 10'uncu maddesinde öngörülen *hukuken öngörülebilir olma*, *meşru amaç izleme* ve *demokratik toplumda gereklilik* koşullarına uygun şekilde tesis edilmeleri gerekmektedir.

Bu noktada belirtilmelidir ki, konuyla ilgili Danıştay veya idari yargı mercileri önüne taşınan uyuşmazlıklarda söz konusu koşullardan *"hukuken öngörülmüş olma"* ve *"10/2. maddede sayılan meşru amaçlardan birini izleme"* koşullarının somutlaştırılması ve dolayısıyla yerine getirilmiş sayılıp sayılmayacaklarının tespiti çoğu kez kolaydır. Örnek vermek gerekirse, kamu görevlilerinin kullandıkları ifadeler nedeniyle çeşitli yaptırımlara maruz kaldıkları hallerde bu yaptırımlar, genellikle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun gibi erişilebilir ve öngörülebilir nitelikteki mevzuat hükümlerine dayanıyor olacaktır. Yine bu yaptırımların tamamının genel olarak kurum düzenini¹⁷, dolayısıyla kurumda görev yapan diğer kamu görevlileri ile kamu kurumunun hizmet sunduğu bireylerin haklarını korumayı amaçladığı,

16 Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüyle ilgili kısıtlama öngören benzer hükümlere başka kanunlarda da rastlanmaktadır. Örneğin bkz. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu m.53, 7068 sayılı Genel Kolluk Disiplin Hükümleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararnamenin Kabul Edilmesine Dair Kanun m.8.

17 "... memurların kurumun düzenini bozucu tutum ve davranışları disiplin sorumluluğu sonucunu doğurur." ATAY, s.917; "Devlet memurları için öngörülen disiplin cezalarının genel amacı kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak olduğundan ..." KAMAN KARAN Nur, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s.95.



bunun da Sözleşme'nin 10/2. maddesinde yer alan “başkalarının haklarının korunması” şeklindeki meşru amacın kapsamında kaldığı ifade edilebilecektir.

Ne var ki “demokratik bir toplumda gerekli olma” ölçütünün somut uyuşmazlıklar özelinde gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesi açısından aynı kolaylığın var olduğunu söyleyebilmek mümkün görünmemektedir. Bu noktada sadece kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlıklarda değil, ifade özgürlüğünün kısıtlandığı bütün uyuşmazlıklarda en muğlak alanı, müdahalenin *demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının belirlenmesi* oluşturmaktadır. Yine söz konusu zorluk sebebiyle ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler bakımından önceden belirlenmiş, genel geçer kriterlerden hareketle, bir müdahalenin hangi durumlarda demokratik toplumda gerekli kabul edilebileceğini söylemek mümkün görünmemektedir.

Konuyla ilgili İHAM kararları incelendiğinde de Mahkemenin, kararlarının önemli bir kısmını *demokratik toplumda gereklilik* incelemesine ayırdığı gözlemlenmektedir. Bu çerçevede Mahkeme baktığı uyuşmazlıklarda, -kamu görevlilerinin tarafsızlık, sadakat ve sır saklama ödevlerinin yanı sıra- her somut olayın kendine özgü koşullarını ve tüketici olmayan bir yolla çok sayıda farklı unsuru dikkate alarak müdahalenin demokratik toplum açısından gerekliliği konusunda bir sonuca ulaşmaktadır. Yine demokratik toplumda gereklilik belirlemesi yaparken Mahkemenin her somut olayda kamu görevlilerinin tarafsızlık, sadakat ve sır saklama yükümlülüklerine atfettiği değer farklılık arz edebilmektedir. Dolayısıyla kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik Sözleşme Hukuku ve bunun Türk İdare Hukukuna yansımaları hakkında fikir sahibi olabilmek, özellikle de kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahalenin hangi hallerde demokratik toplumda gerekli kabul edileceğini öngörebilmek, konuyla ilgili mümkün olduğunca fazla sayıda İHAM içtihadının incelenmesini gerektirmektedir.

II. İHAM KARARLARINDA KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Bu başlık altında kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüyle ilgili olan ve içeriğinde ortaya konulan ilkelerden hareketle benzer uyuşmazlıklarda yol gösterici olma niteliğini hâiz bulunan bazı İHAM kararları özetlenmeye çalışılacaktır. Ayrıca aktarılacak kararların tamamında İHAM, 10. maddenin 2. fıkrasında sayılan ilk iki koşulun



(*hukuken öngörülebilir olma ve meşru amaç izleme koşullarının*) varlığı açısından bir sorun görmediği için; özetleme yapılırken sadece maddi olayın özelliklerine ve Mahkeme'nin *demokratik toplumda gereklilik* değerlendirmesi yaparken üzerinde durduğu hususlara değinilecektir.¹⁸

A. Siyasi Parti Üyesi Öğretmenin Meslekten Çıkarılması – Vogt Kararı

1995 yılında Büyük Daire tarafından verilen *Vogt* kararı, İHAM'ın ifade özgürlüğü konusunu kamu görevlileri ekseninde ele aldığı en eski kararlarından biridir. Bu bağlamda Sözleşme'nin 10. maddesinin kamu görevlileriyle ilgili uyumsuzluklara uygulanması noktasında Mahkeme içtihadında halen geçerli kabul edilen ve hemen hemen her kararda atfı yapılan ilkeler,¹⁹ ilk olarak *Vogt* kararıyla ortaya konulan prensiplerdir.

Vogt kararına konu olan olaylar 1970-1980'li yıllarda Batı Almanya'da yaşanmıştır. Bir ortaokulda öğretmen olan ve esasen mesleğini icrasındaki yeterliliği idareciler, veliler, öğrenciler ve diğer öğretmenler tarafından takdir edilen başvuru, Almanya Komünist Partisi²⁰ bünyesindeki faaliyetleri nedeniyle soruşturma geçirerek meslekten çıkarılmıştır. Başvurucuya soruşturma sürecinde isnad edilen eylem, diğer bir ifadeyle Alman makamları tarafından idari işlemin sebep unsuru olarak ortaya konulan olgu "*başvurucunun bir kamu görevlisi olarak Kamu Personeli Kanunu'nda öngörülen Anayasa'ya sadakat görevini ihlal etmiş olması*"dır. Ulusal mahkemeler, "*başvurucunun -partinin aktif bir üyesi olması sebebiyle- Almanya Komünist Partisi'nin Anayasa ile bağdaşmayan görüşlerini benimsediğinin açık olduğu*" gerekçesine dayanarak, başvuru konusundaki meslekten çıkarılmasını hukuka uygun bulmuşlardır.²¹

İHAM bu kararında, başvuru konusundaki siyasi faaliyetleri sebebiyle meslekten çıkarılmasının demokratik bir toplumda gerekli kabul edilip edilemeyeceğini değerlendirirken bir dizi faktörü ele almıştır. Bu bağlamda Mahkeme önce *müdahalenin ağırlığı* üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre bir ortaokul öğretmenin meslekten çıkarılması çok

18 İHAM'ın ifade özgürlüğü ile ilgili neredeyse tüm kararlarında *demokratik toplumda gereklilik* incelemesi yaparken altını çizdiği (ortak) ilkeler için bkz. *Vogt/Almanya*, p.52; *Zana/Türkiye*, no.18954/91, 25.11.1997. p. 51; *Grigoriades/Yunanistan*, p. 44; *Hertel/İsviçre*, no.25181/94, 25.08.1998, p. 46; *Bédat/İsviçre* (Büyük Daire), 56925/08, 29.03.2016, p.48.

19 İfade özgürlüğünün kamu görevlileri açısından da geçerli olduğu, 10. maddede geçen ödev ve sorumluluk kavramının kamu görevlileri söz konusu olduğunda özel bir önem taşıdığı vb.

20 Almanya Komünist Partisi Batı Almanya'da anayasal sistemin değiştirilmesini ve o dönem Doğu Almanya'dakine benzer komünist bir rejime geçilmesi gerektiğini savunmaktaydı. Bkz. *Vogt/Almanya*, p.20,58.

21 bkz. *Vogt v. Almanya*, p.8-22.



ağır bir tedbirdir; zira böyle bir tedbir ilgili kişinin itibarını zedeleyecek ve onu temel geçim kaynağından mahrum bırakacaktır. Diğer taraftan Almanya’da Devlet kadroları dışında öğretmenlik yapma olanakları çok kısıtlı olduğu için başvurucunun bu müdahale sonrası mesleğini tekrar icra edebilmesi neredeyse imkânsız hale gelmiştir. Mahkeme daha sonra başvurucunun yürüttüğü kamu görevinin niteliği üzerinde durarak, ortaokul öğretmeni olan başvurucunun herhangi bir şekilde güvenlik riski barındıran bir görev icra etmediğini vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca somut olayda başvurucunun kusur durumu, diğer bir ifadeyle başvurucunun eylemlerinin uyuşmazlık konusu disiplin cezasını haklı kılıp kılmadığı üzerinde de durmuştur. İHAM’a göre bir öğretmen olması sebebiyle başvuru, düşüncelerini öğrencilerine aşılama ve onları etkileme imkânına sahiptir. Bununla birlikte somut olayda başvurucuya bu yönde getirilen bir eleştiri bulunmamaktadır. Tersine başvurucunun öğretmen olarak mesleğini icrası üstleri tarafından tam anlamıyla tatmin edici bulunmuş ve başvurucunun öğrenciler, velileri ve meslektaşları nazarında saygın bir konumda bulunduğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede gerek okul içindeki gerek okul dışındaki davranışlarıyla başvurucunun mesleki sorumluluklarını ihlal ettiği veya Anayasaya sadakat görevine aykırı davrandığı konusunda bir delil ileri sürülmemiştir. Son olarak İHAM, başvurucunun üye olduğu siyasi partinin yasal düzen içindeki konumunu dikkate almıştır. Mahkeme’ye göre uyuşmazlıkta Komünist Parti’nin Alman Anayasa Mahkemesi tarafından yasaklanmamış bir siyasi parti olduğu ve dolayısıyla başvurucunun anılan parti kapsamındaki faaliyetlerinin tamamen yasal olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.²²

Sonuç olarak Mahkeme, somut olayda yerel makamların başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi haklı kılmak üzere ileri sürdükleri gerekçelerin, başvurucunun meslekten çıkarılmasının demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ortaya koyabilmek bakımından “yeterli gerekçeler” olmadığı kanaatine ulaşmış²³ ve Almanya’nın Sözleşme’nin 10. maddesini ihlal ettiğine oyçokluğu²⁴ ile karar vermiştir.

22 bkz. Vogt v. Almanya, p.52-61.

23 Vogt v. Almanya, p.61.

24 Karar 9’a karşı 10 oyla alınmıştır. Karara katılmayan üyelerin görüşleri için bkz. Vogt/Almanya, karşı oy yazısı

B. Yerel Yönetim Çalışanlarına Siyaset Yasağı – *Ahmed ve diğerleri Kararı*

1998 tarihli *Ahmed ve diğerleri* kararına konu olayda başvurucular, Birleşik Krallık'ın değişik bölgelerinde çeşitli yerel yönetim birimlerinde çalışan kamu görevlileridir. Birleşik Krallık'ın çeşitli bölgelerindeki yerel yönetim birimlerinde seçimle iş başına gelen görevliler ile sürekli memurlar (bürokratlar) arasında bazı sorunlar yaşanması üzerine ilgili Bakanlık, konuyu ülke çapında araştırması için bir komite görevlendirir. Bu komite hazırladığı raporda mevcut sorunların aşılması için belli bir kademedeki ve üzerinde görev yapan yerel yönetim memurlarının siyasi aktivitelerinin kısıtlanması tavsiyesinde bulunur. Bu tavsiye kararının yayınlanmasından sonra Meclis (Avam Kamarası), 1989 yılında bir kanun çıkararak, ilgili Bakanlar yerel yönetim memurlarının siyasi aktivitelerini kısıtlamak üzere düzenleme yapma yetkisi verir. Bu yetkiye dayanılarak 1990 yılında yürürlüğe konulan düzenleyici işlemle de belli unvan ve kadrolarda görev yapan, belli bir parasal sınırın üzerinde maaş alan, ayrıca seçilmiş üyelere teknik konularda danışmanlık yapan 3 grup yerel yönetim memuru kategorisi için siyasi faaliyetlerde bulunma yasağı getirilir. Bu yasağın çerçevesinde artık bu 3 kategori kapsamındaki memurlar, kamuoyunda belli bir siyasi parti lehine/aleyhine algılanabilecek konuşma veya yayın yapamayacaklardır. Söz konusu yasa ve düzenleyici işlem nedeniyle başvurucuların siyasi faaliyetlerine çeşitli kısıtlamalar getirilmiş; bu kapsamda başvuruculardan bir kısmı çeşitli siyasi partilerde üstlendikleri görevleri bırakmak durumunda kalmış, bir başvurucu yerel seçimlerde bir siyasi partiden açıkladığı adaylığını iptal etmiş ve bir başvurucu yerel seçimlerde aday olan eşi için destek çalışmalarında bulunamamıştır. Başvurucuların kendilerine siyasi faaliyet yasağı getiren düzenlemenin iptali için açmış oldukları dava, yerel mahkemeler tarafından reddedilmiştir.²⁵

İHAM, yerel yönetim memuru olan başvurucular hakkında getirilen siyasi faaliyette bulunma yasağının (bu kapsamda siyasi içerikli ifade açıklamalarından kaçınma yükümlülüğünün) başvurucuların ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğunu saptadıktan sonra; söz konusu müdahalenin *demokratik toplumda gerekliliği* ile ilgili olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

- Uyuşmazlık konusu düzenlemenin dayanağı olan kanunun yasalaşmasından önce oluşturulan komite, konu hakkında yaptığı detaylı inceleme sonucunda bazı yerel yönetim memurlarının görevlerini

²⁵ bkz. *Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık*, p.7-25.



politik amaçlarla kötüye kullandıkları tespitini yapmış ve bu konuda bazı endişeler bildirmiştir. Dolayısıyla söz konusu komite kararı konu hakkında aksiyon gerektiren bir “zorlayıcı toplumsal ihtiyacın” varlığını ortaya koymuştur. Bu rapor sonrasında belli kategorilerdeki yerel yönetim memurlarını siyasi etkinliklerden alıkoyan yasama faaliyeti, söz konusu toplumsal ihtiyaca yönelik bir cevap niteliğindedir ve davalı Devletin konu hakkındaki takdir yetkisinin sınırları içerisinde kalmaktadır.

- Diğer taraftan kanun ve düzenleyici işlemlerle yapılan müdahale sadece net bir şekilde, görev ekseninde tanımı yapılmış belirli bir personel grubu için söz konusudur ve bu personel grubu seçilmiş görevlilere teknik konularda tavsiyelerde bulunan ya da temsil konumunda bulunan/ temsil görevi olan memurları kapsamına almaktadır. Yine bu personelin de, yasaklı grup kapsamına alınmaması gerektiği konusunda itirazda bulunma hakları saklı tutulmuştur.

- Başvurucular gibi kamu görevlileri açısından üstlerine/seçilmiş yöneticilere karşı söz konusu olan siyasi tarafsızlık ödevi aynı zamanda seçmenlere karşı da geçerlidir. Zira seçmenler oylarını, yerel yönetimlerin yetkili organlarının kendi siyasi düşüncelerini yansıtması için kullanmaktadırlar. Bu kapsamda bazı yerel yönetim memurlarının günlük siyasetle bağlantılı bazı faaliyetler içerisinde görünmeleri sadece yerel yönetimlerin seçilmiş üyeleri nazarında değil seçmenler nazarında da yanlış anlaşılabilir. Bu nedenle uyuşmazlık konusu düzenleyici işlemlerle başvurucuların ifade özgürlüğü kullanımı bakımından öngörülen kısıtlamalar, yerel yönetim memurlarının tarafsızlığının korunması ihtiyacı açısından da haklı görülebilecek tedbirler niteliğindedir.²⁶

Bu çerçevede Mahkeme, *müdahaleyi gerektiren zorlayıcı toplumsal ihtiyacın varlığının objektif şekilde ortaya konulması, müdahalenin kişi bakımından kapsamının sınırlı tutulması, müdahaleye maruz kalan kamu görevlilerine itiraz imkânı tanınmış olması ve son olarak müdahalenin gerçekleşmesini amaçladığı kamu yararının niteliği ve önemi şeklinde özetlenebilecek dört ölçütü dikkate almak suretiyle; başvurucuların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekli kabul edilebilecek bir müdahale olduğuna ve başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir.²⁷*

26 bkz. Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık, p.62-65.

27 bkz. Ahmed ve diğerleri/Birleşik Krallık, p.63-65.

C. Siyasi Açıklamalar Nedeniyle Meslekten Çıkarılma – *Karapetyan Kararı*

Kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü siyasi nitelikli açıklamalar noktasında ele alan bir diğer İHAM kararı, 17 Kasım 2016 tarihli *Karapetyan* kararıdır. Karara konu olayda başvuruçular, Ermenistan Dışişleri Bakanlığı bünyesinde aktif olarak görev yapan diplomatlardır. Ülkede 2008 yılının Şubat ayında gerçekleştirilen başkanlık seçimlerinden sonra seçimi kaybeden aday seçimlerin hileli olduğu yönünde bir açıklama yapar ve bu adayın destekçileri tarafından ülke genelinde protesto gösterileri düzenlenmeye başlanır. Başvuruçular ilk olarak, konu hakkında bir açıklama yapıp yaşananlardan endişelendiklerini belirtirler; medya organlarını konu hakkında duyarlı olmaya ve tarafsız yayın yapmaya çağırırlar. Bu açıklamadan bir gün sonra ise başvuruçular, isimlerini ve mesleki unvanlarını açıkça kullanarak, seçimlere hile karıştırıldığını belirten bir basın açıklaması yaparlar. Bu açıklama birden fazla ulusal medya kuruluşunda yayınlanır. Bu olaydan sonra Dışişleri Bakanlığı kararnamesi ile başvuruçular meslekten çıkarılırlar. Başvuruçuların bu kararnameye karşı açtıkları dava da idare mahkemesi tarafından reddedilir.²⁸

Uyuşmazlık konusu olayda başvuruçuların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğinin değerlendirilmesinde İHAM, özetle aşağıdaki noktalar üzerinde durmuştur:

- Taraf devletlerde kamu görevlilerinin siyasi tarafsızlığını sağlamaya yönelik tedbirler kural olarak meşru ve 10. maddede öngörülen amaçlarla orantılı kabul edilebilirdir. Ancak bu amaç kapsamında öngörülen tedbirler, ilgili kamu görevlisinin konumu ve görevleri, ayrıca somut olayın kendine özgü koşulları göz önünde bulundurulmadan genel bir şekilde uygulanmamalıdır.²⁹

- Diplomatların toplum içerisindeki konumları göz önünde bulundurulduğunda, herhangi bir demokratik toplumun siyasi açıdan tarafsız kamu görevlilerine ve bu kapsamda diplomatik heyetlere sahip olmak istemesi meşrudur. Bazı Sözleşmeciler Devletlerin kendilerine özgü tarihsel koşulları bağlamında, (siyasi açıdan tarafsız bir kamu idaresi oluşturarak) demokrasiyi güçlendirmek ve sürekliliğini sağlamak için bazı Anayasal tedbirler alması ve bu kapsamda kamu görevlilerinin siyasi konularda ifade özgürlüklerini sınırlandırabilmesi mümkündür.³⁰

28 bkz. *Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan*, no. 59001/08, 17.11.2016, p.5–17.

29 *Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan*, p.48.

30 *Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan*, p.49.



- Devlet ile kamu görevlileri arasındaki güven ve sadakat bağı, özellikle diplomatlar gibi Devlete sadakatin ön planda olduğu birimlerde görev yapan kamu personeli açısından son derece önemlidir. Bu önem, çoğulcu demokrasinin kurumlarını oluşturma/yerleştirme sürecinde bulunan ülkeler açısından daha da artmaktadır.³¹

- Uyuşmazlık konusu olayda başvuruçular, Dışişleri Bakanlığı bünyesinde hiyerarşik açıdan yüksek konumdaki kadrolarda bulunmaktadır. Başvuruçular, yaptıkları basın açıklamasında isimleri ile birlikte resmi unvanlarını da kullanmışlardır. Bu bağlamda davalı Devlet, başvuruçular hakkında uyguladığı işten çıkarma tedbiri sürecinde *“yüksek konumda bulunan kamu görevlilerinin görevlerini icra ederken kendileri ile Devlet arasında bulunan özel güven ve sadakat bağına uygun davranmaları gerekliliğini”* ön planda tutmakta haklıdır.³²

- Ayrıca somut uyuşmazlıkta başvuruçuların şikâyetlerini karara bağlayan ulusal mahkemeler, konuyu başvuruçuların ifade özgürlüğü açısından da Sözleşmesi’ye uygun şekilde ele almışlardır.³³

Son olarak başvuruçuların isim ve unvanlarını kullanarak siyasi içerikli bir metne imza attıkları dönemin davalı devlette politik bir kriz anına denk geldiğini de vurgulayan İHAM,³⁴ tüm bu değerlendirmelerden hareketle diplomat olan başvuruçuların siyasi nitelikli açıklamalarda bulunma özgürlüğüne getirilen müdahalenin – ağır olmakla birlikte- ölçülü olduğu sonucuna ulaşmış ve Sözleşme’nin 10’uncu maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.³⁵

D. Kurum İçi Bilgilerin Dışarıya Sızdırılması – Guja Kararı

Guja kararı İHAM Büyük Dairesi tarafından 2008 yılında oybirliği ile alınmış bir karardır. Kararın önemi, diğer kararlardan farklı olarak, konusunu oluşturan ifade özgürlüğü müdahalesi açısından *“demokratik toplumda gereklilik”* incelemesi yapılırken, benzer müdahalelerin tamamında uygulamaya konulabilecek genel geçer kriterlerin belirlenmiş olmasıdır. Bu kapsamda bir kamu görevlisinin *“kurum içi bilgileri kurum dışına sızdırmak”* eylemini icra ettiği ve bu ifade özgürlüğü kullanımı sebebiyle bir yaptırıma/müdahaleye maruz kaldığı her durumda, söz

31 Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan, p.50.

32 Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan, p.54.

33 Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan, p.56.

34 Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan, p.57.

35 Karapetyan ve diğerleri/Ermenistan, p.60–62.



konusu müdahalenin/yaptırımın demokratik toplumda gerekliliği, *Guja* kararında belirtilen kriterler doğrultusunda incelenecektir.³⁶

Guja kararına konu olan olayda başvuru, Başsavcılık Basın Birimi Müdürü olarak görev yapmakta olan bir kamu görevlisidir. Başsavcılık bünyesinde o dönem 4 polis memuru hakkında “*hukuka aykırı gözetilme alma ve göz altında kötü muamelede bulunma*” suçlarından yürütülen bir ceza soruşturması bulunmaktadır. Soruşturma devam ederken Parlamento Başkan Yardımcısı, 21 Haziran 2002 tarihinde Başsavcılığa bir mektup gönderir. Parlamantonun antetli kağıdına yazılan bu mektupta “... *savcı yardımcısı suçla mı yoksa polisle mi mücadele etmektedir? ... Sizden, bu davaya kişisel olarak müdahale etmenizi ve kanuna uygun şekilde çözenizi talep ediyorum.*” şeklinde ifadeler yer almaktadır. Bu mektubun Başsavcılığa ulaşmasından bir süre sonra, polis memurları hakkındaki ceza soruşturmasına devam edilmemesi yönünde karar alınır. Bu yaşananlardan sonra, 2003 yılı başında Moldova Cumhurbaşkanı, medyada yayınlanan bir açıklamasında bazı kamu görevlileri tarafından yetkili makamlara derdest ceza davaları çerçevesinde baskılar yapıldığını belirterek, rüşvetle mücadeleye katkı sunmaları ve bu tür girişimleri engellemeleri için memurlara genel bir çağrı yapar. Cumhurbaşkanı'nun bu çağrıyı yapmasından birkaç gün sonra başvuru, Parlamento Başkan Yardımcısının Başsavcılığa yazdığı mektup ile İçişleri Bakan Yardımcısı tarafından bir savcı yardımcısına hitaben yazılan başka bir mektubu bir gazete ile paylaşır. Bunun üzerine söz konusu gazetede “*Parlamento Başkan Yardımcısı Savcılarını Sindirdi*” başlıklı bir haber yayınlanır. Haber içeriğinde başvuru gazetesine verdiği mektuplara konu olaylar dışında, Parlamento Başkan Yardımcısının etki etmeye çalıştığı diğer bazı soruşturmalara ve ceza davalarına da yer verilir, ayrıca başvuru gazetesine verdiği mektupların resimleri yayınlanır. Haber sonrası başsavcılık konu hakkında soruşturma başlatır, soruşturma sürecinde başvuru gazetesine mektupları kendisinin verdiğini kabul eder. Soruşturma sonucunda başvuru “*gizli mektupları sorumlulara danışmadan ifşa etmek ve iç tüzüğe aykırı davranmak*” isnadıyla mesleğinden ihraç edilir. Başvurucunun görevden alma işlemine karşı açtığı dava Moldova mahkemeleri tarafından “*başvurucunun gizli nitelikli belgeleri ilgililere danışmadan ifşa ettiği, yetki aşımıyla bilgi elde edilmesinin ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı*” gerekçesiyle reddedilir.³⁷

36 “*Guja – Moldova davası, bir memurun kurum içi bilgileri sızdırması ile ilgili Mahkeme önüne gelen ilk davadır.*” DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Avrupa Konseyi – Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013, s.222.

37 bkz. *Guja/Moldova*, p.8-29.



Başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan “meslekten çıkarma” yaptırımının demokratik bir toplumda gerekli kabul edilip edilemeyeceğini incelerken İHAM, öncelikle “memurların konumları gereği hükümetin değişik nedenlerle gizli tutmak istediği bilgilere ulaşabildikleri, memurların işyerlerinde tespit edilen **kanuna aykırı** tutum ve davranışları belli durumlarda ihbar edebilecekleri, bunun özellikle ilgili memurun açıklanan şeyi bilebilecek durumda olan tek kişi olduğu veya bu konumdaki küçük bir grubun üyesi olduğu durumlarda söz konusu olacağı”³⁸ tespitinde bulunmuştur. Daha sonra Mahkeme, bir kurumun iç bilgilerinin kurum personeli tarafından ifşa edilmesi nedeniyle personelin ifade özgürlüğüne müdahale edilen durumlarda, söz konusu müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilip edilemeyeceğinin belirlenmesinde dikkate alınacak altı kriter belirlemiştir. Bu bağlamda söz konusu altı kriter ve bu kriterlerin Mahkeme tarafından somut olaya uygulanması şu şekilde özetlenebilecektir:

i-) *Alternatif İmkânların Varlığı*: İlk olarak, söz konusu ifşaati yapan kamu görevlisinin elinde, bu bilgiyi açığa vurmak dışında, bilginin gereklerinin yapılmasını sağlamak için başka araçların ya da yolların var olup olmadığı, bu kapsamda kamu görevlisinin üstü veya yetkili bir başka makam nezdinde ifşaatta bulunma imkânının bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Mahkeme’ye göre somut olayda başvuruçunun elindeki alternatif tek imkân, kaygılarını üstleri nezdinde dile getirmektir. Oysa ifşa edilen bilgi, bir meclis başkan yardımcısının yani yüksek derecedeki bir kişinin tutumuyla ilgilidir ve yaklaşık altı aydan beri durumdan haberdar olan başvuruçunun üstünün, herhangi bir tepki verme niyeti bulunmamaktadır.

ii-) *Kamu Yararı*: İkinci olarak, ifşa edilen bilginin kamu yararı bakımından önemi dikkate alınmalıdır. Eğer bu bilginin paylaşılmasında ciddi bir kamu yararı mevcut ise, bu konuda koruma düzeyi artmaktadır. Mahkeme’ye göre uyuşmazlıkta başvuruçunun tarafından ifşa edilen mektuplar, kuvvetler ayrılığı, yüksek dereceli siyasilerin görevlerini kötüye kullanması ve polisin şiddet uygulaması karşısında Hükümetin tavrı gibi konularla ilgilidir. Bu konuların demokratik bir toplumda kamuoyunun haberdar edilmek için meşru bir yararının bulunduğu çok önemli sorunlar olduğu konusunda şüphe yoktur.

iii-) *Gerçeklik*: Demokratik toplumda gereklilik değerlendirmesi yapılırken dikkate alınması gereken bir diğer unsur, açığa çıkarılan

38 Guja/Moldova, p.72. Vurgu eklenmiştir.

bilginin gerçek olup olmadığıdır. İfade özgürlüğünün kullanılması bazı ödev ve sorumluluklar içerdiği için, bilgi ifşa etmeyi seçen kişiler, imkânların elverdiği ölçüde, bu bilgilerin kesin ve güvenilir olduğunu te'yit etmelidirler. Bu bağlamda İHAM, somut uyuşmazlıkta ifşa edilen mektupların gerçekliği konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmadığını not etmiştir.

iv-) Yarar-Zarar Dengesi: Mahkeme dördüncü olarak, söz konusu ifşanın ilgili kamu kurumuna verdiği zarar ile kamunun bu açıklamadan elde edebileceği fayda arasındaki dengenin incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Bu çerçevede, somut olayda mektupların yayınlanması savcılığın siyasi etki altında olduğu izlenimi uyandırabilecek, kamuoyunun savcılık kurumunun tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin bakışı üzerinde olumsuz etkilere neden olabilecek niteliktedir. Ancak Mahkeme'ye göre kamunun bu bilgilere erişmesindeki genel yarar, savcılık kurumunun imajından daha önemlidir.

v-) Sâik: Mahkeme'ye göre kurum içi bilgileri ifşa eden kamu görevlisinin hangi sâikle hareket ettiği de, müdahalenin ölçülülüğü belirlenirken dikkate alınması gereken bir diğer unsurdur. Buna göre örneğin, kişisel hınç veya maddi kazanç gibi şahsi çıkarlar için gerçekleştirilen bir fiil, yüksek bir korumadan faydalanamayacaktır. Bilgileri kamuya açıklayan kişinin iyi niyetli olması önemlidir. Somut olayda başvuru, mektupları ifşa ederken tek amacının, yolsuzlukla ve siyasi baskı ile mücadele etmek olduğunu öne sürmüş ve işveren kamu kurumu buna itiraz etmemiştir.

vi-) Yaptırımın Ağırılığı: Son olarak, ifşaatta bulunduğu için bir yaptırıma maruz kalan kamu görevlisi açısından yaptırımın niteliği ve doğurduğu sonuçlar da demokratik toplumda gereklilik incelemesi yapılırken dikkate alınması gereken bir unsurdur. Uyuşmazlıkta, başvurucuya daha hafif bir ceza verilmesi mümkün iken, ulusal makamlar başvurucuyu işten çıkarmışlardır ve bu, çok sert bir tedbirdir. Başvurucunun kariyeri açısından son derece olumsuz etkileri bulunmasının yanı sıra bu ceza, "savcılığın diğer memurlarının ve hatta diğer kamu görevlilerinin usulsüz davranışları bildirme konusunda cesaretlerini kırma riski"ni de bünyesinde barındırmaktadır.³⁹

Bu verilerden hareketle Mahkeme, başvuruçunun mesleğinden ihraç edilmesinin ifade özgürlüğüne, özellikle bilgi verme hakkına yönelik

³⁹ Guja/Moldova, p.69-97.



“demokratik toplumda gerekli” kabul edilemeyecek bir müdahale olduğuna ve Moldova’nın, Sözleşme’nin 10. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir.⁴⁰

E. Âmirin veya İdarenin Eleştirilmesi – Langner Kararı

Kamu görevlilerinin çalıştıkları kurum veya âmirleri aleyhine ifade açıklamalarında bulunmaları, çoğu kez bu görevliler aleyhine çeşitli yaptırımların uygulanması sonucunu doğurmaktadır. Bu kapsamda 17 Eylül 2015 tarihli Langner kararı, bu gibi müdahalelerin ifade özgürlüğüne uygunluğu konusunda İHAM’ın bakış açısını yansıtmaya bakımından önem taşımaktadır.

Langner kararına konu olayda Dresden Belediyesi’nde alt kademe yönetici olarak görev yapmakta olan başvuru, kurum içerisinde yapılan ve belediye çalışanları ile bazı sendika temsilcilerinin hazır bulunduğu bir toplantıda söz alarak, bağlı bulunduğu belediye başkan yardımcısını “1995/1996 yıllarında hukuka aykırı bir yıkım kararı vererek adaleti saptırmakla” suçlamıştır.⁴¹ Olaydan 3 gün sonra belediyenin konut birimi başkanı başvurucudan, toplantıdaki iddialarını yazılı olarak sunmasını ve temellendirmesini istemiştir. Başvuru bu talep üzerine âmirine verdiği dilekçede “belediye başkan yardımcısının yıkım kararı verirken yıkımdan kaynaklanan zararlar nedeniyle tazminat ödenmesini öngörmediğini ve böylece adaleti saptırma suçunu işlediğini” belirtmesinin yanı sıra, yine belediye başkan yardımcısı hakkında “kendi çalıştığı alt birimde çalışanların işlerini önemsemediği, bu alt birimi dağıtmak istediği ve böylece bu alt birimde çalışanların işlerini tehlikeye soktuğu” şeklinde bir ithamda daha bulunmuştur. Olayın gerçekleşmesinden yaklaşık 4 ay sonra ise Belediye Başkanı tarafından başvuru belediyedeki görevine son verilmiştir. Göreve son verme işlemi, gerekçe olarak “başvurucunun, çok sayıda çalışan ve sendika temsilcilerinin huzurunda hakkında suçlamalarda bulunarak belediye başkan yardımcısının saygınlığına zarar verdiği ve böylece işyerinde olması gereken karşılıklı güven ilişkisini tamir edilemez şekilde sarstığı, ayrıca başvuru söz konusu iddiaları doğrudan âmirine veya belediye başkanına iletme yolunu kullanmadığı ve daha önce aldığı

40 Guja/Moldova, p.97. Guja kararıyla benzerlik gösteren ve İHAM’ın bir sonraki başlıkta ele alınacak yeni yaklaşımının örneğini oluşturan bir başka karar için bkz. Goryaynova/Ukrayna, no.41752/09, 08.10.2020.

41 Alman Ceza Kanunu’nda (md.339) “adaleti saptırma” eylemi hapis cezası gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir. Yani somut olayda başvuru ifade özgürlüğünü kullanması, başkalarının bulunduğu bir ortamda, âmiri olan belediye başkan yardımcısı hakkında suç isnadında bulunmak şeklinde gerçekleşmiştir. Langner/Almanya, no.14464/11, 17.09.2015, p.26.

iki disiplin cezasının daha bulunduğu” olgularına yer verilmiştir. Diğer taraftan işten çıkarılmasından birkaç ay sonra bir gazetede, başvuru tarafından kaleme alınan ve “belediye başkan yardımcısının mesleki yeterlilikten yoksun olduğunu” belirten bir yazı yayınlanmıştır.

İşten çıkarılmasına ilişkin işleme karşı başvuruçunun Alman mahkemeleri nezdinde açtığı dava (nihai olarak) reddedilmiştir. Bu dava sürecinde Federal Temyiz Mahkemesi ve Saksonya İstinaf Mahkemesi uyuşmazlığı başvuruçunun ifade özgürlüğü temelinde detaylı bir şekilde incelemişler ve “*belediye başkan yardımcısına isnat edilen eylemin ağırlığını, isnada konu olan idari işlemin hukuka uygun olmasını, bir kamu görevlisi olan başvuruçunun, âmirlerinin saygınlığını zedeleyecek davranışlarda bulunmaktan ve özellikle onların kararlarını kamuya açık ortamlarda eleştirmekten kaçınmakla yükümlü bulunmasını, başvuruçunun iddiaları dile getirdiği ortamı ve iddiaların dile getirilme amacını, ayrıca başvuruçunun işten çıkarılmasından sonraki tutumunu*” dikkate alarak, somut olayda başvuruçunun ifade özgürlüğünü kullanmış olmasının dava konusu işlemi hukuka aykırı hale getirmeyeceği sonucuna ulaşmışlardır.⁴²

İfade açıklamaları nedeniyle işten çıkarılmasının başvuruçunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasını inceleyen İHAM, somut olayda ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini incelerken,

- başvuruçunun ifade açıklamasında bulunurken hangi sâikle hareket ettiği,
- başvuruçunun kullandığı ifadelerin fiilî ve hukukî temeli,
- başvuruçunun kullandığı tam ifadenin lâfzı ve bunun olası yorum tarzları,
- başvuruçunun kullandığı ifadelerin işveren üzerindeki etkisi ve
- başvuruçuya uygulanan yaptırımın niteliği

gibi somut olaya özgü koşullardan hareketle “*başvuruçuya uygulanan yaptırımın izlenen amaç ile orantılı olup olmadığını*” ve “*ulusal makamların yaptırımı haklı kılmak üzere ileri sürdükleri gerekçelerin ilgili ve yeterli gerekçeler olup olmadığını*” inceleyeceğini belirtmiştir. Bu ilkeler ışığında İHAM öncelikle, somut olayın “kurum içi bilgilerin dışarı sızdırılması” kapsamında değerlendirilemeyeceği tespitinde bulunmuştur. Zira olayda başvuruçunun âmirini itham ettiği toplantının yapıldığı

⁴² bkz. Langner/Almanya, p.5-23.



tarihte eleştiriye konu yıkım kararının alınmasının üzerinden 2 yıla yakın bir zaman geçmiş olup, bu süre zarfında başvuru uyuşmazlık konusu yıkım olayını belediye başkanına veya savcıya bildirmemişti ve söz konusu yıkım kararlarının toplantının gündemiyle hiçbir ilgisi bulunmamaktaydı. Nitekim Alman Federal Temyiz Mahkemesi'ne göre de başvuru uyuşmazlık konusu ifadeleri kullanması, belediye içerisinde vâki olan kabul edilemez bir durumun açığa çıkarılması sâikine değil, daha ziyade başvuru kendisi alt biriminin lağvedilme olasılığından kaynaklanan bireysel endişelerine dayanıyordu.⁴³

Başvurucunun ifade açıklamasında bulunurken hangi sâikle hareket ettiğini bu şekilde ele aldıktan sonra Mahkeme, *“somut uyuşmazlıkta başvuru iddialarının yerel mahkemelerce incelenerek eleştiri konusu yıkım kararının hukuka uygun bulunduğu, bu durumun müdahaleye neden olan ifade açıklamasını eleştiri olmaktan çıkarıp asılsız bir suç isnadına dönüştürdüğü, idarenin başvurucuya iddialarını temellendirme fırsatı verdiği, başvuru belediye başkan yardımcısı hakkındaki iddialarını daha sonra ve hatta yazılı olarak da tekrarladığı, dolayısıyla uyuşmazlık konusu ifade açıklamasının çalışanlar toplantısının devamı esnasında bir anda, düşünülmeden, irticalen söylenen bir söz olarak nitelendirilemeyeceği, müdahaleye neden olan ifadelerin açıklandığı toplantıda kurum çalışanları dışında başka kimselerin de hazır bulunduğu, bu durumun başvuru tarafından belediye başkan yardımcısının kişilik haklarına yönelik olarak gerçekleştirilen saldırının etkisini arttırdığı, ulusal mahkemelerin konuyu başvuru ifade özgürlüğü ışığında dikkatlice inceledikleri ve başvuru ifade özgürlüğü ile işveren kamu idaresinin menfaatleri arasındaki dengenin başvuru aleyhine kurulmasını haklı kılan ilgili ve yeterli gerekçelere kararlarında yer verdikleri”* hususlarını not etmiştir. Bu veriler ışığında olayı değerlendiren Mahkeme'ye göre, her ne kadar somut olayda en ağır müeyyide uygulanmak suretiyle başvuru işten çıkarılmış ise de, belediyenin, kendisini tekrar işe alması durumunda başvuru aynı tavrı tekrar sergileyeceğinden çekinmesi makuldür ve Sözleşme kapsamında kabul edilebilirdir.^{44, 45}

43 Langner/Almanya, p.46-47.

44 Langner/Almanya, p.48-54. Kurum içinde yönetimin eleştirilmesi üzerine kamu görevlisine uygulanan yaptırım sebebiyle verilen bir ihlal kararı için bkz. Kharlamov/Rusya, no.27447/07, 08.10.2015.

45 Bu başlık altında incelenebilecek bir diğer alt kategori, yargı erki mensuplarının ifade açıklamaları sebebiyle maruz kaldıkları yaptırımların incelendiği İHAM karardır. Çalışmanın kapsamını daha fazla genişletmemek için bu konuda ayrı bir alt başlık açılmamıştır. Bununla birlikte kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusunda İHAM kararlarında belirtilen ilkelerin, kural olarak yargı erki mensupları için de aynen geçerli olduğu; ancak Mahkeme'nin, *“yargı otoritesinin ve tarafsızlığının tartışmalı hale geleceği her*

III. DEMOKRATİK TOPLUMDA GEREKLİLİK İNCELEMESİNDE İHAM'IN YENİ EĞİLİMİ

Bir önceki başlık altında özetlenmeye çalışılan kararlar, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin demokratik bir toplumda gerekli olmasını zorunlu kılan hükmün, İHAM tarafından kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüyle ilgili uyuşmazlıklarda nasıl uygulandığı konusunda bir fikir vermektedir. Bu çerçevede incelenen kararlarda Mahkeme, kullanılan ifade açıklamalarının içeriği, kullanıldığı bağlam, başvuruçunun ifa ettiği kamu görevi, uygulanan yaptırımın ağırlığı, başvuruçunun iç hukukta yararlandığı usulî güvenceler vb gibi bir dizi faktörü bizzat kendisi inceleyerek ifade özgürlüğüne yönelen müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği ve ölçülülüğü konusunda karar vermiştir. Ne var ki daha yakın tarihli bazı kararlarında Mahkeme'nin, söz konusu faktörlerden *"başvuruçunun iç hukukta yeterli usulî güvencelerden yararlanıp yararlanmadığı"* ölçütüne diğerlerine nazaran ağırlık verdiği gözlemlenmektedir. Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinde öngörülen demokratik toplumda gereklilik incelemesinin ulusal mahkemeler tarafından yapılmamış olduğu hallerde bu incelemeyi kendisi bizzat yapmak yerine doğrudan bu nedenle ihlal kararı vermeyi tercih etmektedir.

İHAM'ın sözü edilen yaklaşımına çarpıcı bir örnek 2017 tarihli *Terentyev* kararıdır. Bu kararında Mahkeme, müzisyen ve caz eleştirmeni olan başvuruçunun, bir diğer müzisyen hakkında kişisel internet sitesinde yayımladığı makalenin hakaret kapsamında kabul edilmesi nedeniyle tazminat ödemekle yükümlü tutulmasından kaynaklanan başvuruyu incelemiştir. İHAM söz konusu başvuruda ulusal mahkemelerin kararlarında yer verilen gerekçeleri ifade özgürlüğünün korunması açısından yetersiz bulmuş ve *"kararların önemli ölçüde kısa olduğunu ve İHAM'a, müdahalenin arkasında yatan nedenleri anlaması konusunda yardımcı olmadığı"*ni vurgulamıştır. Başvuruçunun ve hükümetin *"somut müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini bizzat*

durumda, ifade özgürlüklerini kullanmaktan kaçınmalarının yargı erki mensuplarından beklenebileceği ... yargı erkinin hukuk devletindeki konumu dikkate alındığında, yargıya kamunun duyduğu güvenin zedelenmemesi için yargı mensuplarının, bakmakta oldukları davalarla ilgili konularda maksimum ketumluk sergilemeleri ve tarafsız yargıç imajlarını korumaları gerektiği" görüşünde olduğu ifade edilmelidir. Baka/Macaristan (Büyük Daire), no. 20261/12, 23.06.2016, p.164; Kudeshkina v. Rusya, no. 29492/05, 26.02.2009, p.93. Yargı erki mensuplarının ifade özgürlüğü konusunda ayrıca bkz. Di Giovanni/İtalya, no. 51160/06, 09.07.2013; Wille/Lihtestayn (Büyük Daire), no. 28396/95, 28.10.1999; Eminagaoglu v. Türkiye, no.76521/12, 09.03.2021.



İHAM'ın incelemesi" yönündeki taleplerini, "kendi görüşünü, olaya ve tüm delillere ilişkin doğrudan bilgi sahibi olan ulusal mahkemelerin görüşü yerine ikame etme görevi bulunmadığı" gerekçesiyle reddeden İHAM, "ulusal mahkemelerin, Sözleşme'nin 10. maddesiyle uyumlu standartları somut uyuşmazlıkta uyguladıklarının veya kararlarını olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandırdıklarının" söylenemeyeceği gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.⁴⁶

Terentyev kararında dikkat çeken önemli bir nokta, ulusal mahkemelerin başvuruçunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi Rus Hukuku'na uygun bulurken, İHAS'ın 10. maddesine de dayanmış olmalarıdır. Bu çerçevede istinaf incelemesi yapan ulusal yüksek mahkeme, başvuruçunun tazminat ödemesine hükmeden ilk derece mahkemesi kararını onarken gerekçesinde "davalının internette yayınladığı ifadelerin, davacının bir birey, pedegog ve müzisyen olarak onurunu ve saygınlığını zedelediği ve onun hakkında olumsuz bilgiler içerdiği için Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği" değerlendirmesine de yer vermiştir.⁴⁷ Ancak İHAM, ulusal mahkemelerce Sözleşme'ye yapılan bu atfı yeterli bulmamıştır. İHAM'a göre ulusal mahkemelerin kararlarının gerekçesinde "yayımlanan makalenin kamu yararını ilgilendiren bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı veya sanatsal bir eleştiri olarak kabul edilebilip edilemeyeceği, bir birey, pedegog ve müzisyen olarak davacının itibarına başvuruçunun ifade özgürlüğüne göre üstünlük tanınmasının gerekçelerinin neler olduğu, yayımlanan makalenin hangi kısımlarının sorunlu olduğu, davacının ifade açıklamalarının mahiyetinin maddi olay isnadı şeklinde mi yoksa değer yargısı biçiminde mi olduğu" gibi hususlara da yer verilmesi gerekmektedir.⁴⁸

İHAM'ın, demokratik toplumda gereklilik incelemesini bizzat yapmak yerine, ulusal mahkemelerin bu konudaki eksikliğinden bahisle ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verdiği örneklerin çoğaltılması mümkündür.⁴⁹ Mahkeme'nin bu yeni yaklaşımının kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusuna etkilerinin daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, bu başlık altında söz konusu yaklaşımın uygulandığı kamu görevlileriyle ilgili uyuşmazlık örneklerine yer verilmesi faydalı olacaktır.

46 Terentyev/Rusya, no.25147/09, 26.01.2017, p.22-25.

47 Terentyev/Rusya, p.9.

48 Terentyev/Rusya, p.22-23.

49 Örneğin bkz. Ringier Axel Springer Slovakia, A.S. (2)/Slovakya, no.21666/09, 07.01.2014; Ringier Axel Springer Slovakia, A.S. (3)/Slovakya, no.37986/09, 07.01.2014; Skudayeva/Rusya, no.24014/07, 05.03.2019; Tőkés/Romanya, no.15976/16 50461/17, 27.04.2021.

A. Televizyon Programına Katılma Sebebiyle Disiplin Cezası - Kula Kararı

İHAM'ın Türkiye aleyhine yapılan bir başvuru hakkında 2018 yılında verdiği *Kula* kararında başvurucu, Mersin Üniversitesi'nde bir profesördür. 2001 yılında başvurucu, mensubu olduğu fakülte dekanının olumsuz görüşü bir gün önce kendisine iletilmesine rağmen, farklı bir ilde bulunan ve ulusal yayın yapan kamusal bir televizyon kanalında Avrupa Birliği ve Türkiye hakkında bir canlı yayına katılır. Bunun üzerine başvurucu, hakkında yürütülen disiplin soruşturması sonucunda *"ikamet ettiği ilin sınırlarını izinsiz terkettiği"* gerekçesiyle, geçmiş olumlu çalışmaları da dikkate alınarak, kınama cezasıyla cezalandırılır. Disiplin cezasının hukuka uygunluğunu inceleyen idare mahkemesi, *"başvurucunun bu konudaki talebi reddedilmesine rağmen ikamet ettiği ili terk ettiği hususunun açık olduğu"* gerekçesiyle davayı reddeder. Başvurucunun idari işlemin iptal nedeni olarak ileri sürdüğü *"uyuşmazlık konusu programa Anayasa ile güvence altına alınan akademik özgürlüğü kapsamında katıldığı, programın kamu yayıncılığı yapan bir televizyon kanalında yayımlandığı, disiplin yönetmeliğinin ilgili maddesinin yanlış uygulandığı, güncel ulaşım imkânları karşısında izinsiz il dışına çıkma eyleminin bir disiplin suçu olarak kabul edilemeyeceği"* gibi hususlar hakkında ise idare mahkemesi, bunların dava konusu işlemi hukuken sakatlamayacağını belirtmekle yetinir. İdare mahkemesi kararı, Danıştay tarafından da onanır.⁵⁰

Başvuruyu inceleyen İHAM, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği ölçütü hakkında önce genel ilkelere değinmiş; akabinde, Türk İdari Yargılama Hukuku'nda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale niteliği taşıyan disiplin cezalarıyla ilgili tüm uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulabilecek şu değerlendirmelerde bulunmuştur:

- Yetkililer başvurucunun yayına katılma izin talebini reddederken, bunun neden uygun olmadığını yeteri açıklıkta ortaya koymamışlardır. Yine başvurucuya disiplin cezası verilirken de, disiplin yönetmeliğinin ilgili maddesine atıf yapmak dışında bir gerekçeye yer verilmemiştir. Bu kararlarda *"başvurucunun ikamet ettiği ili izinsiz terk etmesinin üniversitede yürütülen kamu hizmetini aksattığı, başvurucunun televizyon yayımına katılmak için görevlerini ihmal ettiği, programda üniversitenin itibarını zedeleyecek şekilde konuştuğu veya hareket ettiği"* gibi bir iddiada bulunulmamıştır.⁵¹

⁵⁰ Kula/Türkiye, no.20233/06, 19.06.2018, p.5-22.

⁵¹ Kula/Türkiye, p.47-48.



- Somut olayda yerel otoriteler tarafından disiplin cezasını haklı kılmak üzere ileri sürülen sebeplerin ilgili ve yeterli sebepler olup olmadığını değerlendirmek ulusal mahkemelere düşmektedir. Bu nedenle İHAM kendisinin, temel olarak, başvurucuya uygulanan yaptırımın yargısal denetimini yapan ulusal mahkemelerin gerekçelerine odaklanması gerektiğini değerlendirmektedir.⁵²

- Uyuşmazlıkta idare mahkemesi kendisini, başvurucunun ikamet ettiği şehri izinsiz terk etmesiyle ilgili vakıaların açığa çıkarılmasıyla sınırlandırmıştır. İdare mahkemesi kararında, somut olayın kendine özgü koşulları çerçevesinde yaptırımın gerekliliğinin başvurucu tarafından açıkça ileri sürülen akademik özgürlük çerçevesinde incelendiğine dair hiçbir veri bulunmamaktadır. Hem idare mahkemesinin hem de Danıştay'ın, 2577 sayılı Kanun'un 7/4. maddesinin⁵³ izin verdiği şekilde, cezanın yönetmelik hükmüne uygunluğuyla sınırlı bir denetimin ötesine geçen daha geniş bir değerlendirme yapmaları gerekirdi.⁵⁴

- Somut başvuruda ulusal mahkemelerce verilen kararlar, bir yanda davada birbiri ile çatışan menfaatler arasında denge kurma görevini, diğer yanda kamu idarelerince yapılan hukuki yanlışları önleme görevini nasıl yerine getirdiklerini açıklamamışlardır. Bu eksiklikler İHAM'ı, kendi içtihadıyla ortaya koyduğu kriterlerin ulusal makamlar tarafından uygulanıp uygulanmadığı konusunda etkin bir denetim yürütmekten de alıkoymaktadır. Sonuç olarak müdahaleyi haklı kılmak üzere ilgili ve yeterli sebepler ortaya koyma konusundaki başarısızlıkları dikkate alındığında İHAM, ulusal mahkemelerin 10. maddede öngörülen usulî güvencelerle uyumlu standartları somut olayda uygulamadıkları ve kararlarını maddi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandırmadıkları kanaatindedir. Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.⁵⁵

Dikkat edileceği üzere *Kula* kararında, kamu görevlisi olan başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin İHAM tarafından Sözleşme ihlali olarak nitelendirilmesinin sebebi, müdahalenin objektif olarak demokratik toplumda gerekli olmadığını tespit edilmesi değildir. İHAM, Türk idari yargı mercilerinin sadece disiplin cezasına konu eylemin ilgili Yönetmelik maddesine uygunluğuna münhasır bir

52 Kula/Türkiye, p.49.

53 2577 sayılı Kanun madde 7/4: "... [düzenleyici] işlemlerin uygulanması üzerine ilgililer, düzenleyici işlem veya uygulanan işlem yahut her ikisi aleyhine birden dava açabilirler. Düzenleyici işlemin iptal edilmemiş olması bu düzenlemeye dayalı işlemin iptaline engel olmaz."

54 Kula/Türkiye, p.50.

55 Kula/Türkiye, p.51-53.

inceleme yürütmeleri ve müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda Sözleşme’de öngörülen esaslar çerçevesinde bir denetim yapmamış olmaları sebebiyle ihlal kararı vermiştir.

B. İnternet Paylaşımları Nedeniyle Kamu Görevine Alınmama – Cimperšek Kararı

İHAM’ın 2020 tarihli *Cimperšek* kararında başvuru bir kamu görevlisi olmamakla beraber, ifade açıklamaları gerekçe gösterilerek kamu görevlisi olma talebi reddedilen bir Sloven vatandaşıdır. Karara konu olayda başvuru, mahkeme bilirkişisi olabilmek için Slovenya Adalet Bakanlığı’nun yapmış olduğu bilimsel yeterlilik sınavında başarılı olmuştur. Bilirkişi olarak atanma işleminin tamamlanması için yemin etmesi gereken başvuru, yemin sürecinin gecikmesi sebebiyle bakanlığa ve diğer bilirkişi adaylarına bakanlığı sert şekilde eleştiren mektuplar ve elektronik postalar göndermiştir. Yine bu süreçte bakanlık, başvurunun devlet kurumlarını ve kamu görevlilerini eleştiren (bakanlığa göre onları aşağılayan) yazılar kaleme aldığı ve herkese açık bir internet bloğunun olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerine Adalet Bakanı, söz konusu mektupları, elektronik postaları ve bloğu gerekçe göstererek, bilirkişi olarak atanabilmek için kanun gereği sahip olunması gereken kişisel özellikleri haiz bulunmadığından bahisle başvurunun atanma talebini reddetmiştir. Bakana göre bilirkişiler, kamunun ve dava taraflarının güvenine layık olması gereken, bu kapsamda kişisel ve ahlaki yönden bilirkişi olarak çalışmaya elverişli kimseler olmalıdırlar. Bu bağlamda başvurunun bloğunda yer verdiği devlet kurumlarına ve kamu görevlilerine yönelik hakaretimiz beyanlarının, mahkemelerin ve devletin itibarının korunması noktasında ciddi sonuçları vardır ve bu nedenle söz konusu beyanlar, mazur görülebilir ifadeler değildir. Bakanın işleminde ayrıca başvurunun ifade özgürlüğüne de değinilmiş ve başvurunun bilirkişi olarak atanmamasının kullandığı ifadelerin değil, bilirkişi olarak atanabilmek için sahip olunması gereken kişisel özellikleri taşıyıp taşımadığının sonucu olduğu, ayrıca başvurunun internet bloğunda görüşlerini özgürce ifade etmeye devam edebileceği vurgulanmıştır.⁵⁶

Yazılı yeterlilik sınavında başarılı olmasına rağmen bilirkişi olarak atanmamasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada başvuru, söz konusu işlemler ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

⁵⁶ Cimperšek/Slovenya, no.58512/16, 30.06.2020, p.5-16.



İdare mahkemesi, uyuşmazlığın temelinde “başvurucunun, bilirkişi olarak atanabilmek için gerekli kişisel özellikleri taşıyıp taşımadığı”nın yattığını belirttikten sonra, bakanlığın kararında belirtilen gerekçelere dayanarak başvurucunun söz konusu özellikleri taşımadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme sonuca etkisi olmayacağı gerekçesiyle başvurucunun diğer iddialarını incelemeyi gerekli görmemiştir. Başvurucunun temyiz ve anayasa şikâyeti başvuruları da reddedilmiştir.⁵⁷

İHAM, bilirkişi olarak atanmamak suretiyle başvurucunun maruz kaldığı olumsuz durumun ifade özgürlüğünü kullanmasıyla doğrudan ilgili olduğunu ve bu müdahalenin bilirkişi olmak isteyen diğer kişiler üzerinde caydırıcı etki doğurabileceğini dikkate alarak, uyuşmazlıkta başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalede bulunulduğunu kabul etmiştir.⁵⁸ Mahkeme, bu başlık altında incelediğimiz yeni yaklaşımı çerçevesinde aşağıdaki hususlara değinerek müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli kabul edilemeyeceğine karar vermiştir:

- İç hukukta başvurucuya sağlanan usulî güvenceler ve izlenen yargısal süreçlerin adilliği, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin gerekliliği değerlendirilirken göz önünde bulundurulması gereken önemli faktörlerdir.⁵⁹

- İdare mahkemesi başvurucunun ifade özgürlüğü ile ilgili iddiaları konusunda sessiz kalmıştır. İdare mahkemesi, başvurucunun ifade özgürlüğü ile uyuşmazlık konusu kararın dayandığı iddia edilen ‘kamu yararı’ arasında bir dengeleme yapmamıştır. Sadece bakanlığın itiraz konusu kararındaki gerekçelere dayanarak, başvurucunun atanmak için gerekli olan kişisel özelliklere sahip olmadığı sonucuna ulaşmış ve başvurucunun diğer iddialarını incelemeyi gerekli görmemiştir.⁶⁰

- İHAM, bir bilirkişi adayının davranışlarının onun bilirkişilik görevini tarafsız şekilde ve itina ile ifa edip edemeyeceği konusunda makul şüpheler doğurabileceğini kabul etmektedir. Ancak başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasının neden saldırgan nitelikte olduğu ve bilirkişilik görevi ile bağdaşmadığı konusunda bakanlık ve idare mahkemesi kararlarında ayrıntılı bir gerekçeye yer verilmemişken Mahkeme, bu konuda Hükümetin iddialarını olduğu gibi kabul edemeyecektir.⁶¹

57 Cimperšek/Slovenya, p.17-22.

58 Cimperšek/Slovenya, p.58.

59 Cimperšek/Slovenya, p.65.

60 Cimperšek/Slovenya, p.67.

61 Cimperšek/Slovenya, p.68.



- Bu değerlendirmeler, özellikle ne bakanlığın ne de idare mahkemesinin birbiriyle çatışan menfaatler arasında bir denge kurulup kurulmadığına dair hiçbir değerlendirme yapmamış olmaları ve bu şekilde İHAM'ı etkin bir denetim yapmaktan alıkoymaları, başvuruçunun ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaşmak için yeterlidir. Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.⁶²

Bu başlık altında aktarılan ve bir önceki başlıkta üzerinde durulanlara nazaran daha yeni tarihli⁶³ olan kararlarından anlaşılacağı üzere İHAM, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin demokratik toplumda gerekliliği noktasında Sözleşme standartlarına uygun bir denetimin öncelikle iç hukukta yapılmış olmasını aramakta ve böyle bir denetimin yapılmadığı hallerde müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda kendisi ilk elden bir inceleme yürütmek yerine doğrudan ihlal kararı vermeyi tercih etmektedir. Zira İHAM'a göre böyle bir durumda ulusal makamlar, ifade özgürlüğüne müdahale edilen başvuruçuya Sözleşme standartları ile uyumlu usulî güvenceler sağlamamış olacaktırlar.

İHAM'ın bu yeni yaklaşımının, pozitif dayanağını İHAS'ın önsözü ile 1., 13. ve 35. maddelerinde⁶⁴ bulan ve Mahkeme içtihadındaki yeri ve önemi sürekli gelişme gösteren “*ikincillik prensibi*” (*principle of subsidiarity*)⁶⁵ ile uyumlu olduğu belirtilmelidir. Zira İHAM'a göre

62 Cimperšek/Slovenya, p.69-70.

63 İHAM'ın konu hakkında çok yakın tarihte verdiği bir diğer karar, 15.06.2021 tarihli *Melike/ Türkiye* kararıdır. Bu karara konu olayda; bir kamu kurumunda sürekli işçi olan başvuruçunun işine, bir sosyal medya platformunda başkalarına ait siyasi içerikli paylaşımları beğendiği (*like* butonunu tuşladığı) gerekçesiyle son verilmiştir. Kararda İHAM temel olarak “*olayda disiplin kurulunun ve ulusal mahkemelerin, başvuruçunun eyleminin işyerinin huzur ve sükununu bozduğu sonucuna ulaşırken olayla ilgili tüm faktörleri dikkate almadıkları, mahkemelerin somut olaya Sözleşme'nin 10'uncu maddesiyle ortaya koyulan prensipleri uygulamadıkları*” gerekçesine dayanarak, başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. *Melike/ Türkiye*, no.35786/19, 15.06.2021, p.51-55.

64 İHAS'a ek 15 numaralı protokolün 1 Ağustos 2021 tarihinde yürürlüğe girmesiyle birlikte ikincillik ilkesi İHAS'ın önsözüne eklenmiştir.

65 İHAM içtihatlarında ikincillik ilkesi konusunda detaylı bilgi için bkz. SPANO Robert, “The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process – Based Review and the Rule of Law”, *Human Rights Law Review*, Cilt 18, Sayı 3, 2018, s.473 vd (Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/202005AIHM-RobertSpano.pdf> erişim tarihi 03.09.2021); FÜGLISTALER Gabriel, “The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights’ Post-2011 Jurisprudence”, Lozan Üniversitesi Kamu Yönetimi Lisansüstü Çalışmalar Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Cahier de l’IDHEAP 295/2016), Lozan 2016, https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_A4FA8A7A4A0B.P001/REF erişim tarihi 03.09.2021; VILA Marisa Iglesias, “Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights”, *International Journal of Constitutional Law*, Cilt 15, Sayı 2, 2017, s.393 vd.



ikincilik prensibi uyarınca İHAS ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin korunması ve hayata geçirilmesi konusunda öncelikli görev ulusal makamlara aittir. İHAS ile öngörülen koruma mekanizması ise insan haklarını güvence altına alan ulusal sistemlere göre ikincil niteliktedir.⁶⁶ Yine İHAM'a göre ulusal mahkemeler, ülkelerinin gerçekleri ile doğrudan ve süreklilik arz eden bir ilişki içerisinde oldukları için, bir uyuşmazlıkta birbirleriyle yarışan hak veya menfaatler arasında denge kurma noktasında uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi konumdadırlar. Ulusal makamların bu dengeleme işlemini İHAM içtihatlarına uygun şekilde yapmaları durumunda Mahkeme, ancak bunu gerektiren çok güçlü sebeplerin varlığı halinde kendi düşüncesini ulusal makamların düşüncesi yerine ikame edecektir.⁶⁷

Ne var ki İHAM'ın bu başlık altında özetlenmeye çalışılan kararları ile sergilediği yeni yaklaşımın, ikincilik ilkesinin klasik uygulanma şeklinin de bir adım ötesine geçtiği belirtilebilecektir. *"İHAM'ın Sözleşmeye uygunluk konusunda kendi özgün değerlendirmesini yapmak yerine, uyuşmazlığın Mahkeme içtihatlarıyla daha önce ortaya konulan kriterlere uygun şekilde ulusal karar vericiler tarafından yeterince incelenip incelenmediğini denetlemesi"* şeklinde özetlenebilecek bu yaklaşım, bizzat İHAM Başkanı Spano tarafından *'süreç temelli denetim (process-based review)'* şeklinde nitelendirilmekte ve İHAM'ın artık *'ikincilik çağı (age of subsidiarity)'* olarak ifade edilen yeni bir döneme girdiğinin işareti kabul edilmektedir.⁶⁸

Diğer taraftan yukarıda yer verilen *Kula* ve *Cimperšek* kararları İHAM'ın demokratik toplumda gereklilik incelemesinde benimsediği yeni yaklaşımın, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren uyuşmazlıklarda da geçerli olduğunu gösteren çarpıcı örneklerdir. Bu çerçevede kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturacak idari işlemlerin hukuki denetiminde Türk idari yargılama mercileri tarafından, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili olarak İHAM tarafından ortaya konulan ilkeler çerçevesinde bir *'demokratik toplumda gereklilik'* değerlendirmesi yapılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu değerlendirmenin hangi faktörler ışığında yapılması gerektiği noktasında

66 Kudla/Polonya, no.30210/96, 26.10.2000, p.152; Cocchiarella/İtalya (Büyük Daire), no.64886/01, 29.03.2006, p.38; Musci/İtalya (Büyük Daire), no.64699/01, 29.03.2006, p.70.

67 Bédat/İsviçre, p.54.

68 Spano, s.480,481 ve 485. Ayrıca bkz. SPANO Robert, "Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, Cilt 14, Sayı 3, 2014, s.491.

İHAM'ın bir önceki başlıkta değinilen ve demokratik toplumda gereklilik incelemesini bizzat kendisinin yaptığı kararları yol gösterici olabilecektir. Bu değerlendirmenin hiç yapılmadığı veya -sadece Sözleşme'nin 10. maddesine yapılan soyut bir atıfla yetinilmesi örneğinde olduğu gibi- İHAM kararlarıyla ortaya konulan standartların altında kaldığı hallerde, idari yargı merciinin kararına konu olan uyuşmazlık sebebiyle İHAM veya İHAM içtihatları ışığında bireysel başvuruları inceleyen Anayasa Mahkemesi⁶⁹ tarafından ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verilmesi ihtimali artacaktır.

IV. TÜRK HUKUKUNDA KAMU GÖREVLİLERİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜ SINIRLANDIRAN İDARİ İŞLEMLER VE DANIŞTAY İÇTİHATLARI

A. Kamu Görevlilerinin İfade Özgürlüğünü Sınırlandıran İdari İşlemler

Türk İdare Hukukunda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemler genellikle disiplin cezaları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü kullanmaları suretiyle gerçekleştirdikleri eylem, tutum veya davranışlar, mevzuat hükümleri ile tanımlanan disiplin suçlarından birinin kapsamı içerisinde görüldüğünde ilgili kamu idareleri tarafından disiplin soruşturması başlatılarak disiplin cezası uygulanması yoluna gidilmektedir. Örneğin kamu görevinin ifası esnasında âmirlerine sözle saygısızlık eden bir Devlet memuru aylıktan kesme cezasıyla⁷⁰ ya da herhangi bir siyasi parti yararına veya zararına ifade açıklamalarında bulunan bir memur kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla⁷¹ cezalandırılmaktadır. Şüphesiz disiplin cezaları dışında, kamu

69 Anayasa Mahkemesi içtihatlarının İHAM'ın yeni yaklaşımı çerçevesinde incelenmesi çalışmanın kapsamını oldukça genişletecek olmakla birlikte belirtilmelidir ki, Anayasa'nın 148'inci maddesinde bireysel başvurunun kapsamı "*Anayasa ve İHAS tarafından ortak koruma sağlanan hak ve özgürlükler*" şeklinde belirlendiği için, İHAM'ın yukarıda değinilen yeni yaklaşımının izlerini Anayasa Mahkemesi tarafından verilen bireysel başvuru kararlarında da görmek şaşırtıcı olmayacaktır. Konu hakkında fikir verebilecek AYM kararları için bkz. *Yasin Agin ve diğerleri*, AYM Genel Kurul, no.2017/32534, 21.01.2021; *Gülistan Atasoy ve diğerleri*, AYM Genel Kurul, no.2017/15845, 21.01.2021; *Volkan Çakır*, AYM Birinci Bölüm, no.2017/35488, 07.04.2021, p.39; *Osman Palçık*, AYM Birinci Bölüm, no.2018/25073, 15.12.2020, p.44; *Ahmet Sil ve Taner Yay*, AYM İkinci Bölüm, no.2017/35227, 30.09.2020, p.47-49; *Ali Ergin Demirhan (1)*, AYM İkinci Bölüm, no.2015/16368, 11.03.2020, p.38 – 40.

Ayrıca ikincillik ilkesinin Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararlarına yansımaları hakkında bkz. GÖKCAN Hasan Tahsin, "Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 135, 2018, s.31 vd.

70 657 SK m.125/C

71 657 SK m.125/D



görevlilerinin ifade özgürlüğünü kullanmaları kapsamındaki eylemleri üzerine yazılı ihtar, hizmet akdine son verme veya hizmet akdini yenilememe, yöneticilik görevinden alma, naklen atama gibi ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan başka idari işlemlerin tesis edilmesi de mümkündür. Ne var ki kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemlerle ilgili yargı kararı taramalarında çoğunlukla Danıştay'ın disiplin cezası işlemleri hakkında vermiş olduğu kararlara rastlanıldığı ifade edilebilecektir. Bu nedenle bu başlık altında aktarılan Danıştay kararları, kamu görevlilerinin ifade açıklamaları sebebiyle maruz kaldıkları disiplin cezalarına ilişkin kararlardan oluşmaktadır.

Disiplin cezası niteliğinde olsun ya da olmasın, ifade özgürlüğü kapsamındaki bir düşünce açıklaması üzerine kamu görevlilerinin menfaatlerini ihlal eden bir idari işlemin tesis edildiği tüm hallerde söz konusu işlemin iptali istemiyle açılan davalarda idari yargı mercilerince denetlenecek olan husus, idari işlemin “*yetki, şekil, sebep, konu ve maksat*” şeklindeki beş unsuru yönünden hukuka uygunluğunun incelenmesi olacaktır.⁷² Zira bu beş unsura dayalı olarak yapılan hukukilik denetimi, istisnasız şekilde, idari yargı mercileri nezdinde açılan tüm iptal davalarının esas aşamasında uygulanmaktadır. Bu çerçevede diğer idari işlemler gibi kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemler de, yetkili kişi veya kurullar tarafından, mevzuatta öngörülen şekil ve usul kurallarına riayet edilerek, mevzuatın öngördüğü maddi olay veya hukuki durumun gerçekleşmesi üzerine, yine mevzuatta öngörülen maddi veya hukuki neticeyi doğuracak şekilde ve son olarak kamu yararı amacıyla tesis edilmeleri durumunda hukuka uygun sayılacaklardır.

Bu noktada konuya sadece 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri açısından bakıldığında, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin “*yetki, şekil, sebep, konu ve maksat*” unsurları yönünden kanunlarla ve idarenin düzenleyici işlemleriyle çizilen çerçeveye aykırılık taşımamaları durumunda, bu işlemlere karşı açılan davaların başka bir incelemeye gerek duyulmaksızın idari yargılama mercileri tarafından reddedilmesi gerektiği ileri sürülebilecektir. Bu çerçevede örneğin kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan bir disiplin cezası hakkında yapılacak hukuka uygunluk denetiminde, “*cezaya konu eylemin sabit olduğunun*” ve “*kanunda tanımlanan disiplin suçunun tanımı*

72 Bkz. 2577 sayılı Kanun m.2.

ile örtüştüğünün” usulüne uygun şekilde yürütülmüş bir disiplin soruşturması sonucunda ortaya konulup konulmadığının ve cezanın yetkili kişi ya da organ tarafından verilip verilmediğinin tespiti dışında, ayrıca bu eylem sebebiyle ilgisine yaptırım uygulanmasının demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının da idari yargı mercilerince denetlenmesine gerek olmadığı savunulabilecektir.

Ancak Anayasa’nın 90’ıncı maddesinin beşinci fıkrasında yer alan *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. ... Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.”* kuralı gereğince kanun hükmünde olan ve diğer kanun hükümleriyle çatışması halinde uygulanma önceliğine sahip bulunan İHAS’ın 10. maddesi, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale edilebilmesine ancak bunun demokratik bir toplumda gerekli olması halinde izin vermektedir. Pozitif hukukta dayanağını Anayasa’nın 90’ıncı maddesinden alan bu gereklilik, şüphesiz, idari yargı mercilerince yürütülecek hukuka uygunluk denetiminin kapsamına dâhil bulunmaktadır. Zira aksi durumda kamu idarelerinin işlemlerini tesis ederken Anayasa gereği kanun hükmünde olan bir kurala yani İHAS’ın 10. maddesine aykırı hareket edip etmedikleri yargı denetiminin kapsamı dışında bırakılmış olacaktır. Bu bağlamda kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerini kullanmalarıyla ilgili idari işlemlerin yargısal denetiminde Danıştay’ın ve diğer idari yargı mercilerinin ulusal mevzuat hükümlerinin yanı sıra İHAS’ın 10. maddesine riayet hususunu da göz önünde bulundurmaları, Türkiye’nin İHAM nezdinde ihlal kararlarıyla karşılaşmasını önlemek şeklindeki pratik maslahattan bağımsız olarak, doğrudan Anayasa koyucunun emri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷³

Diğer taraftan kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin İHAS’ın 10. maddesinin gerekliliklerine uygunluğunun idari davalarda nasıl değerlendirileceği önem arz etmektedir. Bu noktada söz konusu sözleşme maddesine uygunluk

⁷³ Anayasa’nın 13’üncü maddesinde yer alan ve temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağını öngören hüküm, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik sınırlama teşkil eden idari işlemlerin yargısal denetiminde *‘demokratik toplumda gereklilik’* ve *‘ölçülülük’* incelemelerinin yapılmasını gerekli kılan bir diğer pozitif hukuk normunu oluşturmaktadır. İfade özgürlüğüne İHAS’ın 10. maddesi ve Anayasa tarafından sağlanan güvencelerin karşılaştırmalı bir incelemesi için bkz. KARAN Ulaş, *İfade Özgürlüğü Hakkı*, in: İNCEOĞLU Sibel, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013, s.355 vd.



noktasında yargısal denetim yaparak bu maddeyi somut uyuşmazlıklarda uygulayan İHAM içtihatlarının yol gösterici olacağı tartışmasızdır. Zira İHAM, Sözleşme'nin 32. maddesinde de belirtildiği üzere "Sözleşme'nin ve protokollerinin yorumuna ve uygulanmasına ilişkin tüm konularda" yetki sahibidir. Bu kapsamda İHAM, bir önceki başlıkta üzerinde durulduğu üzere, ulusal mahkemelerin Sözleşme'nin 10. maddesinde öngörülen usulî güvencelerle uyumlu standartları somut uyuşmazlıklarda bizzat uygulamalarını istemekte ve aksini tespit ettiği durumlarda uyuşmazlığın esasını incelemeye gerek görmeksizin sırf bu eksiklik sebebiyle ilgili devletler aleyhine ihlal kararları verebilmektedir.⁷⁴ Bu noktadan hareketle kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemlerin hukuka uygunluğunu incelerken Danıştay'ın ve idare mahkemelerinin, İHAM'ın yaptığı gibi somut olaya özgü tüm koşulları bir arada değerlendirerek, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin izlenilen amaçla orantılı olup olmadığını ve işlemin tesisinde davalı idarenin dayandığı gerekçelerin, ifade özgürlüğünü sınırlandırmak açısından demokratik bir toplumda ilgili ve yeterli kabul edilebilip edilemeyeceğini incelemeleri gerektiği belirtilebilecektir.

B. Danıştay İchtihatları

Danıştay'ın kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren kararlarında sadece konuyla ilgili kanunları ve diğer ulusal mevzuat hükümlerini değerlendirmekle yetinmeyip; İHAS'a ve/veya Anayasa'ya atıfla, uyuşmazlığın çözümünde davacıların ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini, bu kapsamda ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilip edilemeyeceğini incelediği yakın tarihli örnekler bulunmaktadır. Örneğin 2016 yılında verdiği bir kararında Danıştay 12. Dairesi, lise öğretmeni olan davacıya bir özel televizyon kanalının programına katılarak üyesi olduğu vakfın faaliyetleri hakkında açıklamalarda bulunması sebebiyle verilen disiplin cezasını, ifade özgürlüğüne atıfla hukuka aykırı bulmuştur. Karara konu olayda çalıştığı kamu idaresi tarafından davacıya, televizyon yayınına idareden izin almaksızın katılması sebebiyle kınama cezası verilmiş; bu cezanın iptali istemiyle davacının açmış olduğu dava, ilk derece mahkemesi tarafından "davacının Devlet memuru statüsünde öğretmen olarak görev yapması nedeniyle, bir yönüyle siyasi içerik ve amacı da bulunan TV programına izinsiz katılmasından dolayı disiplin cezasının verildiği, davacının, geniş anlamda siyasi bir yönü de olan

74 Terentyev/Rusya, p.22-25, Kula/Türkiye, p.51-53.



bir konuda bir televizyon programına katılarak kurumlarınca belirlenen usul ve esaslara uymakta kusurlu davrandığı açık olduğundan, dava konusu işlemden hukuka aykırılık bulunmadığı” gerekçesiyle reddedilmiştir.⁷⁵

Temyiz aşamasında konuyu inceleyen Danıştay ise Anayasa'nın düşünce ve kanaat özgürlüğüne ilişkin 25'inci maddesi ile kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine ilişkin 38'inci maddesine atıf yaptıktan, ayrıca 657 sayılı Kanun'un Devlet memurlarının basına demeç verme yasağını düzenleyen 15'inci maddesinin kapsamı ile ilgili belirlemelerde bulunduktan sonra, aşağıdaki gerekçelerle dava konusu disiplin cezasının hukuka aykırı olduğunu ifade etmiştir: *“Kişilerin düşüncelerini açıklamaları özgürlüğü Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Düşünceyi açıklama özgürlüğü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Handyside kararında belirtildiği gibi, sadece hoş giden veya zararsız ya da tepki yaratmaz sayılan haber veya fikirler için değil, devlete veya halkın bir kısmına ters düşen, şoke eden ya da üzüntüye sevk edenler için de geçerlidir. Dosyada mevcut bilgi ve belgeler ile soruşturma raporunun değerlendirilmesinden, davacının özel bir televizyon kanalında yaptığı açıklamaların yürüttüğü kamu göreviyle ilgisinin bulunmadığı, bireysel görüşlerinin dile getirilmesine yönelik olduğu ve Anayasal ifade özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığı, dolayısıyla söz konusu programa katılma konusunda kurumunu bilgilendirme ve izin alma yükümlülüğünün bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır.... Bu itibarla, disiplin suçu teşkil etmeyen fiili nedeniyle davacıya disiplin cezası verilmesine ilişkin dava konusu işlemden hukuka uyarlık, davanın reddi yolunda verilen idare mahkemesi kararında ise hukuki isabet bulunmamaktadır.”⁷⁶*

2016 yılında verdiği bir başka kararında yine Danıştay 12. Dairesi'nin, ifade özgürlüğüne ilişkin İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararlarından hareketle, kamu görevlisi olan davacının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan bir disiplin cezası hakkında demokratik toplumda gereklilik incelemesi yaptığı gözlemlenmektedir. Olayda öğretmen olan davacı, bir siyasi partinin düzenlediği toplantıya ve basın açıklamasına dinleyici olarak katılmış; akabinde *“bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunduğu”* gerekçesiyle, 657 sayılı Kanun'un 125/D-(o) maddesi uyarınca kademe ilerlemesinin durdurulması cezasıyla cezalandırılmıştır. İdare mahkemesi, davacının eyleminin sübut bulduğundan ve bu eylemin disiplin cezasının dayanağı olan sevk maddesiyle uyumlu olduğundan hareketle davayı reddetmiştir.

⁷⁵ Danıştay 12.D., 17.05.2016, E.2013/4 K.2016/2974, Danıştay Dergisi, Yıl 2016, Sayı 143, s.66-69.

⁷⁶ Danıştay 12.D., 17.05.2016, E.2013/4 K.2016/2974.



Danıştay ise yaptığı incelemede öncelikle ifade özgürlüğüne, devletin bu konudaki negatif ve pozitif yükümlülüklerine, demokratik toplum tanımına ve demokratik toplum gerekleriyle ilgili İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına atıf yapmış; daha sonra aşağıdaki gerekçelerden hareketle uyuşmazlık konusu disiplin cezasını hukuka aykırı olarak nitelendirerek, idare mahkemesi kararını bozmuştur: "... devletin, kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru, kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu, siyasi görüş sahibi olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönleri sahip olduğu ve bu nitelikleriyle AIHS'in 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğu, bu nedenle davacının bir devlet okulunda öğretmen olduğu göz önüne alındığında devlet memurlarının ifade özgürlüğü kapsamında düşünceyi açıklama ve bilgiye erişim hakkından bütünüyle mahrum bırakılmayacaklarını dikkate almak gerekir. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda gerekliliği tartışılmaz olan durumlarda ordu, emniyet veya başka bazı alanlarda siyasi ve toplumsal faaliyetlere sınırlamalar getirilmesi mümkündür. (Bkz. AYM, Hasan Güngör Başvurusu B.No:2013/6152). Olayda, davacının bu türden sınırlamalara tabi tutulmasını gerektirecek veya başka güvenlik tehdidi oluşturan bir görevde bulunmadığı, görevinde tarafsızlığını ihlal edici tavır ve eylemlerinin bulunduğuna ilişkin olarak bilgi ve belgenin olmadığı gibi demokratik eğilim dışına çıkan, şiddet içeren eylemlerde bulunduğuna ilişkin açık bir tespitin bulunmadığı gibi yapılan organizasyonun içeriğine ilişkin olarak ayrıntılı bir tespitin de mevcut olmadığı, davacının salt basın açıklamasına katılma eyleminin, 657 sayılı Kanun'un 125/D-(o) maddesinde düzenlenen 'siyasi parti yararına fiilen faaliyette bulunmak' eylemi kapsamında değerlendirilmesine hukuken olanak bulunmadığından davacının anılan eylemi nedeniyle disiplin cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemde ve bu işleme karşı açılan davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır."⁷⁷

Görülebileceği üzere Danıştay bu kararında, davacının yürüttüğü kamu görevinin niteliğini, gerçekleştirdiği eylemin davacının görevine bir etkisinin bulunmadığını, ceza konusu eylemin demokratik eğilim

77 Danıştay 12.D., 13.12.2016, E.2013/319 K.2016/6344, Danıştay Dergisi, Yıl 2017, Sayı 144, s.29-34. Danıştay 12. Dairesi aynı tarihte verdiği bir başka kararında da sağlık memuru olan davacının il sağlık müdürü hakkında bir sosyal paylaşım sitesinde kullandığı ironi içeren ifadelerin, "âmirine ... karşı küçük düşürücü veya aşağılayıcı fiil ve hareketler yapmak" eylemi kapsamında değerlendirilemeyeceğine karar vermiştir. Danıştay bu kararında yine ifade özgürlüğünün sınırlandırılma koşullarına ilişkin İHAM ve Anayasa Mahkemesi kararlarına dayanmıştır. Bkz. Danıştay 12.D., 13.12.2016, E.2013/6667 K.2016/6358, Danıştay Dergisi, Yıl 2017, Sayı 144, s.200-205.

dışında kaldığına veya şiddet içerdiğine dair bir tespitin bulunmadığını ve davacının aktif şekilde ifade açıklamasında bulunan değil basın açıklamasına katılan (haber ve görüş alan) konumunda olduğunu göz önünde bulundurmıştır. Böylece Danıştay, İHAM'ın demokratik toplumda gereklilik incelemesi yaparken göz önünde bulundurduğu faktörlere benzer şekilde somut olayın kendine özgü koşullarını davacının ifade özgürlüğü açısından değerlendirmiş; ancak bu değerlendirmenin sonucunda dava konusu işlem hakkında ulaştığı sonucu “*demokratik toplumda gereklilik ölçütüne aykırılık*” yerine “*sevk maddesi (tipiklik koşulu) ile uyumsuzluk*” şeklinde ifade etmiştir.

Konuyla ilgili bir diğer Danıştay kararı, 2019 yılında, polis memuru olan davacının bir internet sitesinde kaleme aldığı yazı hakkında verilmiştir. Söz konusu yazıda âmirlerinin işlem ve eylemleri hakkında kullandığı ifadeler gerekçe gösterilerek davacı, o tarihte yürürlükte bulunan Emniyet Örgütü Disiplin Tüzüğü'nde tanımlanan “*görev dışında amir ya da üstlerinin eylem ve işlemlerini eleştirici nitelikte yazı yazmak*” fiilini işlediği gerekçesiyle 24 ay uzun süreli durdurma cezasıyla cezalandırılmıştır. Ancak söz konusu ceza ilk derece idare mahkemesi tarafından doğrudan İHAS'ın 10'uncu maddesine atıf yapılarak, “*davacının paylaşımında bulunduğu polis kürsüsü isimli internet portalının mahiyeti itibarıyla daha çok meslek sorunlarının dile getirildiği, bu yönüyle eleştirel bir takım yorumların yapılmasının kaçınılmaz olduğu, kaldı ki portalda bir çok meslektaşın karşılıklı yazışmalar yaparak başlık açılan konularla ilgili eleştirilerde bulunduğu, bütün olarak bakıldığında yapılan yorumların Anayasa hükümleri, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesi ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında yer aldığı üzere ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekirken aksi yönde verilen söz konusu cezanın yerinde olmadığı gibi bunun yanında davacıya isnat edilen söz konusu fiillere karşılık olarak Tüzükte yer alan uzun süreli kıdem durdurması cezası gibi çok ağır nitelikte bir yaptırım içerdiğinden, hakkaniyet ve orantılılık ilkesi göz ardı edilmek suretiyle tesis edilen işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı*” gerekçesiyle iptal edilmiş ve iptal kararı, Danıştay tarafından onanmıştır.⁷⁸

2019 tarihli bir başka Danıştay kararında ise, bir kamu görevlisine ifade açıklamaları sebebiyle verilen disiplin cezasının hukuka uygunluk denetiminde yine İHAS'a atıfta bulunulmuş; ancak bu kez, önceki kararlardan farklı olarak disiplin cezası işlemi hukuka uygun

78 Danıştay 5.D., 16.12.2019, E.2016/22577 K.2019/6542. Yayınlanmamıştır.



bulunmuştur. Bu karara konu oluşturan olayda polis memuru olan davacı, âmiri hakkında bir sosyal medya sitesinde hakaret içerikli paylaşımlarda bulunmuş ve bunun üzerine “âmir ve üstlerine hakaret etmek ve görev sırasında veya dışında yasaklanan tutum ve davranışlarda bulunmak” fiilini işlediği gerekçesiyle 24 ay uzun süreli durdurma cezasıyla cezalandırılmıştır. Söz konusu cezanın iptali istemiyle açılan dava, İHAS ile ifade özgürlüğüne tanınan güvence de göz önünde bulundurulmak suretiyle reddedilmiştir. Bu kapsamda idare mahkemesince verilen “... sosyal medyada davacının kendisine ait hesapta yaptığı hakaret içeren yorumun; ifade özgürlüğünün ötesine geçerek amiri konumunda olan kişinin kişilik haklarını zedeleyen, onur, şeref ve haysiyetine zarar veren hakaret ve sövme ifadeleri olduğu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının sınırlarını aşan nitelikte olduğu” gerekçesine dayalı ret kararı, Danıştay tarafından da onanmıştır.⁷⁹

2019 yılında verilen söz konusu iki Danıştay kararı birer onama kararı olduğu için, idare mahkemesi kararlarındaki gerekçelerin tamamını içermemekte ve dolayısıyla davacıların ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin demokratik toplumda gerekliliği incelenirken göz önünde bulundurulan tüm faktörlerin neler olduğu konusunda detaylı bilgi sunmamaktadır. Bununla birlikte birbirine çok benzeyen iki maddi uyuşmazlık hakkındaki bu kararlarda Danıştay’ın farklı sonuçlara ulaşmasının temel sebebinin, birinci karara konu olayda kamu görevlisi olan davacının âmiri hakkında yaptığı paylaşımın ironi içermesine rağmen ikinci olayda âmir hakkında hakaret ve sövme niteliğindeki ifadelerin kullanılması olduğu anlaşılmaktadır. Her iki karar da idare mahkemelerinin ve Danıştay’ın, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusundaki İHAM içtihadının farkında olduklarını ve bunu somut uyuşmazlıkların çözümünde uygulama iradesi taşıdıklarını göstermesi bakımından önemlidir.

Diğer taraftan Danıştay’ın kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren uyuşmazlıkları, İHAS’a ya da demokratik toplumda gereklilik koşuluna ayrıca değinmeksizin, Anayasa’nın ifade özgürlüğüne ilişkin 26’ncı maddesine atıfla sonuçlandırdığı kararları da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay 2020 yılında verdiği bir kararında, öğretim üyesi olan davacının mensup olduğu ana bilim dalınca düzenlenen akademik kurul toplantısında sarf ettiği “kendi kararlarınızı alıyorsunuz, jüriyi ve toplantıyı kendi istediğiniz kararlara göre tanzim ediyorsunuz, asistanlara

⁷⁹ Danıştay 5.D., 05.12.2019, E.2016/21398 K.2019/6365. Yayınlanmamıştır.

mobbing yapıyorsunuz, ...'i de yüksek lisansa almadınız, taraf tutuyorsunuz, kendi alacağınız adamlara göre jüri oluşturuyorsunuz, araştırma görevlilerine mobbing uyguluyorsunuz, ayrımcılık yapıyorsunuz” şeklindeki ifadeleri disiplin suçu olarak nitelendirmemiştir. Danıştay’a göre “*davacının akademik kurul toplantısında sarfettiği belirtilen sözlerinin ve davranışının, saygısızlık veya kasıtlı olarak verilen emir ve görevleri yerine getirmeme olarak değerlendirilemeyeceği; eleştiri niteliğinde ve akademik işleyişe yönelik olduğu; Anayasanın 26. maddesi uyarınca ifade özgürlüğü sınırları içerisinde kaldığı, disiplin hukuku temelinde disiplin cezası uygulanabilecek niteliğe sahip olmadığı”* dikkate alınmalı ve Anayasa’nın 26’ncı maddesine aykırı şekilde uygulanan disiplin cezası iptal edilmelidir.⁸⁰

Ne var ki kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü kısıtlayan idari işlemlerin hukuka uygunluk denetiminde İHAS’ı ve/veya Anayasa’yı dikkate alan bu örneklerin yanı sıra Danıştay’ın, dava konusu idari işlemin davacının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğu olgusu üzerinde hiç durmadığı ve dolayısıyla söz konusu işlemin demokratik toplumda gerekliliğini ya da ölçülülüğünü incelemeyeceği kararları da bulunmaktadır. Örneğin Danıştay’ın 2016 yılında verdiği bir kararına konu oluşturan olayda hemşire olan davacı, idarenin bir tasarrufuna yaptığı itiraz esnasında başhekimle tartışırken kullandığı ifadeler sebebiyle âmirine sözle saygısızlık ettiği kabul edilerek 1/30 oranında aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmıştır. İdare mahkemesi, âmiri ile davacının karşılıklı olarak tartıştıklarını, bu esnada âmiri tarafından davacıya söylenen sözlerin hakaret oluşturduğunun sulh ceza mahkemesi kararıyla tespit edildiğini ve karşılıklı cereyan eden bir olayın gelişimi esnasında davacı tarafından sarf olunan sözlerin kasıtlı işlenen “*görev sırasında amirine sözle saygısızlık etmek*” şeklindeki disiplin suçu kapsamında değerlendirilemeyeceğini dikkate alarak dava konusu işlemi iptal etmiştir. Danıştay ise, “*Dava dosyasındaki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; davacının amirine söz konusu görevlendirme işlemiyle ilgili aralarında geçen tartışma sırasında ‘... suya torpil yapmak için mi beni depoda*

80 Danıştay 8.D., 01.10.2020, E.2016/4905 K.2020/3967. Doğrudan ifade özgürlüğüne atıfla verilen benzer bir diğer kararda “...polis memuru olarak görev yapan davacının, “facebook” isimli sosyal paylaşım sitesinde ifade hürriyeti kapsamında paylaştığı, ‘Normal tabi canım bunca hukuksuzluğun içinde bu da normal!!!’ şeklindeki yorumun kişisel düşüncelerin ifade edilmesinden ibaret olduğu ve söz konusu yorumun ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinden, üzerine atılı bu eyleminin hizmet dışında resmi sıfatının gerektirdiği saygınlığı ve güven duygusunu sarsacak eylem ve davranışlarda bulunma fiili kapsamında değerlendirilmesine hukukun olanak bulunmadığı...” gerekçesiyle disiplin cezasını iptal eden idare mahkemesi kararı onanmıştır. Danıştay 5.D., 10.12.2020, E.2016/13639 K.2020/5762. <https://karararama.danistay.gov.tr/erişim tarihi:07.09.2021>.



çalıştırıyorsunuz, depo görevlendirmemin ... suya torpil olsun diye yapıldığını biliyorum' diyerek itiraz ettiği, kendi ifadesinde de bu ifadeleri kullandığını kabul ettiği, kullanılan ifadelerin amirine saygısızlık mahiyetinde sözler olduğu açık olduğundan sübuta eren eylemi nedeniyle 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/C-e maddesi kapsamında cezalandırılması işleminde hukuka aykırılık bulunmamaktadır." gerekçesine dayanarak idare mahkemesinin iptal kararını bozmuştur.⁸¹

Böylece Danıştay, idare mahkemesince olayın gelişimi dikkate alınarak yapılan ve bir tür ölçülülük (eylemin niteliği ile cezanın ağırlığı arasında uyum) incelemesi olarak nitelendirilebilecek değerlendirmeye katılmamış; konuyu davacının ifade özgürlüğü açısından ele almayı sadece tipiklik incelemesi yaparak, bir kamu görevlisinin âmirine yönelik "bir başkasına torpil yapmak için mi beni depoda görevlendiriyorsunuz" şeklindeki ifadesi nedeniyle aylıktan kesme cezasıyla cezalandırılmasını hukuka uygun bulmuştur.

2017 yılında verdiği bir başka kararında da Danıştay, öğretmen olan davacının okul içerisinde siyasi içerikli bir broşür dağıtması sebebiyle Devlet memurluğundan çıkarılmasını incelerken uyuşmazlığı davacının ifade özgürlüğü açısından ele almamıştır. Uyuşmazlıkta idare mahkemesi, disiplin soruşturmasının maddi gerçeğin açığa çıkarılmasını sağlamaya yeterli olacak şekilde yürütülmediği gerekçesiyle dava konusu cezayı iptal etmiştir. Danıştay ise temyiz incelemesinde davacıya isnad olunan eylemin sübut bulup bulmadığı ve bu eylemin cezaya dayanak alınan 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 125/E-(b) maddesi ('yasaklanmış her türlü yayını veya siyasi veya ideolojik amaçlı bildiri, afiş, pankart, bant ve benzerlerini basmak, çoğaltmak, dağıtmak veya bunları kurumların herhangi bir yerine asmak veya teşhir etmek' eylemi) ile uyumlu olup olmadığı hususları üzerinde durmuştur. Bu kapsamda Danıştay aşağıdaki değerlendirmelerden hareketle idare mahkemesi kararını bozmuştur: "... soruşturma raporu eki tanık öğrenci beyanlarının davacı öğretmen S.K'nın okul bahçesinde siyasi propaganda içeren broşürleri dağıttığı yolunda olduğu, davacı öğretmenin de kendi ifadesinde bunu kabul ettiği ve kantin işletmesi personelinin de doğruladığı görülmüştür. Dava dosyasında yer alan soruşturma dosyası, tanık ifadeleri ve davacının kendi beyanlarının incelenmesinden üzerine atılı disiplin suçunun sübut bulunduğu sonucuna varıldığından eylemine uyan disiplin cezasıyla cezalandırılmasına

81 Danıştay 12.D., 13.10.2016, E.2013/6861 K.2016/4586. <https://karararama.danistay.gov.tr/erişim tarihi:07.09.2021>.



*ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığından, işlemin iptali yolunda verilen İdare Mahkemesi kararında hukuka uyarlık görülmemiştir”.*⁸²

Danıştay’ın bu kararına konu uyuşmazlıkta öğretmen olan davacının okul içerisinde dağıttığı bir broşür sebebiyle meslekten çıkarılmasının, idare tarafından davacının ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu açıktır. Bu nedenle, böyle bir işlemin hukuka uygunluk denetiminin kapsamına *“ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin Anayasa ve İHAS’ta öngörülen koşullara uygun olup olmadığı ve bu kapsamda demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilir edilemeyeceğinin denetlenmesi”* hususu da -yapılacak denetimin sonucundan bağımsız olarak- dâhildir. Yine böyle bir uyuşmazlığın İHAM’a intikal etmesi durumunda⁸³ Türkiye’nin, *“ulusal mahkemelerin, ifade özgürlüğüne müdahaleyi haklı kılmak üzere ilgili ve yeterli sebepler ortaya koymayarak Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen usulî güvencelerle uyumlu standartları somut olayda uygulamadıkları”* gerekçesine dayanan bir ihlal kararıyla karşılaşma olasılığı oldukça yüksektir.⁸⁴

Danıştay, bu konuda örnek olarak kabul edilebilecek bir diğer kararı 2019 yılında vermiştir. Bu karara konu olan olayda, üyesi olduğu sendikanın düzenlediği gösteri yürüyüşünde taşıdığı pankart nedeniyle öğretmen olan başvuruçunun 657 sayılı Kanun’un 125/D maddesinde tanımlanan *“bir siyasi parti yararına veya zararına fiilen faaliyette bulunmak”* eylemini gerçekleştirdiği kabul edilmiştir. Davacının, hakkında uygulanan kademe ilerlemesinin durdurulması cezasına karşı açmış olduğu dava, *“pankartta yazılı ifadenin, eleştiri sınırlarını aştığı, bir siyasi partiyi ‘katil’ olarak nitelendirerek ağır ve haksız saldırıda bulunduğu, davacının cezalandırmaya esas alınan fiilinin, öğretmenlik mesleği ile bağdaşmaz nitelikte, rencide edici boyutta ve belli bir siyasi parti zararına asılsız bir isnatla kamuoyu oluşturma, toplumda kötü ve karamsar duygular doğurma amacına yönelik olduğu sonucuna varıldığından, bu fiilin karşılığı olarak 1 yıl kademe ilerlemesinin durdurulması cezası ile cezalandırılmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka ve mevzuata aykırılık bulunmadığı”* gerekçesiyle reddedilmiştir. Esasen ilk derece mahkemesinin bu kararında, açıkça isimlendirilmese de dava konusu işlemin ölçülülüğü ve demokratik toplumda gerekliliği konusunda örtülü bir değerlendirme yapıldığı ileri

82 Danıştay 12.D., 09.02.2017, E.2016/7154 K.2017/256. <https://www.memurlar.net/haber/697163/siyasi-brosur-dagitan-ogretmenin-atilmasina-danistay-ne-dedi.html> erişim tarihi:08.09.2021.

83 Davacının Anayasa Mahkemesi nezdinde yapacağı bireysel başvurudan olumlu sonuç alamaması ihtimalinde.

84 Bkz. Kula/Türkiye, p.51-53.



sürülebilecektir. Ancak davacı açıkça “*fiilinin düşüncesi ve ifade özgürlüğü kapsamında bulunduğunu*” iddia ederek bu kararı temyiz etmiş olmasına rağmen Danıştay, dava konusu disiplin cezasının neden demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebileceği ve davacının ifade özgürlüğünün neden ihlal edilmediği hususunda herhangi bir değerlendirme yapmaksızın, davanın reddine ilişkin kararı onamıştır.⁸⁵

Özetlemek gerekirse Danıştay, yakın tarihte verdiği birçok kararında kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin hukuka uygunluk denetimini yaparken, diğer faktörlerin yanı sıra bu işlemlerin, Anayasa’da ve İHAS’ta ifade özgürlüğüne tanınan korumayla uyumlu olup olmadığını da incelemiştir. Bu çerçevede söz konusu kararlarında Danıştay’ın, ifade özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların demokratik bir toplumda gerekli sayılıp sayılmayacağı noktasında İHAM’ın yaptığına benzer değerlendirmelerde bulunduğu yahut bu tür değerlendirmeler içeren idare mahkemesi kararlarını onadığı görülmektedir. Bununla birlikte Danıştay’ın, kamu görevlilerinin ifade özgürlüklerini sınırlandıran idari işlemler hakkında İHAS veya Anayasa temelinde herhangi bir inceleme yapmadığı kararları da bulunmaktadır. Üstelik bu ikinci gruba ait kararlar, ifade özgürlüğüne Sözleşme ile tanınan güvenceler temelinde denetim yapılan kararlarla aynı tarihlerde verilmiştir. Dolayısıyla uygulamada kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemlerin yargısal denetiminde İHAS’ın 10. maddesinin ve bu maddenin yorumlanmasına ilişkin İHAM içtihadının uygulanması noktasında olumlu örnekler bulunmakla birlikte, Danıştay kararlarının bu konuda bir yeknesaklık göstermediği belirtilebilecektir.

SONUÇ

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin 10. maddesinde, “*kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, bir görüşe sahip olma, haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğü*” şeklinde tanımlanan ifade özgürlüğü güvence altına almıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise ifade özgürlüğünün kullanılmasının ödevler ve

⁸⁵ Danıştay 12.D., 12.12.2019, E.2017/2702 K.2019/10104. Karar yayınlanmamıştır. Ayrıca bkz. Danıştay 12.D., 21.10.2020, E.2018/9151 K.2020/3321, ve 12.10.2020, 2019/5618 K.2020/3130, Danıştay 2.D., 04.11.2020, E.2018/3452 K.2020/3204 ve 03.02.2021, E.2021/9002 K.2021/154. Karşı oy yazısında davacının ifade özgürlüğüne atf yapılarak dava konusu işlemin iptal edilmesi gerektiği belirtilmesine rağmen aksi yönde verilen bir karar için bkz. Danıştay 12.D., 09.11.2020, E.2018/2071 K.2020/3581. <https://karararama.danistay.gov.tr/> erişim tarihi:08.09.2021.



sorumluluklar yüklediği vurgulandıktan sonra bu özgürlüğe müdahale edilebilmesi, müdahalenin 'hukuken öngörülmüş olması', 'meşru bir amaç izlemesi' ve 'demokratik bir toplumda gereklilik arz etmesi' şeklindeki üç koşulun bir arada gerçekleşmesine bağlanmıştır.

İHAS ile ifade özgürlüğüne tanınan güvence şüphesiz diğer bireyler gibi kamu görevlileri açısından da geçerlidir. Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında ifade özgürlüğü kullanımının ödevler ve sorumluluklar yüklediğinin belirtilmesi, bu sonucu değiştirmemektedir. Bu kapsamda her ne kadar İHAM, maddede geçen "ödev ve sorumluluk" kavramının kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü kullanımları bakımından özel bir önem taşıdığını ifade etse ve kamu görevlilerinin -tarafsızlık, sadakat ve sır saklama ödevleri sebebiyle- diğer vatandaşlara göre daha dar kapsamlı bir ifade özgürlüğü korumasından yararlandıklarını kabul etse de, kamu görevlileri de İHAS'ın 10. maddesiyle ifade özgürlüğüne tanınan korumadan yararlanırlar. Bu nedenle kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne kamu idarelerince gerçekleştirilecek tüm müdahalelerin, İHAS'ın 10. maddesinin 2. fıkrasında sayılan üç koşulu sağlaması gerekmektedir.

Gerek İHAM nezdinde ileri sürülen ifade özgürlüğünün ihlal edildiği yönündeki şikâyetler, gerekse Danıştay ve diğer idari yargı mercileri nezdinde derdest olan kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüyle ilgili uyuşmazlıklar açısından, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin hukuken öngörülüp öngörülmediğinin ve meşru bir amaç izleyip izlemediğinin tespiti çoğu kez kolaydır. Zira özellikle Türk Hukukunda, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hemen hemen tamamı, kanunlarda veya diğer mevzuat hükümlerinde 'erişilebilir ve öngörülebilir' normatif dayanaklara sahip kısıtlamalar olarak karşımıza çıkmaktadır. Yine bu sınırlamaların kurum düzenini korumak şeklindeki genel amacının, İHAS'ın 10/2. maddesinde zikredilen "başkalarının haklarının korunması"⁸⁶ şeklindeki meşru amaç kapsamında değerlendirilebilmesi mümkündür. Oysa kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari tasarrufların demokratik toplumda gerekliliğinin tespiti noktasında aynı kolaylığın varlığından söz etmek mümkün görünmemektedir. Nitekim konuyla ilgili İHAM kararları incelendiğinde de Mahkemenin, kararlarının önemli bir kısmını *demokratik toplumda gereklilik* incelemesine ayırdığı gözlemlenmektedir. Bu çerçevede İHAM baktığı uyuşmazlıklarda,

86 Gerek kurum çalışanları, gerekse kurumdan hizmet alan bireylerin haklarının korunması açısından



-kamu görevlilerinin tarafsızlık, sadakat ve sır saklama ödevlerinin yanı sıra- her olayın kendine özgü koşullarını ve tüketici olmayan bir yolla çok sayıda farklı unsuru (kullanılan ifade açıklamalarının içeriği, kullanıldığı bağlam, başvurunun ifa ettiği kamu görevinin niteliği, uygulanan yaptırımın ağırlığı, başvurunun iç hukukta yararlandığı usulî güvenceler gibi) dikkate alarak, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda bir sonuca ulaşmakta ve bu sonuca göre ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğine karar vermektedir.

Diğer taraftan İHAM, yakın tarihli kararlarında gözlemlenen yeni yaklaşımında ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda kendisi bizzat bir inceleme yapmadan önce ulusal makamların ve bu kapsamda ulusal mahkemelerin uyuşmazlığı başvurunun ifade özgürlüğü açısından değerlendirip değerlendirmedini ve ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleyi hukuka uygun bulan ulusal mahkeme kararlarındaki gerekçelerin “ilgili ve yeterli” gerekçeler olup olmadığını incelemektedir. Bu inceleme sonucunda ulusal mahkemelerin uyuşmazlığı ifade özgürlüğü açısından ele almadıklarını veya müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini Sözleşme’nin 10. maddesine uygun şekilde ortaya koymadıklarını tespit ettiği takdirde ise İHAM, kendisi yeni ve ayrı bir inceleme yapmayarak, ulusal mahkemelerin Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen usulî güvencelerle uyumlu standartları somut olayda uygulamadıkları gerekçesiyle ihlal kararları vermektedir. Daha kısa ifade etmek gerekirse İHAM, Sözleşme’nin 10. maddesinde öngörülen demokratik toplumda gereklilik incelemesinin ulusal mahkemeler tarafından yapılmamış olduğu hallerde bu incelemeyi kendisi bizzat yapmak yerine artık doğrudan bu nedenle ihlal kararları vermeyi tercih etmektedir.

İHAM’ın demokratik toplumda gereklilik kriteri açısından izlediği bu yeni yaklaşım, Türk İdari Yargılama Hukuku’nda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin yargısal denetiminde, Danıştay ve diğer idari yargı mercileri tarafından ‘*uyuşmazlığın Sözleşme açısından da ele alınmasının*’ ve özellikle ‘*dava konusu idari işlemin demokratik toplumda gerekliliğinin ve ölçülülüğünün, İHAM’ın koyduğu standartlara benzer esaslar temelinde değerlendirilmesinin*’ önemini ortaya koymaktadır.

Bu çerçevede konuyla ilgili kararları incelendiğinde Danıştay’ın, ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda İHAM’ın 10. maddesinde yer alan güvencelerin ve bunların İHAM tarafından yorumlanma biçiminin

farkında olduğu ve kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin çok sayıda uyuşmazlıkta bu güvenceleri dikkate aldığı görülmektedir. Bu noktada Danıştay'ın, ifade özgürlüğünü kullanmaları nedeniyle kamu görevlilerinin maruz kaldıkları disiplin cezalarına karşı açılan davalarda, kamu görevlisine isnad edilen eylemin sübutunun yanı sıra, -Sözleşme'ye veya Anayasa'ya atfen- ölçülülük ve/veya demokratik toplumda gereklilik ilkeleri çerçevesinde ifade özgürlüğü açısından da inceleme yaptığı yakın tarihli kararları özellikle dikkat çekicidir. Ne var ki Danıştay'ın bu kararları ile eş zamanlı olarak verilen ve kamu görevlisi olan davacıların ifade özgürlüğüne müdahale teşkil eden idari işlemlerin ifade özgürlüğü noktasında hiçbir değerlendirmeye tâbi tutulmadığı kararlarına da rastlanılmaktadır. Bu durum, Türk İdari Yargılama Hukuku açısından, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren uyuşmazlıklar karara bağlanırken *'ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği meselesi'*nin İHAM kararlarında ortaya konulan ilkelerden hareketle incelenip incelenmediği hususunda genel geçer bir değerlendirme yapılabilmesini engellemektedir.

Bununla birlikte Anayasa'nın 90/5. maddesinin âmir hükmü gereğince İHAS'ın iç hukukumuzda kanun hükmünde olması, Türk İdari Yargılama Hukuku'nda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü sınırlandıran idari işlemlerin yargısal denetimi yapılırken, her zaman, İHAS ile ifade özgürlüğüne tanınan güvencelerin (İHAM tarafından yorumlandıkları şekliyle) dikkate alınmasını gerektirmektedir. Üstelik çalışmada üzerinde durulan yeni tarihli kararlarında İHAM'ın sergilediği yaklaşım, bu kapsamda ifade özgürlüğünü kısıtlayan tasarrufların demokratik toplumda gerekliliğinin ulusal mahkemeler tarafından ilgili ve yeterli gerekçelerle ortaya konulmadığı her durumda Mahkeme'nin doğrudan ihlal kararı verme yönündeki eğilimi, Danıştay'ın ve diğer idari yargı mercilerinin kararlarında bu gerekliliğe uyulmadığı ve akabinde uyuşmazlığın bireysel başvuru yoluyla İHAM'a intikal ettiği durumlarda Türkiye aleyhine ihlal kararı verilmesi olasılığını artırmaktadır. Bu noktada her ne kadar 2012 yılından itibaren yürürlüğe giren Anayasa Mahkemesi nezdinde bireysel başvuru imkânı kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüyle ilgili uyuşmazlıkların İHAM önüne taşınması ve taşındığı takdirde bir ihlal kararı ile sonuçlanması ihtimalini kayda değer şekilde azaltmakta ise de; Anayasa Mahkemesi'nin usule veya esasa ilişkin herhangi bir nedenle ihlal tespit etmediği uyuşmazlıkların İHAM nezdinde ihlal kararları ile sonuçlanabildiği ve bu uyuşmazlıkların İHAM tarafından karara bağlanmasında nihai olarak



derece mahkemelerinin kararlarındaki gerekçelerin belirleyici olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır.⁸⁷

Bu değerlendirmelerden hareketle, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturan idari işlemlerin inceleme konusu yapıldığı ve dava konusu işlemin iptaline karar verilmeyen davalarda,⁸⁸ uyuşmazlığın İHAM tarafından belirlenen standartlar çerçevesinde İHAS'ın 10. maddesi açısından değerlendirilmesinin ve müdahaleyi gerekli kılan ilgili ve yeterli gerekçelere karar metinlerinde yer verilmesinin büyük önem taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Diğer taraftan belirtilmelidir ki, bu gerekliliğin yerine getirilmiş sayılabilmesi için Danıştay ve diğer idari yargı mercilerinin kararlarında İHAS'ın 10. maddesine (yine Anayasa'ya veya davacının ifade özgürlüğüne) soyut bir şekilde atıf yapılması tek başına yeterli olmayacaktır.⁸⁹ İHAM'ın tabiriyle ifade etmek gerekirse, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğünü ilgilendiren uyuşmazlıklarda idari yargı mercilerinin, "konuyu başvurucağının ifade özgürlüğü ışığında dikkatlice incelediklerini gösteren ve başvurucağının ifade özgürlüğü ile kamu idaresinin menfaatleri arasındaki dengenin başvurucağına aleyhine kurulmasını haklı kılan ilgili ve yeterli gerekçelere kararlarında yer vermeleri"⁹⁰ gerekecektir.

Son olarak İHAS'ın 10. maddesinde ifade özgürlüğü açısından yer verilen güvencelerin, bu kapsamda ifade özgürlüğünün sınırlandırılması konusunda maddenin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlandırma rejiminin, "ifade özgürlüğünün ancak demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun şekilde sınırlandırılabilirliğini" hükme bağlayan Anayasa'nın 13. ve 26. maddeleriyle uyum içerisinde olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla Türk İdari Yargılama Hukukunda kamu görevlilerinin ifade özgürlüğüne ilişkin idari işlemlerin yargısal denetimi

87 Bu hususta çok yakın tarihli bir örnek olarak, bir imamın sosyal medya paylaşımları sebebiyle mahkûmiyetinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilemezlik kararı sonrasında İHAM tarafından 'derece mahkemelerinin karar gerekçelerindeki yetersizlik' sebebiyle verilen ihlal kararı için bkz. Üçdağ/Türkiye, no.23314/19, 31.08.2021, p.11-12, 84-88.

88 İdari işlemin herhangi bir nedenle (örneğin işlemi yetkili olmayan makamın tesis etmesi, disiplin cezasına konu eylemin sübut bulmaması, idari işlem tesis edilirken mevzuat hükümleriyle öngörülen şekil kurallarından birine uyulmaması, disiplin cezasına konu eylem ile sevki maddesinin bir biri ile uyumsuz olması vb) iptal edildiği durumlarda bu işlem, tesis edildiği tarihten itibaren (geçmiş etkili olarak) hukuk âleminde kalkacağı için, İHAS'ın 10. maddesine aykırılık zaten gündeme gelmeyecektir. Bkz. YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, Beta Basım, İstanbul, 2008, s.451; GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargısı**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002, s.246-247; ÇAĞLAYAN Ramazan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001, s.128, 131.

89 bkz. Terentyev/Rusya, p.9,22-23.

90 bkz. Langner/Almanya, p.54.



gerçekleştirilirken Danıştay'ın ve diğer idari yargı organlarının, idari işlemin '*demokratik toplumda gereklilik*' ölçütüne uygunluğu bakımından -İHAM kararlarında yapılabilecek benzer şekilde- bir inceleme yürütmeleri durumunda, İHAS'ın 10. maddesinin yanı sıra Anayasa'nın 13., 26. ve 90. maddelerinin gereklilikleri de yerine getirilmiş olacaktır. Bu nedenle kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü konusunda Sözleşme standartlarına uygun şekilde bir demokratik toplumda gereklilik incelemesi yapılması, sadece yargı yetkisini tanıdığımız bir uluslararası mahkeme nezdinde ihlal kararlarına muhatap olmama meselesi olarak değil; aynı zamanda belirli bir idari uyuşmazlık kategorisinde Anayasa'nın olması gerektiği şekilde uygulanması sorunu olarak da karşımıza çıkmaktadır.



KAYNAKLAR

AKYILMAZ Bahtiyar, SEZGİNER Murat, KAYA Cemil, **Türk İdare Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009.

ATAY Ender Ethem, **İdare Hukuku**, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ÇAĞLAYAN, Ramazan, **İdarî Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2001.

DOĞRU Osman, NALBANT Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, 2. Cilt, Avrupa Konseyi – Yargıtay Başkanlığı, 1. Baskı, Ankara, 2013.

FUGLISTALER Gabriel, **The Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights' Post-2011 Jurisprudence**, Lozan Üniversitesi Kamu Yönetimi Lisansüstü Çalışmalar Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Cahier de l'IDHEAP 295/2016), Lozan, 2016, https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_A4FA8A7A4A0B.P001/REF, erişim tarihi 03.05.2021.

GÖKCAN Hasan Tahsin, “Bireysel Başvuruda İkincillik İlkesi ve Denetim Yetkisinin Sınırları Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 135, 2018, s.9 vd.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku Cilt II**, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, **Yönetmelik Yargı**, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, 9. Bası, İmaj Yayınevi, Ankara, 2004.

KAMAN KARAN Nur, **Devlet Memurluğunun Sona Ermesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

KARAN Ulaş, “İfade Özgürlüğü Hakkı”, in: İNCEOĞLU Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme**, Avrupa Konseyi Yayınları, Ankara, 2013.

MAHONEY Paul, “Free Speech of Civil Servants and Other Public Employees”, in: **Freedom of Expression - Essays in honour of Nicolas Bratza**, Wolf Legal Publishers, 1. Baskı, The Netherlands, 2012.

SPANO Robert, “The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process – Based Review and the Rule of Law”, **Human Rights Law Review**, Cilt 18, Sayı 3, 2018, s.473 vd (Türkçe çevirisi için bkz. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/202005AIHM-RobertSpano.pdf>, erişim tarihi 03.05.2021).



SPANO Robert, “Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity”, **Human Rights Law Review**, Cilt 14, Sayı 3, 2014, s.487 vd.

VILA Marisa Iglesias, “Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication Within a Cooperative Conception of Human Rights”, **International Journal of Constitutional Law**, Cilt 15, Sayı 2, 2017, s.393 vd.

YAYLA Yıldızhan, **İdare Hukuku**, Beta Yayınları, İstanbul, 2009.

YILDIRIM Turan, **İdari Yargı**, Beta Basım, İstanbul, 2008.

YILDIRIM Turan, KARAN Nur, **İdare Hukuku I**, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.

ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN BORÇLAR HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

*(Evaluation of the Mediation Agreement from the standpoint of the
Law of Obligations)*

Doç. Dr. Emel BADUR¹

ÖZ

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte 2012 yılında Türk Hukuku'na dahil olmuş, nispeten yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na üç ayrı dava şartı arabuluculuk eklenmiştir. Bu düzenlemeler Türk Hukuku açısından arabuluculuğun önemini ve yaygınlığını arttırmıştır. Arabuluculuk faaliyeti sonrasında, uyuşmazlığın tarafları arasında anlaşma sağlanacak olursa, bu anlaşmaya ilişkin arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesi mümkündür. Arabuluculuğun tarafları, arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini belirlemek konusunda serbesttir. Ancak bu belge borçlar hukuku açısından bir sözleşme olarak nitelendirildiğinden, sözleşme serbestisinin sınırlarına uygun olmalıdır. Arabuluculuk anlaşma belgesi, taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır. Geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için, arabuluculuk faaliyeti sonrasında ulaşılan bir anlaşma olması ve tarafların iradelerini yansıtması gereklidir. Arabuluculuk anlaşma belgesinin, akde aykırı davranış, ehliyetsizlik, irade sakatlığı veya sahtelik iddialarıyla yargılamaya konu edilebilmesi mümkündür.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, anlaşma belgesi, sözleşme serbestisi, irade sakatlığı, ibra.

ABSTRACT

Mediation is a relatively new alternative dispute resolution method that has been incorporated into Turkish Law in 2012 with the adoption and entry into force of Law No. 6325 on Mediation in Civil Disputes

1 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi. (badur@cankaya.edu.tr) ORCID ID: 0000-0002-5133-8541.



(MCD). After the adoption of MCD, three separate precondition of lawsuits mediation was added to the Turkish Law. These regulations have increased the importance and prevalence of mediation in terms of Turkish Law. After the mediation activity, if an agreement is reached between the parties to the dispute, it is possible to issue a mediation settlement agreement document related to this agreement. Parties to mediation are free to determine the content of the mediation settlement agreement document. However, since this document is qualified as a contract in terms of the law of obligations, it must comply with the limits of the freedom of contract. Mediation settlement agreement document is signed by the parties and the mediator. In order to mention a valid mediation agreement document, it must be an agreement reached after the mediation activity and reflect the will of the parties. It is possible for the mediation settlement agreement document to be subject to trial on allegations of breach of contract, disability, defective will or forgery.

Keywords: Mediation, agreement document, freedom of contract, defective will, release.

GİRİŞ

Arabuluculuk, 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun (HUAK) kabulü ve yürürlüğe girmesiyle birlikte, 2012 yılında Türk Hukuku'na dahil olmuş, nispeten yeni bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. Kazan-kazan ilkesinin hakim olduğu bu alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda, taraflar arabulucunun süreç yönetiminde, aralarındaki uyuşmazlığı çözüme kavuşturmaya yönelik görüşmeler yaparlar.

Arabuluculuk, HUAK'ın 2/1/b maddesinde, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun gereğince arabulucu, "*Arabuluculuk faaliyetini yürüten ve Bakanlıkça düzenlenen arabulucular siciline kaydedilmiş bulunan gerçek kişiyi*" ifade eder.

Arabuluculuk kural olarak gönüllülük (iradilik) esasına dayanan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoludur. İradi (ihtiyari) arabuluculukta



uyuşmazlığın tarafları, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme kavuşturmayı -en azından bu yolu denemeyi- tercih ederler. İradi arabuluculuğa, uyuşmazlık yargıya taşınmadan önce başvurulabileceği gibi, uyuşmazlık yargıya taşındıktan sonra da başvurulabilir.

Bununla birlikte HUAK'ın kabulünden sonra, Türk Hukuku'na üç ayrı dava şartı arabuluculuk eklenmiştir. Bunlardan ilki, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ile getirilmiş; iş hukuku uyuşmazlıklarına ilişkin dava şartıdır. İkincisi, 7155 sayılı Abonelik Sözleşmesinden Kaynaklanan Para Alacaklarına İlişkin Takibin Başlatılması Usulü Hakkında Kanun ile düzenlenen, ticari uyuşmazlıklarda konusu bir miktar paranın ödenmesi olan, alacak ve tazminat talepleri hakkındaki dava şartıdır. Üçüncüsü ise 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanunla düzenlenen tüketici hukuku kapsamında yer alan uyuşmazlıklara ilişkin dava şartıdır.

HUAK'ın "*Tarafların anlaşması*" kenar başlıklı 18/1. maddesinde "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir*" hükmüne yer verilmiştir. İster ihtiyari ister dava şartı arabuluculukta, arabuluculuk faaliyeti sonucunda, uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık konusuna ilişkin olarak anlaşma veya anlaşamama ya da uyuşmazlığın bir kısmına ilişkin anlaşma (kısmi anlaşma) hakları bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle anlaşmanın kapsamını belirlemeye yetkili olan uyuşmazlığın tarafları, vardıkları anlaşma ile kendilerine yeni bir hukuki durum, statü veya ilişki oluşturabilirler.

Anılan maddenin devamında, "*... anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır.*" düzenlemesi yer almaktadır. Bu düzenlemeden anlaşılan, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya (veya kısmi anlaşmaya) varılan her halde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesinin gerekli olmadığıdır. Vardıkları anlaşmayı, yazıya döküp dökmeme yetkisi de yasa koyucu tarafından uyuşmazlığın taraflarına bırakılmıştır. Ancak taraflar vardıkları anlaşmayı bir anlaşma belgesi haline getirmek isterlerse, bu belge taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu tarafından imzalanmakla geçerlilik kazanacaktır.

HUAK'ın 18/4. maddesinde yer alan "*Taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.*" ifadesi gereğince, arabuluculuk anlaşma belgesinin, arabulucu ve tarafların yanı sıra tarafların



avukatlarınca da imzalanmakla, usul hukuku açısından ilam niteliğinde belge statüsü kazanacağı açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca HUAK'ın 18/2. maddesi gereğince, taraflar arabuluculuk anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini de talep edebilirler. Ancak bu hükümler arabuluculuk anlaşma belgesinin usul hukuku açısından sonuçlarına ilişkin olduklarından ve çalışmanın kapsamı arabuluculuk anlaşma belgesinin borçlar hukuku açısından değerlendirilmesiyle sınırlandırıldığından, icra edilebilirlik şerhi ve ilam niteliğinde belge statüsü hakkında açıklamalarda bulunulması tercih olunmamıştır.

HUAK'ın 18. maddesi ışığında arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu tarafından imzalanmakla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Bu makalenin amacı, arabuluculuk anlaşma belgesinin sözleşme serbestisi, şekil kuralları ve irade sakatlığı halleri gibi çeşitli açılardan değerlendirilmesi ve borçlar hukuku açısından hukuki niteliğinin belirlenmesine çalışmasıdır.

Üç bölümden oluşan makalenin ilk bölümü, arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına ve taraflarının açıklanmasına ayrılmıştır. İkinci bölümde, arabuluculuk anlaşma belgesinin unsurları ve hukuki niteliği üzerinde durulmuştur. Ardından makale arabuluculuk anlaşma belgesinin konusunun ele alındığı üçüncü ve son bölümle tamamlanmıştır.

I. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN TANIMI VE TARAFLARI

HUAK'da ve Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliğinde² (Yönetmelik) arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılmamıştır. Zira Kanun'da da Yönetmelik'te de esas olarak, bu belgenin sonuçlarının belirlenmesi hedeflenmiştir. Bununla birlikte yapılan düzenlemelerden faydalanılarak, arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına ulaşmak ve bu sözleşmenin taraflarını belirlemek zor olmayacaktır.

Ancak arabuluculuk anlaşma belgesinin tanımına geçilmeden önce, bu terimin gerek makale başlığında gerekse içeriğinde kullanılmasının tercih olunmasına ilişkin bir terminolojik belirleme yapılması gerekliliği bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle neden arabuluculuk anlaşma

² <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/06/20180602-1.htm> (E. T. 10.04.2021).

sözleşmesi veya sadece arabuluculuk anlaşması değil de arabuluculuk anlaşma belgesi teriminin tercih olunduğu açıklanmalıdır. Bu konuda ilk söylenmesi gereken, yasa koyucunun arabuluculuk faaliyeti sonucunda tarafların anlaşmasının yazılı hale getirilmesi açısından tercih ettiği ifadenin HUAK'ın 18. maddesinde “*anlaşma belgesi*” olarak ifade olunmasıdır.

Arbuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın taraflarının anlaşmaya varmaları halinde, bu anlaşma -kural olarak- geçerlilik şekline tabi değildir.³ Tarafların arabuluculuk sonucunda sözlü şekilde bir sözleşme kurmalarının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasa koyucu, tarafların bu anlaşmayı iradi olarak yazılı şekle tabi kılmak istemeleri halinde, uyulacak kuralları ve düzenlenen belgenin hukuki sonuçlarını belirlerken, anlaşma belgesi terimini kullanmayı tercih etmiştir.

A. Tanımı

Arbuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu (veya eş arabulucular⁴) tarafından imzalanmakla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanabilir. Kılıçoğlu⁵ “*arbuluculuk sulh sözleşmesi*” olarak da isimlendirdiği bu kavramı, arabuluculuğun başarıyla sona ermesi halinde düzenlenen ve tarafların aralarındaki uyuşmazlığı arabulucu nezdinde sulh ile sonlandırmalarına ilişkin belge olarak tanımlamaktadır.

Arbuluculuk anlaşma belgesinin, arabuluculuğa dair iki ayrı sözleşme olan, arabuluculuk ve arabulucu sözleşmeleri ve bir de arabulucu tarafından tutulması zorunlu olan son tutanakla farkları üzerinde durulmasında yarar vardır.

3 Ancak tarafların özellikle ileride anlaşmaya ilişkin sorun çıkmasını istemedikleri, oluşturdukları sözleşmeyi farklı yerlerde de kullanmayı arzuladıkları ve özellikle ilam niteliğinde belge avantajlarını sağlamayı amaçladıkları hallerde anlaşmanın yazıya dökülmesi önem kazanmaktadır. EKMEKÇİ Ömer, ÖZEKES Muhammet, ATALI Murat ve SEVEN Vural, **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul: On İki Levha, 2019, s. 108.

4 Eş arabuluculuk, uyuşmazlığın çözümü için birlikte arabuluculuk faaliyeti gösteren iki veya daha fazla arabulucuyu ifade etmek için kullanılan bir terimdir. Tanım ve konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BADUR Emel, “Arbulucu Sözleşmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 15/162 (2020), s. 250; ÖZMUMCU Seda, “Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arabuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 13/161 (2018), s. 9-36.

5 KILIÇOĞLU Ahmet M., **Arbuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan, 2020, s. 87.

Arabuluculuk sözleşmesi, tarafların arasında ortaya çıkmış veya ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözüme ulaştırmayı deneyeceklerine ilişkin sözleşmedir.⁶ Yönetmeliğin 5/1. maddesinde “Taraflar, ... öncelikle uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşırlar.” şeklinde ifade edilen sözleşme, arabuluculuk sözleşmesidir. Yönetmelik’te “arabuluculuk yoluyla sonuçlandırma konusunda anlaşırlar.” ifadesi kullanılmış olmakla birlikte; uyuşmazlığın taraflarının aralarında arabuluculuk sözleşmesi yapmış olmaları, bu arabuluculuk faaliyetinin anlaşmayla bitmesini de taahhüt etmeleri anlamına geldiği şeklinde yorumlanamaz. Tarafların arabuluculuk sözleşmesiyle birbirlerine yükümlendikleri, anlaşma sonucuna değil; arabuluculuk faaliyetine katılmaya ilişkin edimdir. Arabuluculuk sözleşmesi taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi kuran temel sözleşmeye eklenebileceği gibi, bağımsız bir sözleşmeyle de akdedilebilir.⁷

Arabulucu sözleşmesi, aralarındaki uyuşmazlığı arabuluculuk yoluyla çözmeyi -en azından uyuşmazlığı bu yolla çözmeyi denemeyi-kararlaştıran tarafların, arabulucuyla (veya eş arabulucularla) yaptıkları ve arabulucunun uyuşmazlığın taraflarına arabuluculuk etmeyi yükümlendiği; buna karşılık uyuşmazlığın taraflarının (veya sadece taraflardan birinin) arabulucuya ücret ödemeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanabilir.⁸ Arabulucu sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları

6 Neil Andrews, “Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts”, *Uniform Law Review*, 18/1 (2013), s. 8-11; BADUR, s. 263; DÜR Orhan, **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara: Adalet, 2018, s. 328; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 55; ERDOĞAN Ersin ve CÖMERT Büşra, “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 13/138 (2018), s. 29; ERTÜRK Mustafa, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Ankara: Adalet, 2019, s. 95; GIRSBERGER Daniel ve VOSER Nathalie, **International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives**, 2016, (Swisslex aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 08.01.2021), s. 9; KEKEÇ Elif Kısmet, *Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler*, Ankara: Adalet, 2016, s. 139, 140; Maryam Salehijam, *Mediation and Commercial Contract Law: Towards a Comprehensive Legal Framework*, Abingdon: Routledge, 2021, s. 9; TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2012, s. 101; YAZICI TIKTIK Çiğdem, **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2013, s. 156; 190.

7 EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 55; KEKEÇ, s. 140; Salehijam, s. 9; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 102.

8 Öğretide yapılan benzer tanımlar için bkz. AZAKLI ARSLAN Betül, “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1 (2018), s. 211; AZAKLI ARSLAN Betül, **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2018, s. 202; BADUR, s. 249; DÜR, s. 343, 344; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 57; AMANDA FIRST, “A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space”, *Harvard Negotiation Law Review*, 23 (2017), s. 412, 413, (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 24.01.2021); GIRSBERGER ve VOSER, s. 9; GROSSMAN Andy, **Good Practice Guide:**



olan arabulucu ve uyuşmazlığın taraflarına; uyuşmazlığın konusu ve kapsamına ilişkin belirlemeler yer almalıdır.⁹

Arabuluculuk anlaşma belgesi, **arabuluculuk son tutanağından** da farklıdır. Arabuluculuk son tutanağı, arabuluculuk sürecinin sonlanmasına ve sonlanma şekline (anlaşma, anlaşmama veya faaliyet başka sebeple sona erdi ise bu sebebe) ilişkin olarak arabulucu (veya eş arabulucular) tarafından tutulması zorunlu olan bir belgedir. Arabuluculuk son tutanağına ilişkin düzenleme, HUAK'ın *"Arabuluculuğun sona ermesi"* kenar başlıklı 17/2. maddesinde *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların anlaşmış oldukları, anlaşamadıkları veya arabuluculuk faaliyetinin nasıl sonuçlandığı bir tutanak ile belgelendirilir. Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır. Belge taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanmazsa, sebebi belirtilmek suretiyle sadece arabulucu tarafından imzalanır."* ifadesi kullanılarak yapılmıştır.

Aynı maddenin 3. fıkrasında, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlenen bu tutanağa, faaliyetin sonuçlanması dışında hangi hususların yazılacağına tarafların karar verebileceği de belirtilmiştir.¹⁰ Bu ifadeden anlaşılabilir, tarafların arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varmaları halinde, isterlerse anlaşmaya ilişkin belirlemeleri de son tutanağa geçirebilmelerine yasa koyucu tarafından olanak tanındığıdır.¹¹ Ancak tarafların bu yolu tercih etmeleri durumunda arabulucunun, son tutanağın Daire Başkanlığına gönderilmesiyle ilgili uyarıyı, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında yinelemesinde yarar olacaktır.¹²

B. Tarafları

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, arabuluculuk sürecine katılmış olan uyuşmazlığın taraflarıdır. Uyuşmazlık terimi niteliği itibarıyla en az iki taraf gerektirmektedir. Ancak bir uyuşmazlığın

Mediation, London: Riba, 2009, s. 22, 23; ÖZBEK Mustafa Serdar, **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü**, C. 2, Ankara: Yetkin, 2016, s. 1214; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 143; YAZICI TIKTIK, s. 153.

9 BADUR, s. 249; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 58; First, s. 420.

10 HUAK'ın 17/4. maddesinde arabulucunun, arabuluculuk faaliyeti sonunda düzenlediği son tutanağın bir örneğini arabuluculuk faaliyetinin sona ermesinden itibaren bir ay içinde Genel Müdürlüğe göndermesi gerekliliğine yer verilmiştir.

11 Aynı yönde bkz. İLHAN Onur, **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin, 2020, s. 254; KEKEÇ, s. 196.

12 Öğretide son tutanağın basit ve sadece sürecin sona ermesine yönelik belirlemeleri içerecek bir biçimde hazırlanması; arabulucunun da taraflara ayrı bir arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesini tavsiye etmesi gerektiği belirtilmiştir. EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 105.

ikiden çok tarafının olması da mümkündür. Arabuluculuk anlaşma belgesi -kural olarak- uyuşmazlığın arabuluculuk faaliyetine dahil olan tüm taraflarının iradesiyle kurulur. Örneğin İş Mahkemeleri Kanunu'nun 3/15. maddesinde asıl işveren-alt işveren ilişkisinin varlığı halinde, işe iade talebiyle arabulucuya başvurulduğunda, anlaşmanın gerçekleşebilmesi için işverenlerin arabuluculuk görüşmelerine birlikte katılmaları ve iradelerinin birbirine uygun olması şartının aranacağı açıkça düzenlenmiştir.

Ancak istisnai hallerde ve taraf sayısının ikiden fazla olması durumunda, sadece iki tarafın anlaşması ile de arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenebilmesi mümkündür. Örneğin kusursuz sorumluluk süjesi olan bir taşınmazın maliki, kusur sorumlusu olan taşınmazın kiracısı ve zarar gören arasında yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda; kiracıyla zarar gören arasında zararın tazminine ilişkin bir anlaşma belgesi oluşturulmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

HUAK'ın 17/2. maddesinde arabuluculuk son tutanağı açısından *"Arabulucu tarafından düzenlenecek bu belge, arabulucu, taraflar, kanuni temsilcileri veya avukatlarınca imzalanır."* ifadesiyle kaleme alınan hükmün benzeri, arabuluculuk anlaşma belgesi açısından düzenlenmiş olmasa da; uyuşmazlığın taraflarının tam ehliyetli olmamaları halinde, arabuluculuk anlaşma belgesi, tarafların yasal temsilcileri tarafından akdedilebilir. HUAK'ın 15/6. maddesinde yer verilen *"Arabuluculuk müzakerelerine taraflar bizzat, kanuni temsilcileri veya avukatları aracılığıyla katılabilirler."* kuralının, yasal temsilciler ve avukatlar açısından, arabuluculuk anlaşma belgesini de düzenleyebilecekleri şeklinde anlaşılması gerekir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen anlaşma belgesiyle, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme de oluşturulabileceği göz önünde bulundurulduğunda, tam ehliyetli olmayan taraflar açısından, bu belgenin yasal temsilcinin izin veya icazetiyle de kurulabilmesinin mümkün olduğu belirtilmelidir. Ancak göz ardı edilmemesi gereken husus, yasal temsilcilerin bazı işlemleri yapmaktan yasaklı oldukları bazı işlemleri yapabilmek için ise izne gereksinim duyduklarıdır. HUAK'da bu konuda özel bir düzenleme yapılmamış olması, TMK'da düzenlenen kuralların arabuluculuk anlaşma belgesi için de geçerli olacağı sonucunu doğurur. Örneğin arabuluculuk görüşmelerine katılan vasinin, arabuluculuk anlaşma belgesiyle, kısıtlı adına kefil olması veya önemli bağışlama yapması mümkün değildir. Kendisi de bir hukukçu olan arabulucunun, taraflar arasında düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesini hukuki geçerlilik açısından denetleme yükümlülüğünün

bir boyutunu da yasal temsilcilerin dahil oldukları anlaşma belgeleri açısından bu temsilcilerin yetki sınırlarının denetlenmesi oluşturur.

HUAK'ın 18/4. maddesinde tarafların, avukatlarının ve arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesinin ilam niteliğinde belge sayılacağı düzenlenmiş olmakla birlikte; arabuluculuk anlaşma belgesinin sadece taraf vekilleriyle imzalanmasına ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 74. maddesinde, açıkça yetki verilmemiş vekilin, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramayacağı düzenlenmiş olmakla birlikte; bu yolların sonuçlanma usulüne ilişkin bir belirleme yapılmamıştır.

Ancak HMK'nun 74. maddesi çerçevesinde açıkça yetkilendirilmiş ve müvekkili ad ve hesabına kazandırıcı ve borçlandırıcı sözleşme yapma yetkisiyle de donatılmış vekilin, arabuluculuk anlaşma belgesini müvekkilini temsilen kurma yetkisinin varlığının kabulü gerekir. Bununla birlikte TBK'nun 504/3. maddesinde *"Vekil, özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlandıramaz."* ifadesiyle düzenlenen ve vekil açısından özel yetki gerektiren haller göz ardı edilmemelidir.

HUAK'ın 15/8. maddesinde, arabuluculuk müzakerelerinde idareyi¹³, üst yönetici tarafından belirlenen iki üye ile hukuk birimi amiri veya onun belirleyeceği bir avukat ya da hukuk müşavirinden oluşan bir komisyonun temsil edeceği kuralı getirilmiş¹⁴ ve Yönetmeliğin 18/1. maddesinde komisyonun kendisini vekil ile temsil ettiremeyeceği açıklanmıştır. Yönetmeliğin 18/5. maddesinde belirlenen komisyon üyelerinin arabuluculuk sürecinde karar alma konusunda tam yetkili

13 HUAK'ın 2/1/ç maddesinde idare, 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II), (III) ve (IV) sayılı cetvellerde yer alan idare ve kurumlar ile 5018 sayılı Kanunda tanımlanan mahalli idareler ve bu idareler tarafından kurulan işletmeleri, özel kanunla kurulmuş diğer kamu kurum, kurul, üst kurul ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunların bağlı ortaklıkları, müessese ve işletmelerini, sermayesinin yüzde ellisinden fazlası kamuya ait diğer ortaklıkları ifade eder şekilde tanımlanmıştır.

14 İdarenin taraf olduğu uyuşmazlıklarda arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAPAR Asuman, "İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi", *Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi*, 7/59 (2020), s. 2526-2535; ÜSTÜN Gül Fiş, "Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 26/1 (2020), s. 13-23; HASANOĞLU Aynur, "İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları", *AÜHFD*, 65/4 (2016), s. 1981-1996; KARAASLAN Mehmet, "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", *TBBD*, 140 (2019), s. 71-113.



oldukları ve 18/4. maddesinde komisyon kararlarının oy birliği ile alınacağı belirtilmiştir.¹⁵ Aynı maddenin 12. fıkrasında idarelerin taraf olduğu özel hukuk uyuşmazlıklarında, arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmesi konusunda 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun ve Yönetmelik hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

İdarenin arabuluculuk görüşmelerinde temsiline benzer bir hükme Yönetmeliğin 25/1. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre dava şartı arabuluculuk görüşmelerinde, işverenin adi veya resmi yazılı bir belgeyle yetkilendirdiği çalışanı; işvereni temsil edebilir ve son tutanağı imzalayabilir. Maddede arabuluculuk anlaşma belgesinin değil; son tutanağın imzalanmasından söz edilmiş olmakla birlikte, son tutanağı imzalama yetkisiyle donatılmış çalışanın arabuluculuk anlaşma belgesini de imzalamak konusunda yetkilendirilmiş olduğunun kabulü gerekir.

Arabulucu, arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafı olmamakla birlikte; HUAK'ın 18/1. maddesinde kullanılan *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır."* ifadesi gereğince, hazırlanan anlaşma da imzası bulunan yetkili kişidir.

II. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Arabuluculuk anlaşma belgesi, yasa koyucu tarafından ismen anılmakla birlikte, unsurları ve tanımını açıkça düzenlenmeyen, isimsiz (atipik) bir sözleşme olduğundan, bu sözleşmenin unsurlarına ilişkin yasal dayanakları tespit etmek o kadar kolay değildir. Ancak HUAK'da arabuluculuğun esasları ve arabulucuların görevleri düzenlenmiş olduğundan, arabuluculuk sonucunda ulaşılan anlaşma belgesinin unsurlarının -sözleşme temelinde olmasa bile- belirlenebilmesi mümkün hale gelmektedir.

A. Unsurları

Arabuluculuk anlaşma belgesinin esaslı unsurları, arabuluculuk sonucunda ulaşılabildiği, tarafların anlaşması ve yasa koyucu tarafından öngörülen şekil kuralına uyulması olarak belirlenebilir.¹⁶

¹⁵ Bu düzenleme ışığında komisyonun üç üyesinin de aynı yönde görüş açıklamamaları halinde, arabuluculuk anlaşma belgesi düzenlenemeyecektir.

¹⁶ ANDREWS, s. 6; GROSSMAN, s. 22, 23; First, s. 415, 417.

1. Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılmaması

HUAK'ın 17/1/a maddesi gereğince, tarafların anlaşmaya varması halinde arabuluculuk faaliyeti sona erer. Kanun'un 18/1. maddesinde de *"Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır."* hükmüne yer verilmiştir. Her iki düzenleme birlikte ele alındıklarında, arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için varlığı zorunlu olan ilk unsur, bu anlaşmaya arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılmış olması gerekliliğidir.¹⁷

HUAK'ın 2/1/b maddesinde arabuluculuk, sistematik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, tarafların çözüm üretmediklerinin ortaya çıkması halinde çözüm önerisi de getirebilen, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyari olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemini ifade eder şekilde tanımlanmıştır. Bu tanım ışığında, tarafların kendi aralarında düzenlemiş oldukları bir sözleşmeyi arabulucunun da imzalamasını istemeleri ve arabulucunun da bu belgeyi imzalamasıyla¹⁸ ortaya çıkan bir sözleşmenin arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelenebilmesi mümkün değildir.¹⁹

2. Tarafların Anlaşması

Arabuluculuk anlaşma belgesinin ikinci unsuru, uyuşmazlığın taraflarının (ikiden fazla taraf olması halinde en az ikisinin) uyuşmazlığın çözümüne dair karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanlarının buluşması ve bu anlaşmayı yazılı bir hale getirme yönündeki karşılıklı istemleridir. Uyuşmazlığın çözüm yöntemine ilişkin bu irade beyanlarının, uyuşmazlığın tamamını kapsamı zorunlu değildir. Bu durum, Yönetmeliğin 25/6. maddesinde yer alan *"Tarafların uyuşmazlık*

17 Aşağıda *"Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Konusu"* başlığında, üzerinde ayrıntılı olarak durulan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin kararında (Y. 9. HD, E. 2019/3694, K. 2019/13040, T. 08.12.2016), arabuluculuk anlaşma belgesinin geçersizliğinin sebebi, mevzuata uygun olarak yürütülmüş bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılmamış bir belge olmasıdır.

18 Ayrıca hukuka uygun olarak yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti olmaksızın, ortaya çıkan anlaşmanın arabulucu tarafından imzalanması, arabulucunun hukuki, cezai ve disiplin sorumluluğuna da sebep olabilir.

19 Aksi yönde bkz. BÜYÜKAY Ferhat, **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi**, Ankara: Adalet, 2018, s. 104; KIYAK Emre, *"Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği"*, **TAAD**, 6/21 (2015), s. 528 529, dpn. 11.

konusunda anlaşmaları veya kısmen anlaşmaları halinde süreç anlaşma son tutanağı ile sonuçlandırılır. Bunların haricindeki her durumda taraflar anlaşmamış sayılır ve anlaşmama son tutanağı düzenlenir.” düzenlemesiyle de açıklığa kavuşturulmuştur.²⁰ Örneğin işçinin kıdem tazminatı ve kullanılmayan yıllık izin ücretlerinin konu olduğu bir uyuşmazlığın, sadece kıdem tazminatını konu alan bir anlaşma belgesiyle sonuçlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.

HUAK'ın 5/1/ç maddesinde *“Beyan veya belgelerin kullanılmaması”* kenar başlığı altında öncelikle *“Sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan”* belgelerin delil olarak ileri sürülemeyeceği ve bunlar hakkında tanıklık yapılamayacağı kuralı kaleme alınmıştır. Sonrasında aynı maddenin 3. fıkrasında maddede geçen beyan ve belgelerin, arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabileceği düzenlenmiştir.

Arabuluculuk anlaşma belgesi -kural olarak- arabuluculuğa ilişkin gizlilik prensibi kapsamında değerlendirilmeyen, aleni bir belgedir. Eğer taraflar anlaşma belgesinin içeriğinin gizli kalmasını istiyorlarsa, maddi hukuk hükümleri çerçevesinde bir cezai koşul öngörerek anlaşma belgesinde gizliliği düzenleyebilirler.²¹

3. Şekil

Yukarıda da açıklandığı üzere, arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın geçerliliği, herhangi bir şekil kuralına tabi kılınmamıştır. Bununla birlikte varılan anlaşmanın, arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelenebilmesi için, HUAK'da belirtilen şekil kuralına uyulması gereklidir. Ancak bu şekle, bir geçerlilik şekil kuralı denemez. Arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın, yazılı hale getirilmesini tercih eden taraflar açısından, hazırlanan arabuluculuk anlaşma

20 Benzer bir düzenlemeye Yönetmeliğin 25/7. maddesinde de yer verilmiştir: *“Tarafların arabuluculuk sürecinde ileri sürülen taleplerden bir kısmı üzerinde anlaşmaya varmaları halinde, üzerinde anlaşma sağlanan ve sağlanamayan hususlar son tutanakta açıkça belirtilir ve ücret taraflardan aksi kararlaştırılmadıkça eşitçe alınır.”*

21 *“Bununla birlikte, gerek ihtiyari gerekse dava şartı arabuluculuk sürecinde hazırlanan anlaşma belgesi bir özel hukuk sözleşmesidir ve aleni bir belgedir.”* KOÇYİĞİT İlker ve BULUR Alper, **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2019, s. 41; Aynı yönde ATIŞ İrfan, *“Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”*, **Sakarya İktisat Dergisi**, 8/1 (2019), s. 80, 81; Ellen E. Deason, *“Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality”*, **U.C. Davis Law Review**, 35/1 (2001), s. 33-102, (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 24.01.2021); ERGİNER Ozan Umut, *“Arabuluculuk ve Gizlilik”*, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5/9 (2017), s. 84; KİYAK, s. 541.



belgesinin, TBK'nun 17. maddesi çerçevesinde iradi şekil kararlaştırılması olarak nitelenmesi doğru olacaktır.²²

Ancak bu noktada İş Kanunu'nun (İK) işe iade talepli arabuluculukların anlaşmayla sonuçlanmasına ilişkin 21/7. maddesinin özel olarak incelenmesi gerekir. Anılan maddede yasa koyucu, arabuluculuk faaliyeti sonunda tarafların, işçinin işe başlatılması konusunda anlaşmaları halinde; işe başlatma tarihinin, 21. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen ücretin, diğer hakların ve işçinin işe başlatılmaması durumunda ödenecek tazminatın parasal miktarının belirlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu belirlemelerin yapılmaması halinde, anlaşma sağlanmamış sayılacağı da maddede kaleme alınmıştır.

Dikkat edileceği üzere, yasa koyucu İK'nun 21/7. maddesinde sayılan üç unsurun "*belirlenmesini*" anlaşmanın geçerlilik şartı olarak düzenlemiş; ancak bu belirlemenin şekline ilişkin bir şart öngörmemiştir. Buna rağmen söz konusu hüküm, bazı yazarlarca²³ işe iade konusunda arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmaların, "*zorunlu içerik sebebiyle doğal olarak*" arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirilmesi gerekliliği olarak belirtilmiştir.

Borçlar hukuku açısından meseleye yaklaşıldığında, yasa koyucunun bir sözleşme için zorunlu unsurlar belirlemesinin, o sözleşmeyi kendiliğinden geçerlilik şekline tabi kılmayacağı gerçeği göz ardı edilmemelidir. Başka bir ifadeyle tarafların yasa koyucu tarafından anlaşmanın zorunlu unsuru olarak belirlenmiş konularda anlaşmalarının ispatlanması açısından yazılı şekle uyulmasının önemi kabul olunmakla birlikte; işe iade konusunda arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın geçerliliğinin yazılı şekle tabi olduğunun kabulü, mümkün görülmemektedir. Örneğin tarafların işe iade ve İK'nun 21/7. maddesinde düzenlenen unsurlara ilişkin olarak yaptıkları anlaşmayı yazılı şekle dökmemeleri, buna karşılık işçinin belirlenen sürede işe başlaması ve işverenin de bu başlama ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesi

22 Uyuşmazlığın taraflarının arabuluculuk sonucunda vardıkları anlaşmayı, Noter huzurunda kurmalarının önünde de bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durumda arabulucunun imzasını içermeyen sözleşmenin arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelenebilmesi mümkün olmayacaktır.

23 EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 181; Bektaş Kar, *İş Güvencesi ve Uygulaması*, Ankara: Yetkin, 2017, s. 368; Oğuz'a göre: "*Taraflar, zorunlu içerik sebebiyle anlaşmayı doğal olarak yazılıya dökeceklerdir.*" OĞUZ Özgür, *Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk*, İstanbul: Legal, 2019, s. 131; OKUR Zeki, *Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arabuluculuk*, Adana: Karahan, 2019, s. 151 (Yazar açıkça yazılılık şartına değinmemekle birlikte, anlaşma tutanağı ifadesini kullanmaktadır.); ÖZEKES Özlem, "*İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arabuluculuk*", *TBB*, 138 (2018), s. 300, 305.

halinde, taraflar arasındaki anlaşmanın şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi mümkün olmamalıdır.

Taraflar bu iradi şekil belirlemesini, arabuluculuk görüşmeleri sırasında ve en geç arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmanın kurulması aşamasında (sözleşme kurulurken) kararlaştırabilirler. Kural olarak iradi şekil de yasal şekilde olduğu gibi, sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı unsurlarını kapsamalıdır.²⁴ Ancak arabuluculuk anlaşma belgesi açısından bu kural, esnek değerlendirilmeli ve tarafların üzerinde anlaşmışları halde, (belki de gizli kalmasını amaçlayarak) arabuluculuk anlaşma belgesine dahil etmek istemedikleri hususları şekle dahil etmemek konusunda serbest oldukları kabul edilmelidir.²⁵

TBK'nun 14/1. maddesinde, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmeler açısından sadece borç altına giren tarafın imzası yeterli kabul edilmiştir. Ancak bu hükmün, arabuluculuk sonucunda sadece taraflardan birinin borç altına girdiği arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından uygulanabilir olduğu kabul edilemez. Zira TBK'na kıyasla özel kanun olarak nitelenebilecek HUAK'ın 18/1. maddesinde, arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar ve arabulucu tarafından imzalanacağı açıkça kaleme alınmıştır. Başka bir ifadeyle arabuluculuk sonucunda, sadece taraflardan birinin borç altına girdiği bir anlaşma belgesinin de diğer taraf (veya anlaşmaya dahil olan tüm taraflar) ve arabulucu tarafından imzalanması gereklidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin oluşması için gerekli olan imzalar, TBK'nun 15/1. maddesi gereğince elle atılabileceği gibi; güvenli elektronik imza ile de tamamlanabilir. Bununla birlikte Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen istisnalar, özellikle banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmelerinin elektronik imza ile kurulamayacağı kuralı, arabuluculuk anlaşma belgesi açısından da uygulanır niteliktedir. Örneğin arabuluculuk faaliyeti sonucunda, taraflardan birinin diğerine kefil olacağı kararlaştırılıyorsa, bu arabuluculuk anlaşma belgesinin, elektronik imza ile kurulabilmesi mümkün olmayacaktır. Görme engelliler ve imza atamayanlar hakkında, TBK'nun 15/3 ve 16. maddeleri uygulanır.

Öğretide arabuluculuk anlaşma belgesini hazırlama görevinin

24 EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 2019, s. 305; Haluk N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2017, s. 111; OĞUZMAN Kemal ve ÖZ Turgut, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, İstanbul: Vedat, 2017, s. 152.

25 Aynı yönde bkz. EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 108.

genellikle arabulucuya ait olduğu yönünde bir görüş²⁶ bulunmakla birlikte, HUAK'tan ve Yönetmelikten bu sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir. HUAK'da yapılan arabuluculuk ve arabulucu tanımlarında ya da arabuluculuk mevzuatıyla arabulucuya getirilen yükümlülükler arasında, arabuluculuk anlaşma belgesinin kaleme alınmasına yer verilmemiştir. Ancak arabulucu (veya eş arabulucular) ve uyuşmazlığın tarafları arasında kurulan arabulucu sözleşmesine, tarafların anlaşması halinde düzenlenecek arabuluculuk anlaşma belgesinin arabulucu tarafından kaleme alınacağı yönünde bir hususun eklenmesi mümkündür.

Yazılı şeklin gerçekleşmesi açısından sözleşmenin, taraflardan biri veya üçüncü bir kişi tarafından kaleme alınmasının bir önemi bulunmadığından²⁷; arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar, yasal veya iradi temsilcileri ya da arabulucu tarafından yazılı hale getirilmesinin önünde bir engel bulunmamaktadır. Arabuluculuk anlaşma belgesinin unsurları dikkate alındığında, sonradan taraflardan birince doldurulacak şekilde atılan boşa (açığa veya beyaza) imza ile kurulmasının mümkün olmayacağı da belirtilmelidir.

Arabuluculuk faaliyeti sonucunda varılan anlaşmanın, arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelenebilmesi için, arabulucu (veya eş arabulucular) tarafından da imzalanmış olması gerekir.²⁸ Arabulucunun, arabuluculuk anlaşma belgesini imzalamasının başlıca nedeni, söz konusu metnin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda oluşturulduğuna yönelik ispat kolaylığı sağlanmasıdır. Tarafların arabuluculuk faaliyeti sonucunda vardıkları anlaşmanın arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelenebilmesi için arabulucunun da imzasını içermesi yasal bir gerekliliktir. Ayrıca bu belgenin usul hukukuna ilişkin sonuçları doğurabilmesi (icra edilebilirlik şerhi alınabilmesi veya ilam niteliğinde belge statüsü kazanabilmesi) için de arabulucunun imzası önem taşımaktadır.

26 Azaklı ARSLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 234; BÜYÜKAY, s. 101; OKUR, s. 155; Mustafa Çiçek, "İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk", **Terazi Hukuk Dergisi**, 13/139 (2018), s. 58; DÜR, s. 373; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 183.

27 "Yazıyı kimin kaleme almış olduğu önem taşımaz." KILIÇOĞLU Ahmet M., **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan, 2020, s. 158.

28 HUAK'ın 18/1. maddesinde kullanılan "Arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşmanın kapsamı taraflarca belirlenir; anlaşma belgesi düzenlenmesi halinde bu belge taraflar ve arabulucu tarafından imzalanır." ifadesinin lafzında tek arabulucunun imzasından söz edilmiş olmakla birlikte; taraflar arasındaki anlaşmaya eş arabulucularla yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılmış olması durumunda, faaliyete katılan tüm eş arabulucuların anlaşma belgesini imzalamaları gerektiği kabul olunmalıdır.



Bununla birlikte, arabulucunun imzasının, taraflar arasında varılan anlaşmanın bir geçerlilik şartı olduğunun söylenebilmesi mümkün değildir. Başka bir ifade ile arabuluculuk sonucunda anlaşmaya varan tarafların, sözleşme serbestisi çerçevesinde arabulucunun imzasını içermeyen bir yazılı sözleşmeyi de geçerli olarak akdedebilme hakları saklıdır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus da arabulucunun imzasının, arabuluculuk anlaşma belgesini, yazılı şekilden resmi şekle taşıyıp taşımadığı meselesidir. TBK'da resmi şekle ilişkin bir tanımlama yapılmadığı gibi, resmi şekil açısından yetkilendirilmiş makam ve merciler de sayılmamıştır. Bununla birlikte öğretide²⁹ resmi şekil oluşturma konusunda yetkilendirilmiş makamların sulh hakimi, noter ve tapu müdürlükleri olduğu belirtilmektedir. Ancak bu saymanın sınırlı sayıda olmadığı kabul edilmelidir. Resmi şekil, sözleşmenin devlet tarafından bu işle görevlendirilmiş bir kişi tarafından yasada belirlenen usul ve şartlara uygun olarak yapılması olarak tanımlanabilir.³⁰

Yapılan tanım dikkate alındığında, resmi şekle ilişkin unsurlar, devlet tarafından yetkilendirilmiş kişilerce³¹ düzenlenmesi (veya onaylanması) ve yasada belirtilen usul ve esaslara uygun olması şeklinde ortaya çıkar.³² Arabulucunun, bu unsurlardan ilkinin bünyesinde barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira başta HUAK olmak üzere, bütün arabuluculuk mevzuatında arabulucuların bulunması gerekli özellikler (eğitim almak, sınavda başarılı bulunmuş olmak, sicile kayıt engeli taşımamak, arabulucular siciline kayıtlı olmak vb.) açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler ışığında, arabulucunun ancak devlet tarafından yetkilendirilebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır.³³ Ayrıca Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Yönetmeliği'nin 4/1/c bendinde arabuluculuğun "*kamu hizmeti olarak yürütülen*" bir uyuşmazlık çözüm yolu olduğu belirtilmiştir.³⁴

29 EREN, s. 320; NOMER, s. 124-126.

30 EREN, s. 319; KILIÇOĞLU, Genel, s. 157; OĞUZMAN ve ÖZ, s. 150.

31 EREN'e göre resmi şekil, ya bir resmi makam ya da kamu güveni ile donatılmış kişilerce düzenlenmektedir. EREN, s. 320.

32 KILIÇOĞLU, bir sözleşmenin geçerliliğinin resmi şekle bağlı olduğunun düzenlendiği durumlarda buna resmîyet verecek olan makam veya görevlinin de belirlendiğine dikkat çekmektedir. KILIÇOĞLU, Genel, s. 157. HUAK'ın 18/1. maddesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin, arabulucu tarafından imzalanması gerekliliğinin de bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

33 KIYAK da arabulucunun resmi bir makam olarak nitelendirilebileceği yönünde görüş belirtmektedir. KIYAK, s. 530.

34 Arabulucunun Türk Ceza Kanunu kapsamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerektiği



Resmi şeklin ikinci unsuru olan, yasal usul ve esaslara uygun hazırlanmanın da arabuluculuk anlaşma belgesinin bünyesinde barındırıldığı söylenmesi mümkündür. Arabulucu, ancak HUAK'a ve ikincil mevzuata uygun olarak yürüttüğü bir arabuluculuk faaliyeti sonrasında varılan anlaşma belgesini arabulucu sıfatıyla imzalayabilir. Arabulucunun bu yükümlülüğüne aykırı davranışları hukuki, idari ve hatta cezai sorumluluğunu gerektirir.

Resmi şeklin tanımı esas alınarak yapılan inceleme sonucunda, arabuluculuk anlaşma belgesinin -arabulucunun imzasının bulunması nedeniyle- resmi şekil olarak nitelenmesi uygun olsa da; bu kabul, elektronik imza ile imzalanan anlaşma belgelerinin geçersizliği sonucunu beraberinde getirecektir. Zira Elektronik İmza Kanunu'nun 5. maddesinde "*Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemlerin*" e-imza ile gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin e-imza ile düzenlenmesine ilişkin olmamakla birlikte; arabuluculuk son tutanağının e-imza ile tamamlanabileceğine ilişkin İstanbul BAM'nin bir kararı bulunmaktadır.³⁵ Söz konusu kararda arabuluculuk usulünün belirlenmesine dair mevzuatta, taraflara ve arabulucuya geniş yetkiler verildiği; taraflar için emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydı ile arabuluculuk usulünün serbestçe kararlaştırabilmesinin mümkün olduğu ve arabulucunun da arabuluculuk sürecini taraflarla her türlü iletişim aracını kullanarak süreci yürütme yetkisi ile donatıldığı gerekçe gösterilerek aşağıdaki ifade ile hüküm kurulmuştur:

"E-İmza Türk Hukukunda 15/01/2004 tarihli 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanunu ile düzenlenerek ticaret, dolayısıyla hukuk alanında uygulanmaya başlanılmıştır. 5070 Sayılı Kanununun 4. maddesinde; 'Güvenli Elektronik İmza'nın tanımı yapılmıştır. 5070 Sayılı Kanununun 5. maddesi; 'Güvenli Elektronik İmza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur. Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile banka

noktasında da genel bir kabul bulunmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Azaklı ARSLAN, Arabulucunun Sorumluluğu, s. 207-210; Azaklı ARSLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 216-220; Arabuluculuk Çalışma Toplantısı Arabuluculukla İlgili Güncel Sorunlar, Beklentiler ve Öneriler Sonuç Raporu, (E. T. 21.10.2019); Ersan Şen, Arabulucunun ve Uzlastırmacının Hukuki Statüsü, <https://www.hukukihaber.net/arabulucunun-ve-uzlastirmacinin-hukuki-statusu-makale,5940.html> (E. T. 21.10.2019). Aksi yönde bkz. ALAN Volkan, "Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü", *Fasikül Hukuk Dergisi*, 64 (2015), s. 29.

35 İstanbul BAM 13. HD, E. 2019/2139, K. 2019/1551, T. 06.11.2019. Arabuluculuk Daire Başkanlığı da 26.06.2020 tarihli ve 59155416-045.01[19]-E.692/15876 sayılı yazısında Elektronik İmza Kanunu'nun 5/1. maddesine dayanarak, arabulucu ve taraflarca e-imza ile imzalanmış son tutanakların, ıslak imza ile imzalanmış belge ile aynı sonuçları doğuracağını ve bu haliyle geçerli olacağını belirtmiştir.



teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez,” demek suretiyle elektronik imza kullanılamayacak işlemlere dair özel kanunlara atıfta bulunulmuştur. 6325 Sayılı Arabuluculuk Kanununun da son tutanağın elektronik imzalı olarak oluşturulamayacağına dair bir hüküm bulunmadığından dilekçe ekinde sunulan e-imzalı olarak sunulan son tutanağın geçerli olduğu ve dava şartının gerçekleştiği...”

Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesiyle, daha önce aralarında resmi şekilde yapılmış bir sözleşmeyi değiştirebilir veya ona eklemelerde bulunabilirler. Örneğin taraflar arasında resmi şekilde akdedilmiş bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlığın, arabuluculuk faaliyeti sonucunda çözümlenmesi ve mevcut sözleşmede değişikliğe gidilmesi (yüklenicinin teslim süresinin uzatılması veya arsa paylarının devir tarihinin ötelenmesi vb.) halinde, bu durumla karşılaşılması mümkündür.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus, arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflar arasındaki resmi şekilde yapılmış ilk sözleşmeyi değiştirmeye yeterli olup olmadığına ilişkindir. Zira TBK'nun 13/1. maddesinde yazılı geçerlilik şekline tabi kılınmış sözleşmelerin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunluluğu kaleme alınmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında ise bu kuralı yazılı şekil dışındaki geçerlilik şekilleri için de uygulanacağı açıklanmıştır.

Eğer arabuluculuk anlaşma belgesinin de resmi şekle tabi olduğu kabul edilecek olursa, taraflar arasındaki sözleşmenin başka bir resmi şekildeki sözleşme ile değiştirilmiş olacağının kabulü gerekir. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesinin sadece yazılı şekle tabi bir sözleşme olarak nitelendirilmesi durumunda, tarafların bu anlaşma belgesine dayalı olarak resmi şekilde bir tadil sözleşmesi yapma gereklilikleri ortaya çıkar.

Şekil konusuna ilişkin yukarıda değinilen tartışmaya açık hususlar, yasa koyucunun arabuluculuk anlaşma belgelerinin şekline ilişkin daha açık bir düzenleme yapmasıyla ortadan kalkacaktır. Önerilen arabuluculuk anlaşma belgelerine resmi şekil statüsünün kazandırılması ve bu belgenin e-imza ile imzalanabilir olduğu konusunda mevzuatta bir istisnaya yer verilmesidir.

B. Hukuki Niteliği

Öncelikle arabuluculuk sonucunda ulaşılan anlaşma belgesi, arabuluculuğun taraflarını bağlayan bir sözleşmedir. Bu sözleşme, usul hukuku alanında da sonuçlar doğurmakla birlikte; bir usul hukuku



sözleşmesi değildir. Arabuluculuk anlaşma belgesi, maddi hukuka ilişkin bir borçlar hukuku sözleşmesidir.³⁶ Zira tarafların arabuluculuk anlaşma belgesi ile ulaşmak istedikleri öncelikli sonuçlar maddi hukuka ilişkindir. Bu belgenin gerek icra edilebilirlik şerhi alınması sonucunda gerekse HUAK'da düzenlenen kural gereğince kendiliğinden ilam niteliğinde belge statüsü kazanması da bu niteliğini değiştirmez.³⁷ Arabuluculuk anlaşma belgesi ile oluşturulan sözleşme, TBK'da, HUAK'da ya da herhangi bir özel kanunda tüm unsurları ile düzenlenmediği için -kural olarak- isimsiz (atipik) bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.³⁸

Bir sözleşmenin isimli (tipik) bir sözleşme olarak kabul edilebilmesi için, sözleşmenin esaslı unsurlarının tümünün kanunla düzenlenmiş olması gerekmektedir. Uyuşmazlığın taraflarının, arabuluculuk sonucunda, ismen düzenlenmiş bir sözleşmeyi akdetmelerinin önünde de bir engel bulunmamaktadır. Örneğin uyuşmazlığın taraflarından birinin diğerine bir miktar para vermeyi veya bir taşınırın mülkiyetini karşılıksız olarak devretmeyi yükümlendiği bir arabuluculuk anlaşma belgesinin, bağışlama sözü verme olarak nitelenmesi mümkündür. Benzer şekilde arabuluculuk anlaşma belgesiyle, bir kira veya kefalet akdinin kurulması halinde de taraflar isimli bir sözleşme akdetmiş olacaklardır.

Ayrıca tarafların aralarında var olan bir sözleşme ilişkisini, arabuluculuk anlaşma belgesiyle sona erdirmeye (ve sona ermenin sonuçlarını belirleme³⁹) veya değiştirme hakları da vardır. Benzer

36 DOST Süleyman, "Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme", *TBBD*, 115 (2014), s. 453; Ronan FEEHILY, "The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements", *Hibernian Law Journal*, 12 (2013), s. 2, 4; Jacqueline M. Nolan-Haley, "Judicial Review of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation with Consent", *Arbitration Law Review*, 5 (2013), <https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1088&context=arbitrationlawreview>, (E. T. 12.06.2021), s. 155; Bruce R. Parker, "What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements", *Defense Counsel Journal*, 59/3 (1992), s. 322 (Heinonline aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 24.05.2021); Edna SUSSMAN, "The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement", *Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation*, (2008), https://SUSSMANadr.com/docs/Enforcement_Fordham_82008.pdf, (E. T. 18.06.2021), s. 7; BÜYÜKAY, s. 108; AZAKLI ASLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 236; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 51; İLHAN, s. 254; Kekeç, s. 205; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s. 89; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 184; TAŞPOLAT TUĞSAVUL Melis, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 1 (2019), s. 344; Okur, s. 155; ÖZBEK, AUÇ, s. 1259; Yazıcı TIKTIK, s. 156; OĞUZ, s. 63; KOÇYİĞİT/BULUR, s. 41; Bruno Zeller ve Leon Trakman, "Mediation and arbitration: the process of enforcement", *Unif. L. Rev.*, 24 (2019), s. 458, <https://watermark.silverchair.com/unz020.pdf?token=> (E. T. 18.06.2021).

37 KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s. 91.

38 Aynı yönde Yazıcı Tıktık, s. 165.

39 Örneğin kira sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkta, arabuluculuğun tarafları olan kiraya veren ve kiracı, arabuluculuk anlaşma belgesiyle aralarındaki kira akdini

şekilde taraflar, TBK'nun 132. maddesi kapsamında ibra sözleşmesi kurabilecekleri gibi; TBK'nun 133. maddesi çerçevesinde yenileme (tecdit) konusunda da anlaşabilirler.⁴⁰

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında arabuluculuk anlaşma belgesiyle tek tarafa, tam iki tarafa veya eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yapılabileceği sonucuna varılmaktadır. Ayrıca taraf iradeleri uyarınca, arabuluculuk anlaşma belgesiyle sürekli, ani veya dönemsel edimli borç ilişkileri de kurulabilir.

Öğretide⁴¹ arabuluculuk anlaşma belgesinin, hukuki niteliği itibariyle mahkeme dışı bir sulh sözleşmesi (veya sulh benzeri sözleşme⁴²) hükmünde olduğu belirtilmiştir.⁴³ Sulh sözleşmesi, bir hukuki ilişki hakkındaki doğmuş veya doğması muhtemel bir çekişmeyi ya da tereddüdü, tarafların karşılıklı fedakarlıklar gerçekleştirmek suretiyle ortadan kaldırdıkları sözleşme olarak tanımlanabilir.⁴⁴

Tanımdan da anlaşılacağı üzere, sulh sözleşmesinin unsurlarından biri, uyuşmazlığı çözmek isteyen tarafların, sulh için karşılıklı fedakarlıklarda bulunmalarıdır. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesi açısından, böyle bir unsurun gerçekleşmesi beklenmez. Bazı arabuluculuklar açısından, arabuluculuk anlaşma belgesinin sulh sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da bunun genele yaygın bir kabul olarak benimsenmesi mümkün görülmemektedir.

sonlandırmak, tahliyenin zamanı ve/veya iade edilecek güvencenin miktarı gibi hususları kararlaştırmak konusunda yetkilidirler.

- 40 Arabuluculuk anlaşma belgesinin, sadece borç ilişkisi içeren sözleşmeler dışında, kişisel ilişkiler kurulması, özür dilenmesi, üçüncü kişilerin gözetilmesi gibi anlaşmalar da içerebileceği yönünde bkz. Virginia Michelle Obradovic, "Achieving Wise Resolutions in Mediation", *American Journal of Trial Advocacy*, 28 (2004), s. 12. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=666642 (E. T. 12.06.2021).
- 41 İLHAN, s. 255; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s. 89; DÜR, s. 374; KURT Ekrem, "Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk", *Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları*, Der. Tahir Muratoğlu ve BULUTTEKİN M. Burak, Ankara: Seçkin, 2018, s. 152, 153; Sedat Kaya, "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", *Erzincan Binali Yıldırım ÜHFD*, 22/1-2 (2018), s. 246; TANRIVER Süha, "Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler", *TBB*, 147 (2020), s. 129; OĞUZ, s. 64; PARKER, s. 322.
- 42 TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk s. 185; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s. 346; AZAKLI ASLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 236; ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 34.
- 43 Bu görüş, dava görülmekte iken gerçekleştirilen arabuluculuklar sonucunda hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgelerini de mahkeme içi sulh olarak nitelendirmektedir. EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 109; DÜR, s. 375.
- 44 ULUSAN İlhan, "Maddi Hukuk ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi", <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13985>, s. 149. (E. T. 18.06.2021); METİN Uğur Can, "Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi", *ERÜHFD*, 11/1 (2016), s. 293.



Bir diğer görüş⁴⁵ arabuluculuk anlaşma belgesini -belirli bir sözleşme kalıbında değerlendirilmesi zor olduğundan- kendine özgü yapısı olan (sui generis) sözleşme olarak nitelendirmiştir. Arabuluculuk anlaşma belgesi ile kendine özgü yapısı olan sözleşmeler oluşturulabileceği tartışmasız olmakla birlikte; bu görüşün kabulü arabuluculuk anlaşma belgesiyle isimli, isimsiz-karma veya isimsiz-bileşik sözleşmeler de akdedilebileceği için benimsenmemektedir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak yukarıda açıklanan görüşlerden hangisi benimsenecek olursa olsun, tarafların bu belge ile kurdukları sözleşmeye uyulmaması, akde aykırılık teşkil eder.⁴⁶ Bu durumda da sözleşmeye uygun davranılmadığını iddia eden tarafın, TBK'da (ve diğer mevzuatta) düzenlenen hükümlere dayanarak dava açma hakkı gündeme gelir.⁴⁷

Ancak HUAK'ın 18/5. maddesinde "*Arabuluculuk faaliyeti sonunda anlaşmaya varılması halinde, üzerinde anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmaz.*" hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, tarafların arabuluculuk anlaşma belgesiyle akdettikleri sözleşmenin uygulanmasını sağlamak için dava ve/veya icra yoluna başvuramayacakları genişlikte yorumlanmamalıdır. HUAK'ın 18/5. maddesi, arabuluculuk anlaşma belgesiyle kurulmuş olan sözleşmenin karşı tarafının akde uygun bir şekilde ediminin ifasını veya diğer haklarını talep eden tarafın, dava açmasının önünde bir engel teşkil etmeyeceğinin kabulü gerekir. Zira aksinin kabulü halinde, arabuluculuk anlaşma belgesi ile akdedilmiş olan sözleşmeye aykırı davranılması (borcun hiç veya gerektiği gibi ifa edilmemesi) durumunda, TBK'nun akde aykırılık yaptırımlarına başvurulamaması gibi istenmeyen sonuçlarla karşılaşılması söz konusu olacaktır.

45 AKKAN Mine, "Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 20/2 (2018), s. 16; KIYAK, s. 541.

46 ÖZBEK Mustafa Serdar, "Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arabuluculuk", <http://acikerisim.baskent.edu.tr/bitstream/handle/11727/1577/5cbc08874583bfb7b7c637c3539cbaae.pdf?sequence=2&isAllowed=y>, s. 138 (E. T. 08.01.2021); PARKER, s. 332. SUSSMAN, arabuluculuk anlaşma belgeleri ile kurulmuş sözleşmelerin ifa edilme oranının, mahkeme kararlarına uyulma oranından daha yüksek olduğuna dikkat çekmektedir. SUSSMAN, s. 2.

47 TAŞPOLAT TUĞSAVUL'a göre de bu sözleşmeye uyulmadığı veya sözleşmenin varlığının ispat edilemediği hallerde mahkemeye başvurulması mümkündür. TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 151; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s. 344; AZAKLI ASLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 237; FEEHILY, s. 6. Nolan-Haley, tarafların serbest iradeleriyle oluşturdukları, arabuluculuk anlaşma belgesinin mahkeme tarafından da uygulanacağını şüphesiz olduğunu aktarmaktadır. Nolan-Haley, s. 155.

Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesiyle kurulan sözleşmeden kaynaklanan veya taraflar arasında bağlayıcı bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı iddiasına dayanan başkaca davaların da açılması mümkündür. Öğretide⁴⁸ arabuluculuk anlaşma belgesinin, başta irade sakatlığı halleri olmak üzere, ehliyetsizlik, sözleşme serbestisinin sınırlarının aşılması veya aşırı yararlanma hallerinde dava açılmak suretiyle yargıya taşınabileceği kabul edilmiştir.⁴⁹ Bir diğer olasılık da arabuluculuk anlaşma belgesinin sahtelik iddiasıyla menfi tespit davasına konu edilmesidir.⁵⁰ İzmir BAM 9. Hukuk Dairesi de bir kararında⁵¹ yukarıda belirtilen sebeplerin tamamına dayalı olarak dava açılabilirliği yönünde hüküm kurmuştur.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin bir sözleşme olarak nitelendirilmesi, TBK'nun 138. maddesinde düzenlenen şartların varlığı halinde, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasının da mümkün olması ihtimalini beraberinde getirecektir. Benzer şekilde sözleşmenin yorumlanması için de mahkemeye başvurulması mümkündür.⁵²

48 AKKAN, s. 22; AZAKLI ASLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 236; Deason, s. 80; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 114; Oğuz, s. 133; KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s. 89, 93; KOÇYİĞİT/ BULUR, s. 43; ODAMAN Serkan, "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19 (2017), s. 1762. "Arabuluculuk faaliyeti sonunda elde edilen ilam niteliğindeki anlaşma belgesi maddi anlamda kesin hüküm kuvvetini haiz olmadığından, tarafların kesin hükümsüzlük (TBK m. 27), aşırı yararlanma (TBK m. 28), yanılma (TBK m. 30), aldatma (TBK m. 36), korkutma (TBK m. 37), sahtelik iddiası gibi hallerde yeni bir dava açılabilirliği mümkündür." KAYA, s. 245; BÜYÜKAY, s. 294; ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 42, 45; İLHAN, s. 254. Bir alt başlıkta, yukarıda sayılan, arabuluculuk anlaşma belgesinin yargıya taşınabileceği hallerden bazıları hakkında daha ayrıntılı açıklama yapılmıştır.

49 KILIÇOĞLU, arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin geçersizlik sebeplerinden biri olmadan ve bu sebebe dayalı olarak iptal istemi ileri sürülmeden anlaşılan konularda dava açılmayacağı belirtilmektedir. Yani önce geçersizlik nedeniyle arabuluculuk anlaşma belgesinin iptalini; bunu takiben de anlaşma belgesinden bağımsız olarak uyumsuzluğa ilişkin talepler hakkında karar verilmesi talep olunabilir. KILIÇOĞLU, Arabuluculuk, s. 93.

50 AKKAN, s. 22, 23; ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 39; Kaya, s. 246.

51 "Dava açma yasağının mutlak biçimde kabul edilmesi düşünülemez. Arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda anlaşma belgesi düzenlenmiş ve anlaşmaya varılan hususlar açık ve net bir şekilde ortaya konmuş olsa da, yine de çözümlenen uyumsuzluk hakkında dava açılmasının mümkün olduğu çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bunlardan ilki anlaşma belgesine karşı ileri sürülebilecek irade fesadı halleridir. Bu durumda anlaşmaya varılan hususlarla ilgili olarak bu sözleşmenin iptali TBK (m. 30 vd., m. 39) hükümleri çerçevesinde talep edilerek dava açılabilir. Elbette anlaşma belgesinin ehliyetsizlik, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve şeker aykırılık gibi sebeplerle mutlak butlanla sakatlanması da düşünülebilir. Böyle bir durumda butlanın tespiti mahkemeden istenebilir. Bu anlamda, TBK'nun 27. maddesindeki kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan sözleşmelerin kesin hükümsüzlüğüne dayanılabilir. Aşırı yararlanmanın koşulları varsa bu konuda da mahkemede dava açılabilir (TBK m. 28). İkinci ihtimal, arabuluculuk faaliyeti sonucunda anlaşmaya varılması durumunda düzenlenen anlaşma belgesinin sahteliğinin ileri sürülmesidir." İzmir BAM 9. HD, E. 2019/2343, K. 2019/1223, T. 21.10.2019.

52 AKKAN, s. 24; ÖZBEK Mustafa Serdar, "Avrupa'da Arabuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara: Seçkin, 2006, s. 498.



III. ARABULUCULUK ANLAŞMA BELGESİNİN KONUSU

Arabuluculuğun tarafları, arabuluculuk sonucunda ulaştıkları uyuşmazlık çözümünü arabuluculuk anlaşma belgesinin konusu olarak serbestçe belirleyebilirler. Arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuki niteliğine ilişkin bir üst başlıkta da belirtildiği üzere, taraflar arabuluculuk sonucunda isimli veya isimsiz bir sözleşme oluşturabilirler. Başka bir ifade ile arabuluculuk anlaşma belgesinin konusunun sınırlarını, sözleşme serbestisinin sınırlarının oluşturduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır.

TBK'nun 27/1. maddesi gereğince, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkansız olan sözleşmeler kesin hükümsüzlük yaptırımına tabidir. Arabuluculuk anlaşma belgesi de bu sınırlara uygun olarak belirlenmezse kesin hükümsüz olur. Ancak TBK'nun 27/2. maddesinde düzenlenen kısmi kesin hükümsüzlük kuralının bu sözleşme açısından da geçerli olacağı belirtilmesi gerekir. Yani arabuluculuk anlaşma belgesinin içerdiği belirlemelerden bir kısmının hükümsüz olması, kural olarak, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak tarafların geçersiz hükümler olmaksızın bu sözleşmeyi yapmayacağı açıkça anlaşılırsa, arabuluculuk anlaşma belgesinin tamamı kesin hükümsüz olur.

Arabulucunun, arabuluculuk anlaşma belgesinin, sözleşme serbestisinin sınırları içerisinde kaldığını ve taraf iradelerinin metne aslına uygun yansıtıldığını denetleme yükümlülüğü vardır. Eğer arabulucu, arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların sözleşme serbestisinin sınırlarını aştığını tespit ederse, öncelikle onları uyarmalı ve her halükarda belgeyi imzalamaktan kaçınmalıdır.

Tarafların anlaşma belgesinin içeriğini TBK'nun 27/1. maddesine uygun olarak değiştirmek konusunda ısrarcı olmaları halinde, arabulucunun arabuluculuk sürecini anlaşmama tutanağı tutmak suretiyle sonlandırmak dışında bir çaresi kalmayacaktır. Böyle bir durumda kalan arabulucunun HUAK'ın 17/1/b maddesinde yer alan "*Taraflara danışıldıktan sonra arabuluculuk için daha fazla çaba sarf edilmesinin gereksiz olduğunun arabulucu tarafından tespit edilmesi*" sona erme sebebine dayanması mümkündür.⁵³

Tarafların arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin sözleşme serbestisinin sınırlarından ilki, uyuşmazlığın arabuluculuğa uygun olmasıyla ilgilidir. Bu durum HUAK'ın "*Amaç ve kapsam*" kenar başlıklı

53 Aynı yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 103; KIYAK, s. 529; Okur, s. 147.

1. maddesinde “... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyumsuzlukları” ifadesiyle de açıklığa kavuşturulmuştur. Ayrıca aile içi şiddet iddiasını içeren uyumsuzlukların arabuluculuğa elverişli olmadıkları da madde metninde düzenlenmiştir.⁵⁴ HUAK’da yapılan sınırlama sonucunda, arabuluculuğa uygun olan uyumsuzluklarda, başta TBK’da yer alanlar olmak üzere, diğer emredici düzenlemeler (İK vb.) de dikkate alınarak, arabuluculuk anlaşma belgesinin konusu belirlenmelidir.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken hususlardan biri, taraflar arasındaki uyumsuzluğun arabuluculuğa elverişli olmamasına rağmen yürütülen bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılan anlaşma belgelerinin akıbetidir.⁵⁵ Böyle bir durumda taraflar arasında varılan anlaşma belgesinin, arabuluculuk anlaşma belgesi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir alana ilişkin olması halinde, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulduğunun kabulü gerekir.

Örneğin eşlerden birinin, bir tartışma sırasında diğerinin eşyasına zarar vermesi, aile içi şiddet iddiası barındırması nedeniyle arabuluculuğa elverişli değildir. Buna karşılık tarafların ortaya çıkan zararın (nakden veya aynen) tazmini konusunda anlaşmalarını engelleyen bir hukuk kuralı da bulunmamaktadır. Eğer uyumsuzluğun tarafları, hukuka uygun olmayan arabuluculuk faaliyeti sonucunda, serbest iradeleriyle, zararın tazmini konusunda anlaşmışlarsa, bu sözleşmenin geçerli ve taraflar açısından bağlayıcı olduğunun kabulü gerekir. Ancak arabuluculuk anlaşma belgesine bağlanan usul hukuku sonuçlarının doğması, HUAK’a açık aykırılık nedeniyle mümkün değildir.

Geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için, gerekli olan şartlardan biri de tarafların bu anlaşmanın içeriğine uygun ehliyeteye sahip olmaları gerekliliğidir. Benzer şekilde bu sözleşmenin yasal veya iradi temsilcilerle akdedilmesi halinde, temsilcilerin de hem geçerli bir temsil yetkisine sahip olmaları hem de temsil yetkisi kapsamında hareket etmeleri bir diğer geçerlilik şartıdır.⁵⁶

54 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZKAN Halid ve BOSTANCI Yalçın, “Hukuk Uyumsuzluklarında Arabuluculuk Faaliyetini Sona Erdiren Hal: ‘Uyumsuzluğun Kapsam Dışında Olduğunun Tespiti’”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2014), s. 1-21.

55 Taraflar arasındaki uyumsuzluğun arabuluculuğa elverişli olup olmadığını denetleme yükümlülüğü arabulucudadır. Arabulucunun bu yükümlülüğü gereği gibi ifa etmemesinin hukuki, idari ve hatta şartlar oluşmuşsa cezai sorumluluğa yol açabilmesi mümkündür. BADUR, s. 252.

56 Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları incelenirken, bu konuda açıklama yapılmıştır. Ayrıca bkz. FEEHILY, s. 14; PARKER, s. 324; SUSSMAN, s. 13.



Arabuluculuk anlaşma belgesinin geçerlilik şartlarından bir diğeri de tarafların serbest ve gerçek iradelerini yansıtmasıdır. Bağlayıcı bir sözleşme açısından aranan tüm şartların, arabuluculuk anlaşma belgesiyle kurulmuş olan sözleşme tarafından da barındırılması gerekir. Bunun anlamı, arabuluculuk anlaşma belgesi imzalanmış olsa bile, iradesinin sakatlandığını iddia eden tarafın, TBK'da düzenlenen hükümlere başvurma hakkının saklı olmasıdır.⁵⁷ Anayasa Mahkemesi'nin HUAK'ın Anayasa'ya aykırı olmadığı yönünde hüküm kurduğu kararında⁵⁸ kullandığı "... İcra edilebilirlik şerhi verilmesi sürecinde hata, hile ve ikrah gibi irade fesadı halleri taraflarca ileri sürülebilecektir." şeklindeki ifade de bu görüşü destekler niteliktedir.

Bu kapsamda yanıt aranması gereken bir diğer soru, arabuluculuk anlaşma belgesinin muvazaalı bir sözleşme olduğunun ileri sürülmesinin mümkün olup olmadığına ilişkindir. Tarafların aslında yapmak istemedikleri bir sözleşmeyi, üçüncü kişileri aldatmak amacıyla ve arabuluculuk anlaşma belgesi suretiyle yapmış gibi göstermeleri veya gizledikleri bir işlem yerine, görünürde arabuluculuk anlaşma belgesine konu sözleşmeyi yapmaları halinde muvazaadan söz etmek mümkün olacaktır.

Üstelik arabulucunun, özen yükümlülüğünü layığıyla ifa etmesine rağmen bu durumu fark edememesi de ihtimal dahilindedir. Gerek arabuluculuk anlaşma belgesinin taraflarının, gerekse muvazaalı işlem nedeniyle hakkı ihlal edilen üçüncü kişilerin -her sözleşme hakkında olduğu gibi- arabuluculuk anlaşma belgesinin de muvazaalı olduğunu ileri sürebileceklerinin kabulü gerekir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, TBK'nun 20-25. maddeleri arasında düzenlenen genel işlem koşulları ile ilgili hükümlere de uygun olması gereklidir. TBK'nun 20/1. maddesinde genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden ve tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır. Arabuluculuğun ve arabuluculuk sonucunda ulaşılan anlaşmanın, niteliği gereği, genel işlem koşulu barındırması çok sık rastlanan bir ihtimal olmasa da;

57 "... koşulları varsa irade bozukluğu (hata, hile, tehdit) sebepleri ile iptali istenebilir." KOÇYİĞİT/BULUR, s. 43; BÜYÜKAY, s. 292; Deason, s. 80; DÜR, s. 373; FEEHILY, s. 14; Nolan-Haley, s. 153, 154; PARKER, s. 330; SUSSMAN, s. 15; TANRIVER, s. 135; KEKEÇ, s. 203; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Anlaşma, s. 344.

58 AYM, E. 2012/94, K. 2013/89, T. 10.07.2013.

arabuluculuk anlaşma belgesinde yer alan bazı şartların bu kapsamda değerlendirilmesi söz konusu olabilir.⁵⁹

Örneğin çok sayıda işçi çalıştıran bir işverenin, (şantiye kapatmak vb. bir sebeple) topluca işten çıkardığı işçilerle, bu kişilerin işçilik alacaklarına dair anlaşmak için arabuluculuk faaliyetini tercih etmesi durumunda; işverenin ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden ve tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleriyle karşılaşılması mümkün olabilir. Ancak hukuka uygun bir arabuluculuk sürecinin gerçekleştirilebilmesi için, işverenin önceden hazırlamış olduğu hükümlerin tamamının taraflarca tartışılması ve üzerinde uzlaşmışsa arabuluculuk anlaşma belgesi haline getirilmesi şarttır.

Böyle bir durumla karşı karşıya kalan arabulucu, HUAK hükümleri çerçevesinde arabulucuya yüklenen tüm görevleri ifa etmek ve arabuluculuğun yapılandırılmış sürecine uygun şekilde hareket etmek kaydıyla, hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgesini imzalayabilir. Eğer arabuluculuk sürecinin hukuka uygun bir şekilde tamamlanması sonucunda arabuluculuk anlaşma belgesine ulaşılmışsa; zaten TBK'nun 21/1. maddesinde düzenlenen genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesinin, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi vermesi, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi unsurları da gerçekleşmiş olur. Ancak genel işlem koşullarını hazırlayan tarafın (veya her halükarda kabul etmek isteyen tarafın) buna yanaşmaması halinde; arabulucu, arabuluculuk sürecini sona erdirmekle yükümlüdür.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin TBK'nun 28. maddesinde düzenlenen aşırı yararlanmanın koşullarını barındırdığı iddiasının ileri sürülmesi de mümkündür.⁶⁰ Aşırı yararlanmanın objektif koşulu, sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunması; subjektif koşulu ise bu oransızlığın, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden

59 HOBBS, tarafların (veya vekillerinin) arabuluculuk anlaşma belgesine önceden hazırladıkları bir takım koşulları ekleyebileceklerini belirtmektedir. Bu koşullar, tarafların karşılıklı sorumluluktan kurtarılmasına; aralarındaki borçlara dair ibraya; açılmış olan davaların sona erdirilmesine; ödemelere ilişkin faiz ve güvence belirlemelerine, gizlilik hükümlerine; avukatlık ücretlerinin ödenmesine ilişkin olabilir. Karin S. HOBBS, "Mediation Confidentiality and Enforceable Settlements: Deal or No Deal?" *Utah Bar Journal* (2007), <https://www.mediate.com/articles/hobbsk1.cfm> (E. T. 18.06.2021).

60 DÜR, s. 373; ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 45. Aksi yönde bkz. BÜYÜKAY, s. 304, 305.



yararlanılması suretiyle gerçekleşmesidir. Aşırı yararlanmadan söz edilebilmesi için, objektif ve sübjektif koşulların birlikte varlığı aranır.

HUAK ve sair mevzuat gereğince, hukuka ve usulüne uygun bir arabuluculuk faaliyeti yürüten arabulucunun, aşırı yararlanmanın objektif ve sübjektif unsurlarını fark edebilmesi mümkündür. Özellikle arabuluculuğun inceleme/araştırma ve müzakere aşamalarında taraflardan birinin zor durumda olduğu (müzayaka) veya düşüncesizliği ya da deneyimsizliği nedeniyle anlaşma şartlarını kabul ettiği, arabulucu tarafından gözlemlenebilir. Böyle bir durumu fark eden arabulucunun, söz konusu şartlar içindeki tarafa, hukuki yardım veya danışmanlık almasını önermesi gerekir.

TBK'nun 420/2. maddesinde, hizmet sözleşmesi ile ilgili hükümler arasında, işçi ve işveren arasındaki ibra sözleşmelerinin geçerlilik şartları belirlenmiştir.⁶¹ Maddeye göre işçinin işverenden alacağına ilişkin ibra sözleşmesi yazılı olmalı; ibra tarihi itibarıyla sözleşmenin sona ermesinden başlayarak en az bir aylık süre geçmiş bulunmalı, ibra konusu alacağın türü ve miktarı açıkça belirtilmeli ve son olarak ödeme hak tutarına nazaran noksansız ve banka aracılığıyla yapılmalıdır. Ayrıca maddede bu unsurları taşımayan ibra sözleşmeleri veya ibranamelerin kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi oldukları da kaleme alınmıştır.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken, işçi ve işveren arasında gerçekleşen bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgesinin de işçinin işverenden olan alacakları için TBK'nun 420/2. maddesinde belirlenen geçerlilik unsurlarına tabi olup olmayacağı meselesidir. Bu konuda öğretilerde⁶² birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür.

61 "TBK'nun 420. maddesinde düzenlenen konu belirli bir isim taşıyan sözleşme değil, işçinin haklarından vazgeçme yasağıdır." EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 253.

62 OKUR ve ÇİL, işçi işveren uyumsuzlukları açısından arabuluculuk anlaşma belgesinin, TBK'nun 420/2. maddesi kapsamında bir ibra sözleşmesi olarak nitelenemeyeceğini düşünmektedir. Okur, s. 156; Şahin Çil, **İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2018, s. 52. Buna karşılık TBK'nun 420/2. maddesinin arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından da bağlayıcı olduğu yönünde bkz. EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 253; "Kanaatimizce, iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra düzenlenecek olan ibra sözleşmeleri TBK'nun 420. maddesindeki kriterleri taşımak zorundadır. Kanunda yer alan bu hüküm emredici niteliktedir. Emredici nitelikteki hükümler tarafların anlaşması suretiyle değiştirilemez. Bu sebeple emredici hükümlere aykırı olarak yapılan anlaşma belgelerinin içeriğinin arabuluculuğa elverişli olmadığı kabul edilmelidir. İçerisinde ibra hükümleri taşıyan her türlü sözleşme her ne isim altın yapılsa yapılsın kanunda aranan kriterleri taşımak zorundadır. Aksi halde, sırf ibra sözleşmesine ilişkin hükümlerden kaçınmak amacıyla tarafların başka hukuki kurumları kullanarak birbirlerini ibra etmelerine olanak tanınmış olunacaktır." Asiye Şahin Emir ve Büşra Kazmaz Tepe, "İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arabuluculuk Anlaşma Belgesinin Arabuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi", *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 3 (2018), s. 1504.

Öncelikle belirtilmesi gereken, TBK'nun 420/2. maddesinin taşıdığı emredici unsurların, sözleşme serbestisinin sınırları kapsamında kurulması gereken arabuluculuk anlaşma belgesi açısından da bağlayıcı olduğudur. Ancak Tanrıver'in⁶³ de haklı olarak belirttiği gibi işçiyle işveren arasında gerçekleştirilen arabuluculuk faaliyeti sonunda varılan anlaşma, genellikle ibra değil; karşılıklı ödünler verilmesini, fedakarlıklarda bulunulmasını öngören bir mahkeme dışı sulh sözleşmedir. TBK'nun 420/2. maddesinde yer verilen düzenlemenin ibra dışında kalan sözleşmelere de uygulanacağını söylemek, istisna niteliğindeki bir normun, amacını aşacak şekilde yorumlanması sonucunu doğurur.

Sonuç olarak işçi-işveren arasında ulaşılan anlaşma belgesi, taraf iradelerinin birleştiği bir ibra sözleşmesi oluşturuyorsa, TBK'nun 420/2. maddesinde belirlenen emredici kurallara uygun olmalıdır. Buna karşılık arabuluculuk anlaşma belgesi ile tarafların sulh, yenileme, ikale veya isimsiz başka bir sözleşme kurmaları durumunda, işçinin işverenden olan alacaklarından feragat ettiği gerekçesiyle, ibra sözleşmesinin bulunduğu iddia edilmesi borçlar hukuku ilkeleriyle örtüşmez bir yorum olacaktır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi⁶⁴, işçi ve işveren arasında gerçekleştirilen arabuluculuk sonucunda oluşturulan arabuluculuk anlaşma belgesine ilişkin kararının gerekçe kısmında, "... TBK'nun 420. maddesine aykırı şekilde ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, kıdem tazminatı dışındaki tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava açma yasağı oluşturma yönünde çaba içine girildiği anlaşılmaktadır." ifadesini kullanmıştır. Karardan anlaşılan, Yargıtay kabulünün, işçi-işveren arasında düzenlenen arabuluculuk anlaşma belgeleri açısından, sulh sözleşmesi görüşünün değil; ibra sözleşmesi niteliğinin benimsenmesi yönünde olduğudur.⁶⁵

Ancak Yargıtay'ın ortada bağlayıcı bir arabuluculuk anlaşma belgesi bulunmadığı yönündeki kararının esas dayanağı, TBK'nun 420/2. maddesine aykırılık değil; uyuşmazlığa konu somut olayda, hukuka uygun bir arabuluculuk faaliyetinin gerçekleştirilmemiş olmasıdır. Zira

63 TANRIVER, s. 130, 131.

64 Y. 9. HD, E. 2019/3694, K. 2019/13040, T. 08.12.2016.

65 Taraflar arasında düzenlenen anlaşma belgesinin, sulh sözleşmesinin bütün unsurlarını barındırmasına rağmen; taraflarca kullanılan "ibra" kelimesi nedeniyle, sözleşmenin TBK'nun 420/2. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesinin isabetsiz olduğu yönünde bkz. ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 43. Karara yönelik eleştiriler için bkz. ODAMAN, s. 1757-1765.



dosya içeriğinden işçinin arabulucuya usulüne uygun bir başvurusunun olmadığı, yapıldığı belirtilen görüşmelerin tutanakta geçen adresten farklı yerde gerçekleştiği, 300 kadar işçiye, aynı yöntemle ve sırayla benzer belgelerin imzalatıldığı anlaşılmaktadır.

Ayrıca bütün bu işlemlerin davalı şirketin avukatının yürüttüğü arabuluculuk faaliyeti sonucunda gerçekleştiği; arabulucunun işçiyi, diğer tarafın avukatı olduğu konusunda bilgilendirdiğinin tespit edilemediği; emsal dosyalarda dinlenen tanık anlatımlarına göre, arabuluculuk görüşmelerinin hiç yapılmadığı; hatta arabulucunun da işçilerin anlaşma belgesini imzaladığı aşamada işyerinde olmadığı beyan edildiği karardan anlaşılmaktadır. Bu belirlemeler ışığında usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmadığı ve mevzuat hükümleri çerçevesinde bir arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmıştır.

Bunlara ek olarak kararda, arabuluculuk anlaşma belgesinde yer aldığı halde davacı işçinin istifasına dair belgenin bulunmadığı tespit edilmiştir. Anlaşma belgesinin içeriğinde işçinin istifa etmesi nedeniyle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmadığı; ancak kıdem tazminatının ödeneceği şeklinde çelişkiler bulunduğu, açıklanan nedenlerle de arabuluculuk anlaşma belgesinin hukuka aykırı ve tutarsız olduğu kararda belirtilmiştir.⁶⁶

Daha yakın tarihli bir kararda İzmir BAM 9. Hukuk Dairesi⁶⁷ de işçi-işveren arasındaki arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğinin, TBK'nun 420/2. maddesiyle uyumlu olması gerektiği yönündeki görüşünü şu şekilde ifade etmiştir: *“Davacının arabulucuya usulüne uygun bir başvurusunun olmadığı, yapıldığı belirtilen görüşmelerde, ondan fazla işçiye aynı şekilde sırayla iş yerinde belgelerin imzalatıldığı, TBK'nun 420. maddesinde aykırı şekilde ibra etkisi kazandırılmaya çalışıldığı, tazminat ve alacaklarla ilgili olarak delil oluşturma ve dava açma yasağı oluşturma yönünde çaba içine girildiği anlaşılmaktadır.”* Ancak bu kararda da -Yargıtay kararına benzer şekilde- hüküm gerekçesi, TBK'nun 420/1. maddesine aykırılık değil; usulüne uygun bir arabuluculuk başvurusunun ve görüşmesinin yapılmaması ve HUAK hükümleri çerçevesinde arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlenmediği sonucuna varılmasıdır.

66 Arabuluculuk anlaşma belgesinin unsurlarından birinin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılmaması olduğu göz önünde bulundurulduğunda; Yargıtay'ın ortada geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi bulunmadığı yönündeki kararına katılmamak mümkün değildir.

67 İzmir BAM 9. HD, E. 2019/2343, K. 2019/1223, T. 21.10.2019.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, sözleşme serbestisi açısından sınırları belirlenirken üzerinde durulması gereken bir diğer düzenlemeye de İK'da yer verilmiştir. İK'nun 21/8. maddesinde *“Bu maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkrada hükümleri sözleşmeler ile hiçbir suretle değiştirilemez; aksi yönde sözleşme hükümleri geçersizdir.”* ifadesi bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle yasa koyucu, işçinin işe başlatılmaması halinde, en az dört en çok sekiz aylık ücret tutarındaki tazminat ve kararın kesinleşmesine kadar çalıştırılmadığı süre için işçiye ödenecek olan en çok dört aya kadar doğmuş bulunan ücret ve diğer haklara ilişkin belirlemeleri değiştirilemez ve sözleşmeyle aksi kararlaştırılmaz nitelikte kabul etmiştir.

Bu maddenin arabuluculuk sonucunda varılan anlaşmalar açısından da emredici olup olmadığının belirlenmesi, arabuluculuk anlaşma belgesinin konusunun tespiti açısından önem taşıyan bir husustur. Aslında İK'nun 21. maddesinin ilk üç fıkrası, arabuluculuğa değil; mahkeme veya özel hakem kararına ilişkin hükümler içermektedir.

Arabuluculuk, hak temelli değil; menfaat temelli bir uyuşmazlık çözüm yoludur. Bunun anlamı arabuluculuğun, taraflara kendi menfaatlerine uygun bir çözüm yolu üzerinde anlaşma fırsatı tanınmasıdır. Arabuluculuğun bu genel özellikleri dikkate alındığında, İK'nun 21/8. maddesinde düzenlenen geçersizlik yaptırımının, arabuluculuk anlaşma belgelerini de kapsayacak genişlikte anlaşılması daha doğru bir yaklaşım olacaktır.⁶⁸

İşçi lehine getirilmiş alt sınır düzenlemelerinin kamu düzeninden olduğu kabul edilecek olsa bile⁶⁹; arabuluculuk anlaşma belgesinde tarafların İK'nun 21. maddesinde kaleme alınan üst sınırı aşan bir kararlaştırma yapmış olmaları halinde, bu anlaşma belgesinin emredici

68 Benzer yönde *“Arabuluculuk süreci bir yargılama süreci olmadığı için yargılama sürecinde dikkate alınması gereken maddi hukuktaki emredici hükümler arabuluculuk süreci bakımından bağlayıcı olmayacaktır.”* Talat Canbolat, *İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı*, <https://adb.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/1412021155424%C4%B0%C5%9F%20Hukukunda%20Arabuluculuk%20Uzman%C4%B1k%20E%C4%9Fitimi.pdf>, (E. T. 20.06.2021), s. 11; Çil, s. 56. Aksi yönde bkz. *“Taraflar, işe iade konusunda anlaşmalarını, ancak işe başlatılmama durumunda, 4-8 aylık değil de, örneğin 3-6 aylık ücret ödeneceğini ya da ödenecek ücretin 4 aya kadar değil de 2 aya kadar olacağını kararlaştırırlarsa, aslında anlaşmaya varılmamış sayılmaları gerektiği görüşündeyiz. Bu hususu gözetmek arabulucunun görevidir. Kanun'da aranan unsurlar konusunda anlaşma yoksa arabulucu bu durumu tespit ederek tarafların anlaşmadığını belirtip son tutanağı tutmalıdır.”* ÖZEKES, s. 302, 303.

69 OKUR, işçinin hakları ve yaptığı anlaşmanın sonuçları hakkında bilgi sahibi olması durumunda -aşırı yararlanmadan da söz edilemeyecek hallerde- tarafların alt sınırların altında kalan belirlemelerinin de hükümsüz sayılmaması gerektiğini belirtmektedir. OKUR, s. 148, 149.

hükümlere aykırılık nedeniyle geçersizliğinin ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmelidir. Ayrıca arabuluculuğun tarafları, üst sınırı aşan bir belirleme yapmak konusunda iradelerini açıkça ortaya koyuyorlarsa, bu arabuluculuk anlaşma belgesinin, işveren tarafından işçiye yapılan bir bağışlama taahhüdü olarak yorumlanmasının önünde de bir engel bulunmamaktadır.

Taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli olduğu gibi bu tür uyuşmazlıkların çözümü için hazırlanan arabuluculuk anlaşma belgesi de taraflar için bağlayıcıdır.⁷⁰ Zira taşınmazın aynına ilişkin uyuşmazlıklar, HUAK'ın 1/2. maddesi çerçevesinde *“tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri”* alanın kapsamına dahildir. Ancak tarafların oluşturdukları arabuluculuk anlaşma belgesinin ifası amacıyla, resmi makam önünde aynı hakka ilişkin taahhüt ve tapu siciline tescil işlemlerini de gerçekleştirmeleri gereklidir.

Anlaşmalı olarak boşanmak isteyen eşlerin, arabuluculuk faaliyeti sonucunda hazırladıkları boşanma protokolünün de geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesi olarak kabul edilmesi gerekir. TMK'nun 166/3. maddesi gereğince, hakimin boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hususunda eşlerce kabul edilen *“düzenlemeyi”* uygun bulması şarttır. Bu düzenlemenin arabuluculuk anlaşma belgesiyle elde edilmiş olmasının önünde bir engel yoktur.⁷¹

TMK'nun 166/3. maddesinde yer verilen açık hüküm uyarınca hakim, taraflarca hazırlanan protokolü (arabuluculuk anlaşma belgesini) uygun bulabileceği gibi; eşlerin ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Başka bir ifadeyle, tarafların hazırlayıp, anlaşmalı boşanma davasının eki olarak sundukları, boşanma protokolü, hakimin onayına tabi bir arabuluculuk anlaşma belgesi olarak ortaya çıkabilir.

Arabuluculara, hazırlanan anlaşma belgesinin, yanlış anlaşılmalara veya yorumlanma gereksinimine sebep olmayacak ifadeler içermesi konusunda tarafları uyarması ve gerekirse metin hazırlanırken yardım

70 Aynı yönde bkz. *“Arabuluculuk sonunda varılan her anlaşmanın cebri icraya elverişli olması zorunlu olmadığı gibi (örneğin, taşınmazın devri ve tescili), bu konuda mahkeme den anlaşmanın icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep etmek de zorunlu değildir.”* KOÇYİĞİT/ BULUR, s. 42; BÜYÜKAY, s. 106; DÜR, s. 312; ERDOĞAN ve CÖMERT, s. 38.

71 Aynı yönde bkz. DÜR, s. 310. Bu noktada HUAK'ın 1/2. maddesinde düzenlenen, aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığına yönelik emredici kural, göz ardı edilmemelidir.



almaları konusunda onlara tavsiyede bulunması önerilir.⁷² Böylece anlaşma belgesi hakkında tereddütler oluşması ve başka anlama gelen ifadeler nedeniyle ileride taraflar arasında yeni uyuşmazlıkların ortaya çıkması engellenmeye çalışılmalıdır.⁷³ Ayrıca arabuluculuk anlaşma belgesinin düzenlendiği yerin ve tarihin de belirtilmesi doğru olur.⁷⁴

Anlaşma belgesinin kaç nüsha ve kaç sayfa olarak hazırlandığının da anlaşma belgesi içeriğinde belirtilmesi yararlı olacaktır. Anlaşma belgesinin taraf sayısından bir fazla olarak düzenlenip taraflara verilmesi mümkündür. Son nüshayı arabulucu saklayabilir.⁷⁵

SONUÇ

Arabuluculuk anlaşma belgesi, arabuluculuk faaliyeti sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca varılan anlaşmanın yazılı hale getirildiği ve taraflar (yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu (veya eş arabulucular) tarafından imzalanmakla tamam olan bir sözleşme olarak tanımlanmaktadır. Tarafların arabuluculuk sonucunda vardıkları anlaşmayı, yazılı şekle uygun hale getirmeleri bir geçerlilik kuralı olmamakla birlikte; tarafların gerek ispat kolaylığı sağlamak gerekse HUAK'da düzenlenmiş ilam niteliğinde belge statüsünden faydalanmak amacıyla aralarındaki anlaşmayı yazılı hale getirmeleriyle arabuluculuk anlaşma belgesi oluşur.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin tarafları, kural olarak, uyuşmazlığın arabuluculuk sürecine katılmış olan taraflardır. Bununla birlikte, arabuluculuğa katılmış en az iki tarafın anlaşmasıyla da arabuluculuk anlaşma belgesine ulaşılabilmesi mümkündür. Arabuluculuk anlaşma belgesinin kapsamının, taraflar arasındaki uyuşmazlığın kapsamıyla birebir örtüşmesi şart değildir. Taraflar arasında kısmi anlaşma sağlanmışsa, arabuluculuk anlaşma belgesi de bu kısma ilişkin olarak düzenlenecektir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin barındırması gereken üç unsuru vardır. Bunlar, başta HUAK olmak üzere mevzuata uygun olarak gerçekleştirilen bir arabuluculuk faaliyeti sonucunda ulaşılması; bu faaliyet sonucunda uyuşmazlığın taraflarınca üzerinde anlaşılan hususları

72 AZAKLI ASLAN, Zorunlu Arabuluculuk, s. 235; DÜR, s. 375; EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 109; İLHAN, s. 254; YEŞİLİRMAK Ali, KEKEÇ Elif Kısmet ve BULUR Alper, **Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı**, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2019, s. 180.

73 İLHAN, s. 254; OĞUZ, s. 63; KEKEÇ, s. 199; TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Arabuluculuk, s. 183.

74 EKMEKÇİ, ÖZEKES, ATALI ve SEVEN, s. 109.

75 YEŞİLİRMAK/ KEKEÇ/ BULUR, s. 181.



içermesi ve son olarak bu anlaşmanın yazılı şekle dökülmesidir. HUAK kapsamında bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesi için, bu belgenin taraflar (varsa yasal veya iradi temsilcileri) ve arabulucu (veya eş arabulucular) tarafından imzalanması yasal bir zorunluluktur.

Bu noktada yasal bir düzenlemeyle açıklığa kavuşturulması gereken hususun, arabuluculuk anlaşma belgesinin, borçlar hukuku açısından resmi şekle tabi bir sözleşme olarak kabul edilmesine ilişkin olduğu düşünülmektedir. Yasa koyucu, arabuluculuk anlaşma belgesinin hangi hallerde ilam niteliğinde belge olduğunu düzenlemiş olmakla birlikte; bu sözleşmenin borçlar hukuku açısından hangi şekle tabi olduğu konusunda açık bir hükme yer vermemiştir.

Arabulucunun imzalamasıyla tamam olan bu belgenin, borçlar hukuku açısından resmi şekil hükümlerine tabi olduğunun kabulü, arabuluculuk anlaşma belgesiyle kararlaştırılan (veya değiştirilen) resmi şekle tabi sözleşmelerin geçerliliği sorununu da ortadan kaldıracaktır. Ancak unutulmaması gereken bir diğer husus, resmi şekle tabi sözleşmelerin e-imza aracılığıyla kurulamayacakları kuralına da arabuluculuk anlaşma belgesi açısından yasal bir istisna getirilmesi gerekliliğidir.

Arabuluculuk anlaşma belgesinin, borçlar hukuku açısından başlıca niteliği, tarafları bağlayan bir maddi hukuk sözleşmesi olmasıdır. Taraflar arabuluculuk anlaşma belgesi ile yeni bir sözleşme kurabilecekleri gibi, aralarında var olan bir sözleşmeyi değiştirebilir, yenileyebilir veya sona erdirebilirler. Arabuluculuk anlaşma belgesi taraflar arasında var olan bir sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkinse, sona ermenin sonuçlarının da bu belgeyle düzenlenmesi mümkündür.

Arabuluculuk anlaşma belgesi, yasa koyucu tarafından tanımlanıp, unsurları düzenlenen bir sözleşme olmadığından, kural olarak isimsiz sözleşmeler grubundandır. Bununla birlikte tarafların arabuluculuk anlaşma belgesiyle, isimli bir sözleşme de kurmaları mümkündür. Tarafların arabuluculuk anlaşma belgesiyle kararlaştırılan içeriğe uygun olmayan davranışları akde aykırılık olarak kabul edilir. HUAK'ın 18/5. maddesinde yer verilen, anlaşılan hususlar hakkında taraflarca dava açılmayacağına ilişkin kural, tarafların akde aykırılık iddialarını kapsayacak genişlikte değerlendirilemez.

Arabuluculuğun tarafları, arabuluculuk anlaşma belgesinin içeriğini belirlemek konusunda -sözleşme serbestisinin sınırları içerisinde kalmak koşuluyla- tam yetkilidirler. Ancak geçerli bir arabuluculuk anlaşma belgesinden söz edilebilmesinin ön koşulu, taraflar arasındaki



uyuşmazlığın arbuluculuğa elverişli olmasıdır. Ayrıca tarafların (yasal veya iradi temsilcilerin) arbuluculuk anlaşma belgesinin içeriğine uygun ehliyeteye sahip olmaları da yasal zorunluluktur.

Arbuluculuk anlaşma belgesi, niteliği itibariyle genel işlem koşulları barındırmaya uygun bir sözleşme olmamakla birlikte; taraflardan birinin bu yönde bir iddiası varsa, hakim TBK'nun 20-25. maddeleri çerçevesinde değerlendirme yapmalıdır. Arbuluculuk anlaşma belgesinin, muvazaalı bir işlem olduğu, taraflarca veya üçüncü kişilerce ileri sürülebilir. Benzer şekilde iradesinin sakatlandığını ileri süren tarafın, iptal hakkını kullanması da mümkündür.



KAYNAKLAR

AKKAN, Mine. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonucunda Anlaşılan Hususlarda Dava Açma Yasağı ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 20/2 (2018), s. 1-31.

ALAN, Volkan. “Arabulucunun Suçu Bildirme Yükümlülüğü”, **Fasikül Hukuk Dergisi**, 64 (2015), s. 21-29.

ANDREWS, Neil. “Mediation agreements: time for a more creative approach by the English courts”, **Uniform Law Review**, 18/1 (2013), s. 6-16.

ATIŞ, İrfan. “Arabuluculuk Uygulamasında Gizlilik İlkesinin Uygulanması ve Önemi”, **Sakarya İktisat Dergisi**, 8/1 (2019), s. 74-84.

AZAKLI Arslan, Betül. “Zorunlu Arabuluculuk Faaliyetinin Niteliği Bakımından Arabulucunun Hukuki Sorumluluğu”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 8/1 (2018), s. 189-223. (Arabulucunun Sorumluluğu)

AZAKLI Arslan, Betül. **Medeni Usul Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2018. (Zorunlu Arabuluculuk)

BADUR, Emel. “Arabulucu Sözleşmesi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 15/162 (2020), s. 248-265.

BÜYÜKAY, Ferhat. **Arabuluculuk Anlaşma Belgesi ve İcra Edilebilirlik Şerhi**, Ankara: Adalet, 2018.

CANBOLAT, Talat. **İş Hukukunda Arabuluculuk Uzmanlık Eğitimi Kaynak Kitabı**, <https://adb.adalet.gov.tr/resimler/sayfadokuman/1412021155424%C4%B0%C5%9F%20hukukunda%20arabuluculuk%20uzmanl%C4%B1k%20e%C4%9Fitimi.Pdf>, (E. T. 20.06.2021).

ÇAPAR, Asuman. “İdarenin Taraf Olduğu Hukuki Uyuşmazlıkların Çözümünde Arabuluculuk Yöntemi”, **Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi**, 7/59 (2020), s. 2526-2535.

ÇİÇEK, Mustafa. “İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 13/139 (2018), s. 51-63.

ÇİL, Şahin. **İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2018.

DEASON, E. Ellen. “Enforcing Mediated Settlement Agreements: Contract Law Collides With Confidentiality”, **U.C. Davis Law Review**, 35/1 (2001), s. 33-102, (Heinonline Aracılığıyla Erişilmiştir. E. T. 24.01.2021).



DOST, Süleyman. “Arabuluculuk Ücret ve Masrafları Hakkında Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme”, **TBB**, 115 (2014), s. 453; Ronan Feehily, “The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements”, **Hibernian Law Journal**, 12 (2013), s. 449-476.

DÜR, Orhan. **Arabuluculuk Faaliyeti ve Arabulucuların Hak ve Yükümlülükleri**, Ankara: Adalet, 2018.

EKMEKÇİ, Ömer, Muhammet Özekes, Murat Atalı ve Vural Seven. **Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk**, İstanbul: On İki Levha, 2019.

ERDOĞAN, Ersin ve Büşra Cömert. “Arabuluculuk Sonunda Hazırlanan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği ve Anlaşma Belgesine Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çareler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, 13/138 (2018), s. 27-47.

EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Yetkin, 2019.

ERGİNER, Ozan Umut. “Arabuluculuk ve Gizlilik”, **Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 5/9 (2017), s. 73-98.

ERTÜRK, Mustafa. **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Ankara: Adalet, 2019.

FEEHILY, Ronan. “The Legal Status and Enforceability of Mediated Settlement Agreements”, **Hibernian Law Journal**, 12 (2013), s. 1-26.

FIRST, Amanda. “A New Agreement to Mediate: Guidelines for Ethical Practice in the Digital Space”, **Harvard Negotiation Law Review**, 23 (2017), s. 405-430, (Heinonline Aracılığıyla Erişilmiştir. E. T. 24.01.2021).

FİŞ Üstün, Gül. “Arabuluculuk Faaliyetlerinde İdarenin Yeri ve Yetkisi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 26/1 (2020), s. 13-23.

GIRSBERGER, Daniel ve VOSER Nathalie, **International Arbitration Comparative and Swiss Perspectives**, 2016, (Swisslex aracılığıyla erişilmiştir. E. T. 08.01.2021).

GROSSMAN, Andy. **Good Practice Guide: Mediation**, London: Riba, 2009.

HASANOĞLU, Aynur. “İdare Hukukunda Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları”, **AÜHFD**, 65/4 (2016), s. 1981-1996.

HOBBS, Karin S. “Mediation Confidentiality and Enforceable Settlements: Deal or No Deal?” **Utah Bar Journal** (2007), <https://www.mediate.com/articles/hobbsk1.cfm> (E. T. 18.06.2021).

İLHAN, Onur. **Arabuluculuk Sözleşmesi**, Ankara: Seçkin, 2020.



KAR, Bektaş. **İş Güvencesi ve Uygulaması**, Ankara: Yetkin, 2017.

KARAASLAN, Mehmet. "İdarenin Taraf Olduğu Uyuşmazlıkların Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri ile Giderilmesi", **TBB**, 140 (2019), s. 71-113.

KAYA, Sedat. "7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu Çerçevesinde Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Zorunlu Arabuluculuk", **Erzincan Binali Yıldırım ÜHFD**, 22/1-2 (2018), s. 209-261.

KEKEÇ, Elif Kısmet. **Arabuluculuk Yoluyla Uyuşmazlık Çözümünde Temel Aşamalar ve Taktikler**, Ankara: Adalet, 2016.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. **Arabuluculuk Sözleşmeleri**, Ankara: Turhan, 2020. (Arabuluculuk)

KILIÇOĞLU, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara: Turhan, 2020. (Genel)

KIYAK, Emre. "Arabuluculuk Sonucunda Ulaşılan Anlaşma Belgesinin Hukuki Niteliği", **TAAD**, 6/21 (2015), s. 523-548.

KOÇYİĞİT, İlker ve Alper Bulur. **Ticari Uyuşmazlıklarda Dava Şartı Arabuluculuk**, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2019.

KURT, Ekrem. "Sulh Sözleşmesi ve Arabuluculuk", **Hukukta Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları**, Der. Tahir Muratoğlu ve M. Burak Buluttekin, Ankara: Seçkin, 2018, s. 147-154.

METİN, Uğur Can. "Maddi Hukuk Anlamında Sulh Sözleşmesi", **ERÜHFD**, 11/1 (2016), s. Nolan-Haley, J. M.: "**Judicial Review Of Mediated Settlement Agreements: Improving Mediation With Consent**", *Arbitration Law Review*, C. 5, 2013, S. 152-162. <https://Elibrary.Law.Psu.Edu/Cgi/Viewcontent.Cgi?Article=1088&Context=Arbitrationlawreview>, (E. T. 12.06.2021).

NOMER, Haluk N. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul: Beta, 2017.

OBRADOVİC, Virginia Michelle. "Achieving Wise Resolutions in Mediation", **American Journal of Trial Advocacy**, 28 (2004), s. 1-16. https://Papers.Ssrn.Com/Sol3/Papers.Cfm?Abstract_Id=666642, (E. T. 12.06.2021).

ODAMAN, Serkan. "Arabuluculuk Tutanağına İcra Edilebilirlik Şerhi Verilmesine İlişkin Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", **DEÜHFD**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, 19 (2017), s. 1753-1766.

OĞUZ, Özgür. **Türk İş Hukukunda Dava Şartı Olarak Arabuluculuk**, İstanbul: Legal, 2019.



ÖĞUZMAN, Kemal ve Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1**, İstanbul: Vedat, 2017.

OKUR; Zeki. **Bireysel İş Uyuşmazlıklarında Dava Şartı Arbuluculuk**, Adana: Karahan, 2019.

ÖZBEK, Mustafa Serdar. “Anayasal Hak ve Hürriyetler İle Yargılamaya Hakim Olan İlkeler Işığında Arbuluculuk”, http://acikerisim.baskent.edu.tr/bitstream/handle/11727/15777/5cbc08874583bfb7b7c637c3539_cbaae.pdf?sequence=2&isAllowed=y, s. 107-154, (E. T. 08. 01.2021) (Anayasal)

ÖZBEK, Mustafa Serdar. “Avrupa’da Arbuluculuğun İlkeleri ve Uygulanması”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Ankara: Seçkin, 2006, s. 441-502. (Avrupa’da Arbuluculuk)

ÖZBEK, Mustafa Serdar. **Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, C. 2**, Ankara: Yetkin, 2016. (AUÇ)

ÖZEKES, Özlem. “İşe İade Taleplerinde Dava Şartı Olan (Zorunlu) Arbuluculuk”, **TBBD**, 138 (2018), s. 273-316.

ÖZKAN, Halid ve Yalçın Bostancı. “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Faaliyetini Sona Erdiren Hal: ‘Uyuşmazlığın Kapsam Dışında Olduğunun Tespiti’”, **Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 9/1 (2014), s. 1-21.

ÖZMUMCU, Seda. “Hukuk Uyuşmazlıklarının Çözümünde Eş Arbuluculuk (Co-Mediation) Modelinin Değerlendirilmesi”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 13/161 (2018), s. 9-36.

PARKER, Bruce R. , “What Can Be Done to Enforce Mediation Agreements”, **Defense Counsel Journal**, 59/3 (1992), s. 322-339, (Heinonline Aracılığıyla Erişilmiştir. E. T. 24.05.2021).

SALEHIJAM, Maryam. **Mediation and Commercial Contract Law: Towards a Comprehensive Legal Framework**, Abingdon: Routledge, 2021.

SUSSMAN, Edna. “The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement”, **Fordham Law School Conference on International Arbitration and Mediation**, (2008), https://sussmanadr.com/docs/enforcement_fordham_82008.pdf, (E. T. 18.06.2021)

ŞAHİN Emir, Asiye ve Büşra Kazmaz Tepe, “İş Uyuşmazlıklarına İlişkin İbra Hükümü İçeren Arbuluculuk Anlaşma Belgesinin Arbuluculuğa Elverişlilik Bakımından Değerlendirilmesi”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 3 (2018), s. 1481-1508.



ŞEN, Ersan. Arabulucunun Ve Uzlaştırıcının Hukuki Statüsü, <https://www.hukukihaber.net/arabulucunun-ve-uzlastirmacinin-hukuki-statusu-makale,5940.html>, (E. T. 21.06.2021).

TANRIVER, Süha. “Dava Şartı Arabuluculuk Üzerine Bazı Düşünceler”, *TBBD*, 147 (2020), s. 111-142.

TAŞPOLAT Tuğsavul, Melis. **Türk Hukukunda Arabuluculuk**, Ankara: Yetkin, 2012. (Arabuluculuk)

TAŞPOLAT Tuğsavul, Melis. “Arabuluculuk Faaliyeti Sonunda Varılan Anlaşmanın Hukuki Niteliği”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi*, 1 (2019), s. 333-379. (Anlaşma)

ULUSAN, İlhan. “**Maddi Hukuk Ve Usul Hukuku Bakımından Sulh Sözleşmesi**”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/13985>, (E. T. 18.06.2021).

YAZICI TIKTIK, Çiğdem. **Arabuluculukta Gizliliğin Korunması**, İstanbul: On İki Levha, 2013.

YEŞİLİRMAK, Ali, Elif Kısmet Kekeç ve Alper Bulur, **Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı**, Ankara: Adalet Bakanlığı, 2019.

ZELLER, Bruno ve TRAKMAN Leon, “Mediation and arbitration: the process of enforcement”, *Unif. L. Rev.*, 24 (2019), s. 449-466, <https://watermark.silverchair.com/Unz020.pdf?Token=> (E. T. 18.06.2021).



ANAYASA MAHKEMESİNİN İCRA VE İFLÂS HUKUKUNDAKİ ŞİKÂYET MÜESSESESİNE HUKUKÎ DİNLENİLME HAKKI AÇISINDAN YAKLAŞIMI

(The Constitutional Court's Approach to the Complaint Institution in the Enforcement and Bankruptcy Law in terms of the Right to be Heard)

Arş. Gör. Dr. Süleyman Burak GÜNDOĞDU¹

ÖZ

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunun kabul edilmesiyle birlikte bireyler temel hak ve özgürlüklerinin korunmasını vasıtasız bir şekilde Anayasa Mahkemesinden isteme hakkına sahip olmuşlardır. Bireylerin Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin ortak koruma alanındaki hakları bireysel başvuruya konu olmaktadır. Ülkemizde yapılan başvuruların büyük çoğunluğunu adil yargılanma hakkının ihlâl edildiği iddiası oluşturmaktadır. Bununla birlikte çalışmamız özel olarak icra iflâs hukukundaki şikâyet müessesesinin hukuki dinlenilme hakkı bakımından bireysel başvuruya konu edilmesini ele almaktadır. İcra mahkemesinin şikâyet üzerine verdiği kararlar maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksundur. Şikâyetin bireysel başvuruda ele alınarak incelenmesi, özellikle yeniden yargılamaya karar verilmesi ihtimalinde yargılama hukuku bakımından özellik arz eden bir durumdur. Zira hukuk yargılamasında olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesine karar verilebilmesi sadece maddi anlamda kesin hüküm oluşturan kararlar bakımından mümkün olup Yargıtay uygulaması da bu yödedir. Çalışmamızda esas itibarıyla şikâyetin hukuk niteliği, tarafları, bireysel başvuruya konu olabilmesi ve verilen kararların yargılamaya etkileri üzerinde durulmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Mahkemesi, hukuki dinlenilme hakkı, bireysel başvuru, şikâyet müessesesi, Yargıtay.

ABSTRACT

With the acceptance of the individual application to the Constitutional Court, individuals have the right to request the protection of their

1 Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı, s.burak.gundogdu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3721-338X



fundamental rights and freedoms from the Constitutional Court without an intermediary. The rights of individuals in the common protection area of the Constitution and the European Convention on Human Rights are subject to individual application. The allegations of violation of the right to a fair trial, constitutes the majority of the applications made in our country. However, our study specifically deals with the complaint institution in the Enforcement and Bankruptcy Law being subject to the individual application in terms of the right to be heard. Decisions given by the Court of Enforcement upon complaints are devoid of the effect of final judgment in material terms. The examination of the complaint in the individual application is a special case in terms of judicial law, especially in the event of a decision to retrial. Forasmuch, the decision to renew the trial as an extraordinary legal remedy in civil proceedings is only possible for decisions that constitute a final judgment in the material sense as the practice of the Court of Cassation is in this direction as well. Our study mainly focuses on the legal nature of the complaint, its parties, the fact that it can be the subject of an individual application and the effects of the decisions on the proceedings.

Keywords: The Constitutional Court, right to be heard, individual application, the institution of complaints, Court of Cassation.

GİRİŞ

Anayasa'nın 148. maddesinde 2010 yılında gerçekleştirilmiş değişikliklerle bireysel başvuru yolu ülkemizde kabul edilmiş ve söz konusu müessesenin anayasal temelleri atılmıştır. İlgili düzenlemeyle herkesin Anayasa ile korunmuş temel hak ve özgürlüklerinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamına giren herhangi birisinin kamu gücünü kullanan organlarca ihlâl edildiği iddiası çerçevesinde Anayasa Mahkemesine başvuru hakkı olduğu ifade edilmiştir. Bireysel başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmesi gerekliliği de söz konusu düzenlemede yer almıştır.

Gerçekleştirilen bu değişikliklerle hukuk sistemimize dâhil olan bireysel başvuru müessesesi, mahiyeti itibarıyla yeni bir kanun yolu değildir. Bireysel başvuruda idarî işlemler ve yargısal kararlar, Anayasa Mahkemesi tarafından münhasıran temel haklar ekseninde bir denetime tâbi tutulmaktadır. “Yaşam hakkı”, “mülkiyet hakkı”, “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı”, “suç ve cezaların kanuniliği”, “din ve vicdan özgürlüğü”, “ayrımcılık yasağı”, “adil yargılanma hakkı” gibi temel hak ve özgürlükler, bireysel başvuruya konu olabilmektedir. Çalışmamız bakımından esas



itibariyle adil yargılanma hakkı çerçevesinde hukuki dinlenilme hakkı önem arz etmektedir. Adil yargılanma hakkı ve unsurlarını oluşturan temel hak ve ilkeler bizzat mahkemelerce ihlâl edilebilmekte olup söz konusu hak ve ilkelerin ihlâli iddiası, ülkemizde gerçekleştirilen başvuruların ekseriyetini oluşturmaktadır.

Yargılamaya ilişkin temel hakların, yargılama işlevini yerine getiren tüm ilk ve üst derece mahkemelerinde gözetilmesi gerekir. Bu kapsamda, icra dairelerinin işlemlerine karşı yapılan şikâyet ve itirazları incelemek görevini haiz (İİK m. 4) icra mahkemelerinde de yargılamaya ilişkin temel hakların göz ardı edilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, burada gerçekleştirilen yargısal faaliyetlerin önemli bir bölümü sınırlı incelemeye dayandığı için bu mahkemelerce verilen kararlar ihalenin feshinin reddi ve istihkak davası haricinde maddî anlamda kesin hüküm etkisinden yoksundur. Şikâyet de bunlardan birisidir. Öğretide hukukî niteliği oldukça tartışmalı olan söz konusu müessesenin Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarına yansımaları birçok açıdan özellik arz etmektedir.

Çalışmamızda şikâyette karşı tarafta kimin yer alması gerektiğine ilişkin öğretideki tartışmalara dikkat çekildikten sonra Anayasa Mahkemesinin bu konudaki görüşü ortaya konulmaktadır. Şikâyetin hukukî niteliğine Anayasa Mahkemesinin yaklaşımı ele alınarak, burada verilen ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyen kararların bireysel başvuruya konu olabilmesi değerlendirilmektedir. Ayrıca şikâyette hukukî dinlenilme hakkının kullanımına ve bu çerçevede bireysel başvuruda verilen kararlara somut örnekler üzerinden değinilmektedir. Bu bağlamda şikâyet müessesesinde benzer iddialar neticesinde farklı yönde verilen kararların gerekçeleri, şikâyette hukukî dinlenilme hakkının kullanımı, gerçekleştirilen yargılama faaliyetinin bütünü göz önüne alınarak incelenmektedir. Netice itibariyle de bireysel başvuru üzerine şikâyete ilişkin verilen yeniden yargılama kararı; şikâyet neticesinde verilen kararın maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaması, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen ve olağanüstü bir kanun yolu olarak kabul edilen yargılamanın yenilenmesinin burada mümkün olamayacağına ilişkin öğretideki görüşler ile Yargıtay uygulaması ışığında ele alınmaya çalışılmaktadır. Bireysel başvuru oldukça geniş bir alan olmakla birlikte çalışmamız bakımından konu, özel olarak şikâyet müessesesinin bireysel başvuruya yansımaları ile sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda da bireysel başvurunun koşulları, kabul edilebilirliğe ilişkin değerlendirmeler, inceleme süreci gibi müessesenin kendisine ilişkin ayrıntılı açıklamalarda bulunulmamıştır.



I. BİREYSEL BAŞVURU

A. Genel Olarak

Bireysel başvuru, kamu gücünün temel hakları ve özgürlükleri ihlâlî durumunda başvurulabilen bir müessesedir. Bireysel başvuru ile bireyler, temel hak ihlâlleri karşısında Anayasa Mahkemesine başvurmak suretiyle subjektif haklarını anayasal düzeyde koruma olanağına sahip olmaktadır². Söz konusu müessese aynı zamanda anayasal hakların korunmasına, yorumlanmasına ve geliştirilmesine ilişkin bir işlev de üstlenmektedir³. Bireysel başvuru, temel hakların Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla gerçekleştirildiği, doğrudan doğruya bireylere temel hak korumasının sağlandığı bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır⁴.

Ülkemizde bireylerin Anayasa ile korunmuş temel hak ve özgürlüklerinin, AİHS ve buna ek Türkiye'nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birisinin kamu gücü tarafından ihlâlî bireysel başvuruya konu kılınabilmektedir. Diğer bir deyişle ortak koruma alanındaki haklara ilişkin olarak bireysel başvuru yapılabilmektedir. Bu bağlamda Anayasa ve AİHS tarafından koruma altına alınma koşulu kümülatif olup birlikte gerçekleşmek durumundadır⁵. Anayasa'da yer verilen temel hak ve özgürlüklerin AİHS'de yer almayanları öngörülen koruma mekanizmasının dışında bırakılmıştır⁶.

Ortak koruma alanında yer alan temel hak ve özgürlükleri ihlâl edebilecek kamu gücünün davranışı, bir işlem veya eylem niteliğinde olumlu olabileceği gibi, yapılması gerekenlerin yerine getirilmemesi veya işlem ya da eylemin gerçekleştirilmemesi gibi olumsuz da olabilir⁷. Kamu gücünü kullanan organlar esas itibarıyla, yasama, yürütme ve yargıdır⁸.

2 DÜWEL, Martin, *Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen*, 1. Auflage, 2000, s. 255.

3 FRÖHLINGER, Margot, *Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozeßrechts zum sonstigen Prozeßrecht*, 1982, s. 202; SCHLAÏCH, Klaus/KORİOTH, Stefan, *Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 11. neu bearbeitete Auflage, 2018, s. 160, pr. 205.

4 SCHLAÏCH/KORİOTH, s. 160, pr. 205.

5 GÖZLER, Kemal, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, Güncellenmiş B. 26, Ankara 2021, s. 448; ATAR, Yavuz, *Türk Anayasa Hukuku*, Güncellenmiş B. 14, Ankara 2021, s. 348; ERMENEK, İbrahim, *Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar*, MİHDER, C. 9, S. 26, 2013/13, s. 8.

6 ATAR, s. 348.

7 GÖZTEPE, Ece, *Anayasa Şikayeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998, s. 42.

8 GÖZLER, s. 448.



Söz konusu organlarca ihlâl edildiği iddia edilen hakkın, doğrudanlık, güncellik ve kişisellik koşullarını taşıması gerekir (6216 Sayılı Kanun md. 46/1). Şüphesiz ki bireysel başvuruda bulunulabilmesi için kişinin bu konuda hukukî yararı olmalıdır.

Bireysel başvuruda bulunmak için öngörülen başvuru yollarının tamamının tüketilmesi gerekir. Bu bağlamda tüketilmesi gereken başvuru yolları, idarî ve yargısal yollardır⁹. Bir mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunulacaksa ve karar verildiği anda kesin değilse, öncelikle istinaf ve temyiz kanun yollarının tüketilmesi gerekir¹⁰. Başvuru yollarının tüketilmesi şekli ve maddî anlamda tüketme olarak ikili bir ayrıma tabi tutulabilir. Maddî anlamda tüketmeden kasıt mahkemeler önünde ilgili yargılama aşamalarında hak ihlâlî iddiasının gündeme getirilmiş olmasıdır¹¹. Esas itibariyle genel mahkemeler de bireylerin temel haklarını korumakla yükümlü¹² olduğundan bireylerin bireysel başvurudan önce haklarını diğer yargı mercileri huzurunda aramış olmaları gerekir¹³. Kanun yollarının şekli anlamda tüketilmesi ise öngörülen olağan kanun yollarına başvurarak söz konusu süreçlerin sona erdirilmesini ifade etmektedir¹⁴.

Kanun yollarının tüketilmesinin ardından bireysel başvuruda bulunabilmek için öngörülen otuz günlük süre koşuluna da riayet edilmesi gerekir. Süre, başvuru yollarının tüketildiği tarihten başlamaktadır. Bununla birlikte şayet başvuru yolu öngörülmemişse süre ihlâlî öğrenilmesi anından itibaren başlar (6216 Sayılı Kanun md. 47). Söz konusu süre, taraflara yönelik olup hak düşürücü niteliktedir¹⁵.

B. İnceleme Aşamaları

Bireysel başvuruda süreç, ön inceleme aşaması, kabul edilebilirlik aşaması ve esas incelemeden oluşur. Ön inceleme aşamasında, başvurunun kabul edilebilirlik incelemesinin yapılabilme koşullarını

9 ÇELİKİYAY, Hakan Sabri, *Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi*, İÜHF M C. LXXIII, S. 1, s. 21-62, 2015, s. 29.

10 GÖZLER, s. 449.

11 ÇELİKİYAY, s. 56.

12 KLEİNE-COSACK Michael, *Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde*, 2. neu bearbeitete Auflage, 2007, s. 30, pr. 136; BENDER, Michael, *Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen*, Heidelberg 1991, s. 13.

13 KLEİNE-COSACK s. 30, pr. 136; BENDER, s. 13.

14 ŞİRİN, Tolga, *Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usûlî Açıdan Değerlendirilmesi*, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2014, s. 213.

15 ERMENEK, s. 24.



taşıyıp taşımadığı değerlendirilir. Bu aşamada başvuru dilekçesi; unsurları ve eklenmesi gereken evraklar yönünden incelenir. Ön inceleme aşamasında bireysel başvuru bürosu tarafından süre yönünden ve şekil açısından bir inceleme gerçekleştirilmektedir¹⁶.

Kabul edilebilirlik incelemesi komisyonlar tarafından gerçekleştirilir. Başvuru hakkında kabul edilebilirlik kararı verilebilmesi, kanunda öngörölmüş koşulların varlığına bağlıdır. Oy birliği ile kabul edilebilirlik koşullarını taşımadığına kanaat getirilen dosyalara ilişkin olarak kabul edilemezlik kararı verilmektedir. Anayasa'nın uygulanması ve yorumlanması yahut temel hakların kapsamı ve sınırlarının belirlenmesi bağlamında önem taşımayan başvurular, kabul edilemez bulunur. Yine başvuru önemli bir zarara uğramadıysa veya başvurusu açıkça dayanaktan yoksun ise süreç kabul edilemezlikle neticelenir. Oy birliğinin sağlanmadığı başvurular bölümlere gönderilir. Kabul edilemezlik kararı kesin olup ilgisine tebliğ olunur (6216 Sayılı Kanun md. 48). Ülkemizde başvuruların ekseriyeti kabul edilebilirlik sürecini geçmemektedir¹⁷.

Kabul edilebilirlik yönünde karar verilmiş dosyaların esasa ilişkin incelemeleri bölümler tarafından gerçekleştirilir (6216 Sayılı Kanun md. 49/1). Bireysel başvuru inceleme sürecinde, 6216 Sayılı Kanun ve İctüzük'te hüküm yer almadığı takdirde bireysel başvurunun niteliğine uygun düştüğü ölçüde ilgili usûl kanunlarının hükümleri uygulama alanı bulur (6216 Sayılı Kanun md. 49/7). Esas inceleme neticesinde hak ihlâli olduğuna veya olmadığına ilişkin bir karar verilir. İhlal yönünde bir karar verilmesi durumunda söz konusu ihlâlin giderilmesi bağlamında yapılması gerekenlere hükmedilir. Fakat bu noktada Anayasa Mahkemesi tarafından yerindeliğe ilişkin bir denetim gerçekleştirilemez, idarî eylem veya işlem niteliğinde bir karar verilmesi de mümkün değildir (6216 Sayılı Kanun md. 50/1). Şayet ihlâl bir mahkemenin kararından kaynaklanıyorsa, dosya, ihlâl ve neticelerinin ortadan kaldırmasını sağlamak amacıyla yeniden yargılama gerçekleştirilmek üzere ilgili mahkemeye gönderilir. Yeniden yargılamada hukukî yararın olmadığı durumlarda başvuru lehine tazminata karar verilebilir ya da Anayasa Mahkemesince, genel mahkemeler önünde dava açılması yolu

16 DÖNER, Ayhan/ÇELİK, Yeşim, **Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları**, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (ERZSOSDE) IX-I: 275-294 [2016], s. 276.

17 2012-2021 yılları arası istatistiklere bakıldığında başvuruların kabul edilemezlik oranının %89 olduğu görölmektedir. Bu konuda bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7602/bb_istatistik_2021-3.pdf

gösterilebilir. Yeniden yargılama yapılması için dosyanın gönderilmesinin ardından yargılamayı gerçekleştirecek mahkeme, mümkün olduğu takdirde dosya üzerinden, Anayasa Mahkemesi kararında açıklanan ihlâlin ve neticelerinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak nitelikte bir karar verir (6216 Sayılı Kanun md. 50/2). Bölümlerin esasa ilişkin kararları gerekçeli olarak ilgili kişilere ve Adalet Bakanlığı'na tebliğ olunur (6216 Sayılı Kanun md. 50/2).

II. ŞİKÂYET

A. Genel Olarak

İcra dairelerinin, kanuna aykırılık teşkil eden ya da hadiseye uygun bulunmayan işlemleri hakkında icra mahkemesine şikâyette bulunulabilmektedir (İİK md. 16).

Şikâyet, icra dairelerince gerçekleştirilmiş hukuka uygun olmayan işlemlerin iptali veya düzeltilmesi ya da sebepsiz şekilde sürünceme bırakılan veya geciktirilen işlemlerin icrasının sağlanmasına ilişkin olarak icra mahkemesine başvuru olanağını ihtiva eden bir müessesedir¹⁸. Bunun yanında iflâs idaresinin, iflâs bürosunun, birinci ve ikinci alacaklılar toplantısının, konkordato söz konusu olduğunda kayyımın, konkordato komiserinin, malvarlığının terki suretiyle konkordatoda tasfiye memurlarının ve alacaklılar kurulunun işlem ve kararlarına ilişkin olarak da şikâyet yoluna başvurulabilir. Bu hâllerde ise asliye ticaret mahkemesi görevlidir¹⁹.

Şikâyet sebepleri; kanuna aykırılık, hadiseye uygun olmama, bir hakkın yerine getirilememesi ve sebepsiz şekilde sürüncemede bırakılması²⁰ olarak karşımıza çıkmaktadır.

Şikâyet bir süreye bağlıdır. Hak düşürücü nitelikte²¹ olan bu süre, kural olarak şikâyete konu işlemin öğrenilme anından başlar ve yedi

18 PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, *İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet*, B. 2, İstanbul 2017; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, *İcra ve İflâs Hukuku*, B. 3, Ankara 2020, s. 51 (İcra ve İflâs Hukuku).

19 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 51; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, *İcra İflâs Hukuku*, B. 4, İstanbul 2017, s. 57-60.

20 KURU, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku*, İstanbul, 2016, s. 64-65; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 58-59; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, *İcra ve İflâs Hukuku*, s. 54. Bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. PEKCANITEZ/SİMİL, s. 82-107.

21 KURU, s. 67.



gündür (İİK md. 16, I; md. 19, I). Sürenin geçmesi durumunda kişinin şikâyet hakkı sona erer ve söz konusu işlem kesinleşmiş olur²². Şikâyetin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını icra mahkemesi kendiliğinden dikkate alır²³. Bir hakkın yerine getirilmediği ya da sebepsiz şekilde sürüncemede bırakıldığı hâllerde ve kamu düzenine aykırılıklarda ise şikâyet süresizdir²⁴. Kamu düzenine aykırı işlemler esas itibarıyla batıl işlemlerdir²⁵.

Şikâyetin konusunu icra dairelerinin yapmış olduğu işlemler oluşturur²⁶. İşlem ile kastedilen, somut olay karşısında icra dairelerinin davranış şeklidir²⁷. Takip esnasında tarafların ileri sürdüğü talepler veya birbirlerini zarara sokmak maksadıyla yaptıkları işlemler icra memurlarınca yapılan bir işle ilgili olmadıkça şikâyete konu kılınmaz²⁸. Bunun yanında icra memurunun da söz konusu işlemleri yerine getirirken yetkisini İcra ve İflâs Kanunu'ndan almış olması gerekir. Şikâyete, takip hukukuna yönelik kuralların yanlış uygulanmasından bahisle başvurulur²⁹.

İcra mahkemesinde görülen hususlar ivedi işlerdendir. Şikâyet müessesinde basit yargılama usûlü uygulama alanı bulur, bu husustaki taleplerin ve cevapların, dilekçeyle veya mahkeme tarafından tutanağa geçirilmek suretiyle sözlü şekilde bildirilebileceği, şikâyetin dosya üzerinden gerçekleştirilen inceleme ile yahut duruşma açılarak neticelendirilebileceği ifade edilebilir (İİK md. 18).

B. Hukuki Niteliği

Anayasa Mahkemesinin şikâyeti ele alma biçimi somutlaştırılmadan önce şikâyetin Türk hukuku bakımından hukukî niteliğinin ortaya konulması gereklilik arz etmektedir.

Şikâyetin hukukî niteliğine ilişkin olarak öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre³⁰ şikâyet, icra dairelerinin icra

22 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 113.

23 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 114.

24 KURU, s. 68; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 63; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 57.

25 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 64.

26 KURU, s. 64; PEKCANITEZ/SİMİL, s. 57.

27 KURU, s. 64.

28 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 61.

29 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 58.

30 KURU, s. 63.



ve iflâs hukuku bakımından uygun olmayan işlemlerinin iptalini ve düzeltilmesini sağlayan, kendine özgü bir kanun yoludur. Bununla birlikte şikâyet, usûl hukukunda öngörülen kanun yollarına benzememektedir³¹. Kanaatimizce şikâyet teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Kanun yolundan bahsedilebilmesi için bir mahkemenin ve onun üst mercii olan başka bir mahkemenin varlığı gerekir³². İcra dairesi bir mahkeme olmadığı gibi icra mahkemesi de onun bir üst mercii değildir. Şikâyetin bir kanun yolu olarak nitelendirilmesine engel olan şey öncelikle icra dairesinin bir mahkeme olmamasıdır.

Bir görüşe göre ise şikâyet hukukî niteliği itibariyle bir davadır³³. Anayasa Mahkemesi de 1965 yılında Rize Tetkik Mercii'nin somut norm denetimi başvurusuna ilişkin vermiş olduğu kararındaki değerlendirmesinde şikâyeti bakılmakta olan bir dava olarak nitelendirmiştir³⁴. Bireysel başvuru yolunun kabulü sonrası yaklaşımı da bu görüşünden pek farklı değildir.

Şikâyet, kanaatimizce, hukukî niteliği itibariyle bir dava değildir³⁵. Dava, klasik tanımıyla³⁶, subjektif bir hakkın ihlâli, inkârı yahut tehlikeye düşürülmesi durumunda bu ihlâlin, inkârın veya tehlikenin bertaraf edilmesi maksadıyla mahkemeye başvurmakla başlayıp hükmün kesinleşmesi ile sona eren süreçtir³⁷. Şikâyet müessesinde özel hukukun tanıdığı bir hakkın esasına ilişkin bir tartışma yapılmamaktadır³⁸. Ayrıca dava iki taraf sistemine göre kurulur³⁹. Davadan bahsedilebilmesi için her şeyden önce bir karşı tarafın olması gerekir. Hâlbuki şikâyete başvurulduğunda hakkın yerine getirilmesinin istenildiği bir karşı taraf esas itibariyle yoktur. Şikâyetin bir dava olarak nitelendirilmesi durumunda davalının idare olması gerekir. Zira işlemi gerçekleştiren kişi, bir memurdur ve Adalet Bakanlığı'na bağlı olarak görevini ifa

31 KURU, s. 63.

32 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 52.

33 UMAR, Bilge, *Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler* (15. Basım), 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 697-698.

34 AYM. E. 1965/25 K. 1965/57 T. 26.10.1965.

35 KURU, s. 63.

36 PEKCANİTEZ, Hakan, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, B. 15, İstanbul 2017, s. 923.

37 TANRIVER, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, Ankara 2020, s. 465; PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usûl, s. 923; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, *Medenî Usûl Hukuku*, B. 3, Ankara 2020, s. 315 (Medenî Usûl Hukuku).

38 PEKCANİTEZ/SİMİL, s. 17.

39 PEKCANİTEZ, Pekcanitez Usûl, s. 923; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, *Medeni Usûl Hukuku*, s. 315.



etmektedir⁴⁰. Bu görev dolayısıyla ortaya çıkan hukuka aykırılıklar şikâyete konu kılınmaktadır. Söz konusu müessese şekli taraf kuramına uymaması sebebiyle de bir dava olarak nitelendirilemez.

Bizim de katıldığımız görüşe göre ise şikâyet kendine özgü bir hukukî çaredir⁴¹. Hukukî çare ile bir hakkın gerçekleşmesini sağlayan hukukî başvuru imkânları ifade edilmektedir⁴². Aslında icra mahkemesinin yaptığı şey icra dairesinin yaptığı işlemlerin denetlenmesidir. Bu noktada şikâyetle, icra takibinin tarafları yahut hukukî yararı olan diğer kişilere icra ve iflâs organlarının kanuna ve hadiseye uygun olmayan işlemlerinin düzeltilmesini veya iptal ettirilmesini ya da ilgili organlarca yapılmayan veya geciktirilen işlemlerin yaptırılmasını sağlama imkânı getirilmektedir.

C. Tarafları

Şikâyette, bir hukukî korunma talebi mevcut olmakla birlikte esas itibariyle teknik anlamda bir davacı ve davalı yoktur⁴³. Bununla birlikte hem uygulamada hem de Anayasa Mahkemesi kararlarında dava, davacı, davalı, dava dilekçesi⁴⁴ tabirleri kullanıldığı görülmektedir.

İcra dairelerinin gerçekleştirmiş olduğu hukuka aykırı işlemlere karşı işlemin iptalinde menfaati bulunanlar şikâyet başvurusu yapabilir. Bu kapsamda takibin tarafları veya ilgili üçüncü kişiler, menfaatleri bulunduğu ölçüde şikâyetçi olabilir⁴⁵. Takip içerisinde varsa küllî halefler hukukî yararını ortaya koymak şartıyla icra dairesinin olumlu veya olumsuz davranışı/işlemi için şikâyette bulunabilir. Bu çerçevede menfaatini ortaya koyan üçüncü kişiler de şikâyet yoluna başvurabilmektedir⁴⁶.

İlgili icra takip işleminden doğrudan doğruya kişinin hukukî durumunun etkilenmesi ve işlemin kişinin zararına olması hâlinde şikâyet yoluna başvuru için aranan hukukî yarar şartının gerçekleştiği kabul edilir⁴⁷. İcra dairesinin işleminin iptalini veya düzeltilmesini ya

40 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 52.

41 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 48.

42 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 47; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 53.

43 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 60.

44 Mehmet Ali Bedir ve Tefvik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016; Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016; İbrahim Demiryak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016.

45 KURU, s. 66; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 60; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 52.

46 KURU, s. 66.

47 KURU, s. 66; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 60.



da ilgili işlemin yapılmasını talep edebilmek için güncel hukukî yararın bulunması gerekir⁴⁸. İşlem lehine olan kişinin başvuruda bulunma noktasında hukukî yararı yoktur.

Şikâyet talebi açısından kanunda bir karşı taraf öngörülmemiştir. Şikâyet müessesesinde icra dairesi karşı taraf olarak yazılamamaktadır, zira şikâyet eden haklı çıkarsa icra dairesinin, yani devletin, ödeme yapması gerekir. İcra dairesinin bu giderlere mahkûm edilebileceğine dair açık bir hüküm bulunmadığından, icra dairesi taraf olarak gösterilememektedir. Örneğin; haczedilemez malı haczeden icra dairesi olmasına rağmen şikâyet müessesesinde karşı taraf olarak yer almamaktadır.

Uygulamada, şikâyet yoluna kim başvuruyorsa; işlem lehine olan tarafın, şikâyetin karşı tarafı olarak kabul edilmesi söz konusu olmakta diğer bir deyişle şikâyetin pasif tarafında işlem lehine olan taraf yer almaktadır⁴⁹. Şüphesiz ki bu durum, şikâyet incelemesi esnasında, işlemi gerçekleştiren icra dairesinin dinlenmesine ve gerektiğinde cevabının alınmasına engel teşkil etmemektedir⁵⁰. Takip sürecinde taraflardan birinin şikâyete başvurması durumunda şikâyette karşı taraf olarak takibin diğer tarafını göstermesinin temel gerekçesi, süreç sonunda oluşan yargılama giderleridir. Fakat burada işlem üzerinde etkisi bulunmayan kişinin yargılama giderlerine mahkûm edilmesi doğru bir yaklaşım değildir. Zira bu hâl, yargılama giderlerini ödemek zorunda kalan tarafın mülkiyet hakkına haksız bir müdahale oluşturmaktadır⁵¹. Ancak öğretilerde de ifade edildiği gibi ihaleye fesat karıştırılması gibi istisnâ hâllerde, fesat karıştırmanın yargılama giderinden sorumlu olması kabul edilebilir⁵². Şikâyette yargılama giderleri bakımından doğru olan ise esas itibarıyla devletin sorumlu olmasıdır. Yargılama giderlerini ödemek durumunda kalan devlet ilgili memura pekâlâ rücû edebilir⁵³.

Değinmek gerekir ki şikâyet bir dava olmadığı için şikâyete konu işlem lehine olan karşı tarafın, şikâyette hasım olarak belirtilmemiş yahut da yanlış belirtilmiş olması da şikâyetin reddi sonucunu doğurmaz⁵⁴.

48 PEKCANITEZ/SİMİL, s. 232.

49 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 61-62.

50 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 61.

51 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 53.

52 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 62.

53 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 53.

54 KURU, s. 67, dn. 8; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 61.



Anayasa Mahkemesi de kararlarında şikâyette, icra dairesinin işlemine karşı bu yola başvurulduğunu ve şikâyet olunanın esas itibarıyla icra dairesi olduğunu belirtmekle birlikte bazı hâllerde işlemin iptali ya da düzeltilmesine karar verilmesi durumunda söz konusu işlem lehine olan kişinin de hukukî durumunun doğrudan etkilenmesinden bahisle bu kişilerin de süreçte mecburî olarak “*davalı*” pozisyonunda bulunmalarının gerekli olduğu kanaatine ulaşmaktadır. Mahkeme, bireysel başvuruya konu birçok olayda da başvuru sahiplerinin ilgili mahkeme kararında bu gerekçelerle “*davalı*” olarak gösterildiklerine işaret etmektedir⁵⁵.

Anayasa Mahkemesi, şikâyetin hukuki niteliğine ve süreçte karşı taraf olarak kimin yer alması gerektiğine ilişkin öğretideki tartışmalara girmemekte, şikâyet neticesinde verilecek kararın takibin taraflarının hukukî durumunu ve haklarını önemli ölçüde etkilemesinden hareket etmektedir. Bu çerçevede Mahkeme’ye göre, takibin sonuçsuz kalması, haciz veya satış yapılamaması gibi durumlar, tarafların hakları üzerinde doğrudan etki doğurmakta olup, bu hususta kategorik değerlendirmeler yapmak yerinde değildir⁵⁶. Önemli olan somut olayda ilgilinin hakkının etkilenip etkilenmediğinin ortaya konulmasıdır⁵⁷.

D. Sonuçları

Şikâyet neticesinde verilebilecek kararlar; ret kararı ve kabul kararıdır. Şikâyetin kabulü kararı; iptal kararı, düzeltme kararı, işlemin yapılmasını emretme kararı olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁸.

Ret kararı, şikâyete süresi içinde başvurulmadığı ya da şikâyet sebepleri yerinde görülmediğinde verilir⁵⁹. Başvuru ilk durumda usûlden, ikinci durumda ise esastan reddedilmiş olur⁶⁰. Ret kararı verilmesi hâlinde şikâyette bulunan kişi vekâlet ücreti ve yargılama giderlerine katlanmak durumunda kalır⁶¹. İnceleme esnasında icranın

55 Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016, § 37; Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 31; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 24; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016, § 50.

56 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 32; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 25; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016, § 26; Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016, § 29.

57 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 32; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 25; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016, § 26; Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016, § 29.

58 KURU, s. 70; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 60.

59 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 60.

60 KURU, s. 70; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 65-66.

61 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 60.



durdurulmasına ilişkin bir karar alınmamışsa şikâyet icra mahkemesince incelendiği esnada gerçekleştirilen işlemler red kararı ile birlikte kesinlik kazanır. İİK md. 22 uyarınca icra mahkemesince icranın durdurulmasına karar verilmiş ise red kararı üzerine icraya devam edilir⁶².

İcra mahkemesi, somut olayda şikâyet sebeplerinden birinin gerçekleştiğine kanaat getirirse şikâyetin kabulüne karar verir⁶³. Şikâyetin kabulü durumunda icra dairesi veya devlet yargılama giderlerine mahkûm edilmemektedir. Söz konusu giderlere, takibin karşı tarafı katlanmak zorunda kalmaktadır⁶⁴.

Şikâyetin kabulü durumunda şikâyet konusu işlem iptal edilebilir. İlgili işlemin iptaline yönelik bir karar verilmiş olması, o işlemi ve ona bağlı olarak gerçekleştirilen bütün işlemleri yapıldıkları andan itibaren hükümsüz kılar. Yani iptal kararı geçmişe etkili sonuçlar doğurur⁶⁵. Bu bağlamda örneğin, icra dairesince haczedilen bir malın İİK md. 82 uyarınca haczedilemez olduğuna karar verilirse ilgili haciz işlemi iptal edilir. Bu noktada satışa hazırlık işlemleri yapılmışsa o işlemler de kendiliğinden hükümsüz kalır.

İkinci olarak şikâyetin kabulü durumunda işlemin düzeltilmesine ilişkin bir karar verilebilir⁶⁶. İcra mahkemesinin icra dairesinin işlemini düzeltmesi, istisnâ hâllerde karşımıza çıkar⁶⁷. Burada karar, iptal edilmemekte bilakis düzeltilmektedir⁶⁸. Özellikle bazı hesap hatalarında düzeltme kararı verilmesi gündeme gelir. Düzeltme kararı, verildiği andan itibaren etki doğurur ve geçmişe etkili değildir⁶⁹. Düzeltme kararı verilebilmesi için işlemin niteliği itibariyle dosya üzerinden karar verilebilir olması gerekmektedir⁷⁰. Örneğin maaş haczinde bir hata yapılmışsa ve bu bağlamda icra memurunun yeni bir işlem yapması gereklilik arz etmiyorsa icra mahkemesi işlemin düzeltilmesine ilişkin bir karar verebilir⁷¹.

62 KURU, s. 70.

63 KURU, s. 70; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 66; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 60;

64 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 66.

65 KURU, s. 70; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 66; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 60.

66 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 61.

67 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

68 KURU, s. 71.

69 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 61.

70 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

71 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.



Son olarak icra mahkemesi, dairenin bir işlemi sebepsiz olarak gerçekleştirmediği, sürüncemede bıraktığı veya bir hakkı yerine getirmediği sonucuna ulaşırsa söz konusu işlemin yapılmasını emreder⁷². Örneğin, mahkeme, kanunî koşulları sağlayan takip talebini alarak ödeme emri gönderilmesini emredebilir⁷³. Bu noktada yapılması gereken işlemleri icra mahkemesinin kendisinin yapabilmesi mümkün değildir. Söz konusu işlem, mutlaka icra dairesi tarafından yerine getirilir⁷⁴. İcra dairesinin icra mahkemesinin verdiği emir karşısında direnebilmesi mümkün değildir. İşlem, ilgili karar çerçevesinde dairece yerine getirilir⁷⁵.

İcra mahkemesi şikâyet hakkında vermiş olduğu kararlardan kendisi dönemez⁷⁶. Şikâyet üzerine verilen kararlardan İİK md. 363, I kapsamında kalanlar aleyhine kanun yoluna başvurulamaz. Bunun dışındakiler kanun yoluna başvuru için öngörülen miktar sınırını aşmak kaydıyla kanun yoluna götürülebilir. İstinaf yoluna başvurulması üzerine Bölge Adliye Mahkemesi tarafından karar kaldırılır veya düzeltilir ya da şikâyetin esasına yönelik yeni bir karar verilir⁷⁷.

İcra mahkemesinin şikâyet neticesinde vereceği kararlar maddî anlamda kesin hüküm oluşturmaz, salt takip hukuku bağlamında kesin hüküm teşkil eder⁷⁸. Söz konusu nitelik, şikâyet üzerine verilen kararların bireysel başvuruda ele alınarak incelenip incelenemeyeceği ve bireysel başvuru neticesinde yeniden yargılamaya karar verilmesi ihtimali bakımından özellik arz etmekte olup bu konuya ileride ayrıca değinilmektedir.

III. ŞİKÂYET MÜESSESESİNİN ANAYASA MAHKEMESİNİN KARARLARI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ

İcra mahkemelerince verilmiş ve maddi anlamda kesin hüküm oluşturmayan kararlara karşı bireysel başvuru yolunun kapalı olup olmadığının ele alınarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede öncelikle Anayasa Mahkemesinin kabul edilebilirlik aşamasında müesseseye yönelik yaptığı değerlendirmelerin üzerinde durulması,

72 KURU, s. 71; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 61; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

73 KURU, s. 71; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, İcra ve İflâs Hukuku, s. 61; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

74 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

75 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 67.

76 KURU, s. 71; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 66.

77 KURU, s. 71; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 66.

78 KURU, s. 71; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 49.



bireysel başvuruda bulunma bağlamında şikâyet müessesinde kişinin hukukî dinlenilme hakkı ve bireysel başvuru neticesinde şikâyet müessesesi özelinde verilebilecek kararların incelenmesi bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır.

A. Şikâyetin İlgilinin Hakkını Etkilemesi ve Bu Konudaki Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirliği

Anayasa'nın 36. maddesi, herkesin adil yargılanma hakkını haiz olduğunu düzenleme altına almaktadır. Anayasa Mahkemesine göre, adil yargılanma hakkının kapsamı Anayasa'da ayrıca düzenlenmediği için bu hakkın kapsamının ve içeriğinin, AİHS'in 6. maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekmektedir⁷⁹. AİHS'de adil yargılanmaya yönelik hakların ve ilkelerin, medenî haklar ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklarla bir suç isnadının karara bağlanması noktasında geçerlilik arz ettiği belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesine göre bireysel başvuruda bulunabilmek için bireylerin medenî haklarına ve yükümlülüklerine yönelik bir uyuşmazlığa taraf olmaları yahut bir suç isnadı bağlamında haklarında bir kararın verilmiş olması gerekir. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının ihlâline yönelik olarak söz konusu hâller dışında kalan hususlar, Anayasa'nın ve AİHS'in öngördüğü kapsamın içinde yer almadığından başvuruya konu kılınmaz⁸⁰.

Medenî haklara ve yükümlülüklerle yönelik uyuşmazlıklar bağlamında, şikâyet müessesesinin niteliği ve bu çerçevede mahkemece verilecek kararın neticesinin kişilerin haklarını ne ölçüde etkilediği önem arz etmektedir⁸¹. Bu bağlamda icra mahkemelerinin şikâyet neticesinde vermiş oldukları kararların adil yargılanma hakkı açısından bireysel başvuruya konu kılınıp kılınmayacağı Anayasa Mahkemesince birçok başvuruda değerlendirilmiştir. Değineceğimiz başvurularda Mahkeme'nin şikâyet neticesinde verilen kararların maddî anlamda kesin hüküm oluşturup oluşturumamasından hareket etmediği görülmektedir. Şeklî anlamda kesinleşme, bireysel başvurunun kabul edilebilirliği noktasında önem arz eden başvuru yollarının

79 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 28; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 21.

80 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 29; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 22.

81 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 30; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 23.



tüketilmesi ilkesi bakımından yeterli görülmektedir. Burada Anayasa Mahkemesince şikâyete konu somut olayda ilgilinin hakkının etkilenip etkilenmediğinden hareket edilmekte ve bu müessese neticesinde verilen kararlar bireysel başvuruda ele alınarak incelenebilmektedir.

Bir başvuruda, alacaklının başlattığı icra takibinde borçlunun şikâyeti üzerine mahkeme tarafından, kişinin henüz takip yapabilme hakkının doğmadığı gerekçe gösterilmek suretiyle icra emrinin iptali yönünde karar verilmiştir. Söz konusu karar ile esas itibariyle bir miktar para ödenmesini konu edinen ilamın ne şekilde icra edileceği belirlenmiş ve burada ilama konu alacağın tahsili usûlüne yönelik uyuşmazlık çözümlenmiştir. Bunun yanında yargılama neticesinde, borçlunun lehine hükmedilmiş vekâlet ücreti ile borçlunun gerçekleştirmiş olduğu yargılama giderlerinin başvurucudan tahsiline ilişkin karar verilmiştir. Burada Anayasa Mahkemesince bu müessese içerisinde başvurucunun birtakım malî yükümlülüklerle katlanmak mecburiyetinde bırakılmasından hareket edilmiştir⁸². Netice itibariyle başvurucunun medenî hakları, şikâyet neticesinde verilmiş karar dolayısıyla etkilenmiş⁸³ ve başvuruya konu vakıanın bireysel başvurunun kapsamı içerisinde değerlendirilmesi neticesine gerekçe oluşturmuştur.

Bir diğer başvuruda da benzer şekilde; ihlâl iddiasına konu kılınan mahkeme kararıyla başvurucu aleyhine vekâlet ücretiyle yargılama giderine hükmedilmesi, kişinin, mal varlığı haklarını doğrudan etkileyen birtakım malî yükümlülüklerle katlanmak mecburiyetine sebebiyet vermiş ve kişinin medenî haklarının şikâyet neticesinde verilmiş bir karar dolayısıyla etkilendiğinden bahisle; şikâyet sürecinde gerçekleşen adil yargılanma hakkı ve unsurlarına ilişkin ihlâl iddiaları bireysel başvuruda esas bakımından incelemeye alınmıştır⁸⁴.

B. Bireysel Başvuruda Bulunma Bağlamında Şikâyet Müessesinde Kişinin Hukukî Dinlenilme Hakkı

Kişinin, şikâyet yargılaması sürecinde adil bir biçimde yargılanıp yargılanmadığı, Anayasa Mahkemesi için temel kıstası oluşturmaktadır. Bu çerçevede şikâyet müessesinde hukukî dinlenilme hakkının kapsamı ve sınırları da bireysel başvuru kararlarına yansımaktadır.

82 Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016, § 31.

83 Benzer yönde değerlendirmeler için bkz. Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 33.

84 İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 26; Benzer değerlendirmeler için ayrıca bkz. Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016, § 27. Diğer bir başvuru için ayrıca bkz. Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016, § 32.



Hukukî dinlenilme hakkı, kişinin yargılamaya ilişkin bilgi sahibi olabilmesini, açıklama yapabilmesini ve ispat hakkını kullanabilmesini, mahkemenin de bunları dikkate almak suretiyle kararını gerekçelendirmesini öngörerek bireylerin haklarını güvence altına almaktadır (HMK md. 27).

Bu bağlamda kişinin hukukî durumunu etkileyebilecek bir konuya ilişkin olarak bilgilendirilmesi, bu konu hakkında açıklama ve ispat hakkına sahip olması, açıklamalarının ve ispat faaliyetinin mahkeme tarafından göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu koşullar gerçekleşirse hukukî dinlenilme hakkı yerine getirilmiş olur⁸⁵. Dava ile başlayan usûlî sürecin süjeleri, davacı ve davalı yani taraflardır. Bunun yanında yargılamayı yürütecek ve nihaî kararı verecek olan hâkim de usûlî sürece dâhildir. Hakkın süjeleri, usûlî ilişkinin de süjeleridir ve o kişilerin, haklarında açılmış olan davadan haberdar edilmeleri hukukî dinlenilme hakkının bir gereğidir. Bu noktada dava dilekçesinin davalıya tebliği büyük önem arz etmektedir.

Mahkemeler, davalıya savunma hakkı tanımadan esasa ilişkin değerlendirme yapamaz. Bu bağlamda hukukî dinlenilme hakkına sahip olunmasının usûl hukukuna ilişkin en önemli neticesi; dilekçelerin karşı tarafa tebliğinin mecburî olduğu olgusudur⁸⁶.

Taraflara hukukî dinlenilme hakkının veriliş verilişmediği, onların iddialarını, delillerini gereği gibi mahkemede dile getirebilmiş olup olmadıkları gerekçeye yansır ve esas itibarıyla de bu husus hem davada hem de şikâyet müessesesinde gerekçeden anlaşılır.

Hukukî dinlenilme hakkı bireysel başvuru uygulamasına, silahların eşitliği ilkesi ve çelişmeli yargılama hakkıyla bağlantılı olarak yansımaktadır.

Bir başvuruya konu somut olayda; başvurucu, lehine hükmedilmiş vekâlet ücretinin tahsili için ilamlı icraya başvurmuş, takip borçlusunun, icra emrinin iptali talebi karşısında mahkeme, şikâyet dilekçesini, Anayasa Mahkemesinin tabiriyle, "davalıya" tebliğ etmeksizin dosya üzerinden bir inceleme gerçekleştirerek icra emrinin iptali yönünde

85 ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s. 17.

86 Mehmet Ali Bedir ve Tefvik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016, § 35; Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 50; İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 47; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016, § 47.



karar vermiştir⁸⁷. Mahkeme burada dosya üzerinden değerlendirmeler yaparak icra emrinin iptali hususunda “kesin” bir karar vermiştir. Kişi, gerekçeli kararın kendisine tebliği üzerine “davadan” haberdar olmuştur. Başvurucu esas itibariyle burada şikâyete yönelik beyanlarda bulunabilme ve delil sunabilme hakkından yoksun bırakılmıştır⁸⁸. İlgili olayda Anayasa Mahkemesi; mahkemenin, iddiaları ve icra dosyasını dikkate almak suretiyle sadece “davacının” tezlerini göz önünde bulundurarak karar vermesini, bu bağlamda “davalının”, dilekçenin içeriği ve toplanan delillere ilişkin olarak bilgi sahibi olabilmesi ve bunlara karşı çıkabilmesi yanında delil sunmasına izin vermemesini ihlâl gerekçesi olarak görmüştür. Zira mahkeme burada diğer tarafı yargılamada üstün konuma getirmiş, yargılama fiilen ve gerçekten adaletten yoksun kılınmıştır⁸⁹.

Diğer bir başvuruda, başvuru dilekçenin tebliği meselesini de bireysel başvuruya konu kılmış, Anayasa Mahkemesi kararda esas itibariyle duruşma yapılmamasını değerlendirmekle birlikte ilgili iddiaların bütünü bağlamında herhangi bir ihlâl görmemiştir. İlgili olayda, başvuru, şikâyet yargılamasında “dava” dilekçesi tebliğ edilmeksizin ve savunma hakkı kullandırılmaksızın, duruşmasız bir biçimde değerlendirmelerin yapıldığını, duruşma yapılmasına ilişkin talebinin temyiz safhasında da dikkate alınmadığını, böylelikle eksik inceleme neticesinde karar verildiğini ileri sürmüş ve adil yargılanma hakkının ihlâl edildiğini dile getirmiştir⁹⁰. Somut olayda duruşma yapılmadan karar verilmiştir. Anayasa Mahkemesi şikâyet konusunun, bir kamu kurumu olan rektörlüğün mallarına ve gelirlerine yönelik haciz işlemi olduğuna, söz konusu kararda kişinin alacağı varlığı ya da geçerliliği hususunun tartışılmadığına, kararlar yalnızca kamu kurumunun mallarına ve gelirlerine konulan hacizlerin kaldırıldığına, bu işlemin başvuru konusunun alacaklarının varlığının üzerinde etki doğurmadığına dikkat çekmiştir⁹¹. Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemenin kanunun sağladığı takdir yetkisi uyarınca duruşma açmadan karar verdiğini, söz konusu kararın ilgililerin bilgisi ve kanun yolu denetimine sunulduğunu

87 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 49. Benzer değerlendirmeler içeren diğer bir başvuru için bkz. İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016. Bu konuda ayrıca bkz. Mehmet Ali Bedir ve Tefrik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016; Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016; Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016.

88 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 53.

89 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016, § 54.

90 Roche Diagnostics Turkey A.Ş., B. No: 2014/20036, 8/6/2017, § 25.

91 Roche Diagnostics Turkey A.Ş., B. No: 2014/20036, 8/6/2017, § 28.



ve böylece taraflara itiraz edebilme ve bu konudaki taleplerini dile getirebilme imkânının sağlandığını ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca ilgili başvuruda, bireysel başvuru bağlamında somutlaştırma yükü üzerinde de durmuş yerel mahkemede ve temyiz incelemesi esnasında duruşma açılmak suretiyle incelemenin gerçekleştirilmesi hâlinde, kişinin temyiz ve karar düzeltme dilekçelerinde ileri sürdüğü konular haricinde “davanın” neticesine etki edebilecek ne gibi delillerin bulunduğuna ilişkin açıklamalarının yer almadığına vurgu yapmış, netice itibarıyla de somut olayda silahların eşitliği ve çelişmeli yargılama ilkeleri bağlamında bir ihlâlin bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır⁹².

Son olarak değineceğimiz diğer bir başvuruda ise başvuru, icra ve mahkeme dosyalarına ilişkin onaylı örneklerin kendisine vermediğini, dosyada yer alan evraklara ulaşamadığını, cevap dilekçesinin tebliğinin gerçekleşmediğini, bu sebeple yeterli düzeyde savunmasını sunmadığını, duruşma günü de tebliğ olunmadığı için sözlü beyanlarını ve itirazlarını iletmediğini ileri sürmüştür⁹³. Anayasa Mahkemesi, somut olayda kişinin yokluğunda karar verilmesi nedeni ile hukukî dinlenilme hakkının kullandırılmadığı iddialarına ilişkin olarak; mahkemenin, şikâyet dilekçesinde yer alan adrese duruşmanın günü ve saatini içeren davetiyeyi çıkardığı, evrakın tebliğ edilmeksizin iadesi üzerine kanuna ve usûle uygun şekilde aynı celsede karar verdiği tespitlerinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi başvuru, cevap dilekçesine yönelik itirazlarını ayrıntılı şekilde kanun yolu mercine bildirdiğini, ilgili kararda mahkemenin tarafların yazılı beyanlarını ve icra dosyasını göz önünde bulundurarak değerlendirme yaptığını, söz konusu belge ve beyanlara istinaden hakkaniyet çerçevesinde karar verme olanağı bulunduğunu, kişinin duruşmaya katılması hâlinde şikâyet dilekçesinden farklı olarak ne gibi iddiaları dile getireceğini ortaya koyamadığını, bu çerçevede duruşmada cevap dilekçesine karşı sözlü beyanda bulunamamasının eşitsiz bir durum meydana getirmediğini ifade etmiştir⁹⁴. Ayrıca başvuru dava dosyası ile masrafları yatırmamış olmasından ötürü icra dosyasının bir örneğinin verilmemesi gerekçesiyle dosyanın içeriğine vakıf olamadığı iddiasında bulunmuş ise de Anayasa Mahkemesi, somut olayda, başvurucuya yargılamanın farklı safhalarında dosyaları inceleyebilme imkânı sağlandığını ve yargılama aşamalarında sunduğu dilekçelerinde dosya içerikleri ile ilgili ayrıntılı beyanda

92 Roche Diagnostics Turkey A.Ş., B. No: 2014/20036, 8/6/2017, § 29.

93 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 61.

94 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 65.



bulduğunu tespit etmiştir⁹⁵. Anayasa Mahkemesi, yerel mahkeme tarafından kişiye “*davalının*” cevap dilekçesinin tebliğ edilmemiş olduğunu tespit etmiş ve fakat kendisinin temyiz safhasında cevap dilekçesi ve içeriğine ilişkin bilgi sahibi olarak temyizde buna ilişkin itirazlarını bildirdiğine işaret etmiş, bu bağlamda yerel mahkemedeki usûle yönelik eksikliğin temyiz aşamasında giderildiğini ve burada bütün temyiz itirazlarının değerlendirilmek suretiyle hükmün onadığını vurgulamıştır⁹⁶. Netice itibariyle başvuru mahkeme ve icra dosyasının içeriğini öğrenememiş olması sebebiyle mahkeme huzurunda dile getiremediği ve sonuca etki edebilecek nitelikte hangi türde iddiaları ileri süreceği konusunda açıklamada bulunmadığına⁹⁷ işaret eden Anayasa Mahkemesi, söz konusu süreçlerin bütününde kişinin usûle ilişkin bir imkândan mahrum bırakılmadığı ve somut olayda ihlâlin bulunmadığı kanaatine ulaşmıştır⁹⁸.

Değindiğimiz benzer iddialar karşısında verilen kararlar arasındaki temel farklılık, hukukî dinlenilme hakkının ihlâline yönelik unsurlarla birlikte ilgili kararın ilk derecede kesinleşip kesinleşmediğidir. İcra mahkemesinin verdiği kararların kesin olması, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin eksikliklerin üst derece mahkemesince giderilmesi imkânının bulunmadığı anlamını taşır. Anayasa Mahkemesi yargılama sürecini bir bütün olarak incelemekte, kişinin yargılamanın herhangi bir aşamasında hukukî dinlenilme hakkına sahip olup olmadığını başvuruların değerlendirilmesinde ölçüt olarak dikkate almaktadır. Başvurucunun yargılama sürecinin bütününde ilgili dilekçeler, evraklar hakkında bilgi sahibi olup olamaması, bu noktada önem taşımaktadır. Şayet kişi istinaf sürecinde ve hatta temyiz aşamasında eksikliği dile getirebiliyorsa ve bunun giderilmesini kanun yolu aşamasında talep edebiliyorsa; Anayasa Mahkemesi, hukukî dinlenilme hakkının unsurlarını teşkil eden bilgilenme ve açıklama hakkının gereğinin yerine getirildiğini kabul etmektedir. Anayasa Mahkemesi, bir süper temyiz mahkemesi değildir; kanun yolu incelemesi de yapmamaktadır. Gerekçeli karar hakkına riayet edildiği müddetçe üst derece mahkemelerinin bu konudaki değerlendirmelerine ve takdirine müdahalede bulunmamaktadır. Kişi itirazlarını üst derecede dile getirebilmiş ve söz konusu usûlî eksiklikler burada giderilmişse Anayasa Mahkemesi için bu yeterlidir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru için somutlaştırma yüküne de

95 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 69.

96 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 70.

97 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 71.

98 Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016, § 72.



büyük önem vermektedir. Başvurucuların, önceki aşamada kendilerine imkân tanınsa idi sürece ne şekilde etki edebileceklerini ve yargılamanın seyrini ne yönde değiştirebileceklerini de ortaya koymaları gerekir.

Kanun yoluna başvuru noktasında miktar açısından kesinlik sınırının altında kalan ve verildiği anda kesin olan kararlar bakımından ise hukukî dinlenilme hakkının bir sonraki aşamada sağlanabilmesi mümkün olmadığından, sonuçtan bağımsız olarak, bireyler itirazlarını bir üst mahkemeye sunamadıklarından ve yargılama sürecinin herhangi bir aşamasında bilgilendirme ve açıklamada bulunma imkânından yoksun kaldıklarından, şikâyet müessesesinde de Anayasa Mahkemesi ihlâl kararları verebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, hukukî dinlenilme hakkının kullanımı noktasında yargılama sürecini bir bütün olarak görmekte, bu noktada hem ilk derece mahkemesinin hem de kanun yolu incelemesini gerçekleştiren üst derece mahkemelerinin gerekçelerine büyük önem atfetmektedir. Netice itibarıyla ifade edilebilir ki benzer iddialar ve vakıalar karşısında söz konusu kararlar arasındaki temel farklılık, kararın kesinliği ve üst derecede, gerekçeli olmak kaydıyla, sonuçtan bağımsız olarak iddiaların dile getirilebilmesidir.

C. Bireysel Başvuru Neticesinde Şikâyet Müessesesi Özelinde Verilebilecek Kararlar

1. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi, mahkeme kararından kaynaklı ihlâl iddiasına ilişkin olarak gerçekleştireceği esas inceleme neticesinde, ihlâlin ve bu ihlâlden kaynaklı sonuçların ortadan kaldırılması için yeniden yargılamanın gerçekleştirilmesi gerekçesiyle dosyayı ilgili mahkemeye gönderebilir. Yeniden yargılama noktasında hukukî yararın olmadığı hâllerde ise başvuranın lehine tazminata karar verebilir ya da kararında genel mahkemelerde davanın açılması yolunu gösterilebilir. Şayet yeniden yargılamaya karar verilmişse bunun gereğini yerine getirecek olan mahkeme, Anayasa Mahkemesinin ilgili kararında açıklamış olduğu ihlâlin ve neticelerinin ortadan kaldırılmasını sağlayacak şekilde ve mümkünse dosya üzerinden yeni bir karar verir (6216 Sayılı Kanun md. 50/2). Dosyanın gönderildiği mahkeme Anayasa Mahkemesinin kararı ile bağlıdır, bu bağlamda önceki kararını kaldırarak yeniden yargılama yapmak ve aynı zamanda ihlâl edilen temel hak ve özgürlüğü Anayasa Mahkemesinin işaret ettiği şekilde yorumlamak zorundadır⁹⁹.

99 ERMENEK, s. 41.



Anayasa Mahkemesinin şikâyete ilişkin başvurularda yeniden yargılamaya karar verebildiği¹⁰⁰ görülmektedir. Bunun yanında şikâyet neticesinde ihlâl kararı verilen bazı dosyalarda Anayasa Mahkemesi, somut olaylar özelinde artık yeniden yargılama mümkün görülmediğinden, ihlâlî tespit etmekle birlikte bilgi edinmeleri amacıyla dosyayı ilgili yerel mahkemeye de gönderebilmektedir. Örneğin bir başvuruda, ihlâl sebebiyet veren mahkeme kararlarından sonra başvuru sahiplerinin yeni icra takipleri başlatmalarının yeniden yargılama yapılmasındaki hukukî yararı ortadan kaldırdığına, tespit edilen ihlâlî yönelim olarak bilgi edinilmesi amacıyla kararın ilgili mahkemeye gönderilmesi uygun görülmüştür¹⁰¹. Söz konusu dosyada Anayasa Mahkemesinin ihlâlî tespiti ile yetindiği görülmektedir.

Diğer bir başvuruda da şikâyet incelemesine ilişkin olarak ihlâlî karar verilmiş; ancak başvuruya konu mahkeme kararına esas teşkil eden icra dosyasının borcun ödenmesi yoluyla işlemden kaldırıldığı tespit edilerek yeniden yargılama yoluyla mahkemenin dosyayı ele almasında hukukî yarar görülmemiş ve bilgi edinmesi açısından dosya ilgili mahkemeye gönderilmiştir¹⁰².

2. Yeniden Yargılama Kararı

Olağanüstü kanun yolu olarak yargılamanın yenilenmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinde tahdidî şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu maddede Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru neticesinde yeniden yargılamaya karar vermesi sayılmamıştır. Öğretide, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme altına alınan yargılamanın yenilenmesi müessesesi ile 6216 sayılı Kanun çerçevesinde Anayasa Mahkemesince yeniden yargılamaya karar verilmesi arasında farklılıklar¹⁰³ olduğu ileri sürülmekle birlikte, 6216 Sayılı Kanun'un düzenlenmesinin sadece yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin görüşler¹⁰⁴ de yer almaktadır.

100 Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016; Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016; Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016.

101 Mehmet Ali Bedir ve Tefvik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016, § 44.

102 İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016, § 56.

103 KANADOĞLU, Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, İstanbul 2015, s. 241; ŞAHBAZ, İbrahim, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Ankara, Nisan 2011, (ss. 71-128), s. 114; ÇELİK, Yeşim, **Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması**, Ankara 2016, s. 211.

104 KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul 2019, s. 554, 559, 567; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medenî Usûl**



Kanaatimizce, bir davaya ilişkin olarak her iki düzenleme çerçevesinde de ilk derece mahkemesinde gerçekleştirilecek yargılama neticesinde maddî anlamda kesin hükmün ortadan kaldırılması gündeme gelir.

İcra mahkemesinin kararları, istihkak davasına ve ihalenin feshinin reddine ilişkin olanlar hariç olmak üzere, maddî anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun olup salt o takibe yönelik bir etkiyi haizdir¹⁰⁵. Bu bağlamda icra mahkemesinin şikâyetin reddi veya kabulüne yönelik kararları da maddî anlamda kesin hüküm etkisini haiz olmayıp yalnızca o takip bakımından kesin hüküm oluşturmaktadır¹⁰⁶. Yargıtay uygulamasında da öğretime benzer şekilde icra mahkemesinin istihkak ve ihalenin feshinin reddi kararları istisna olmak üzere kararlarının kural olarak maddî anlamda kesin hüküm oluşturmadığı ve dolayısıyla da bu mahkemece verilen kararlara karşı olağanüstü kanun yolu olan ve maddî anlamda kesinliği ortadan kaldırmaya hizmet eden yargılamanın yenilenmesine başvurulamayacağı ifade edilmektedir. Yargıtay, haklı olarak, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 375. maddesinde öngörülen yargılamanın yenilenmesi yoluna ancak bu kanunun 303. maddesi anlamında kesin hüküm niteliğindeki kararlar bağlamında başvurulabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁷. Örneğin, İcra Mahkemesi'nin kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takipte şikâyete ilişkin olarak verdiği bir karar hakkında yargılamanın yenilenmesinin talep edilmesi üzerine Yargıtay bu karar bakımından yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurunun mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır¹⁰⁸.

Anayasa Mahkemesi ise şikâyet müessesesi çerçevesinde gerçekleştirilen başvuruları adil yargılanma hakkı bakımından ele almakta ve netice itibarıyla ihlâl ve yeniden yargılamaya karar verebilmektedir¹⁰⁹.

Hukuku, B. 2, Ankara 2016, s. 753; ERMENEK, s. 18-19; KORKMAZ, Ramazan, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, B. 1, İstanbul 2014, s. 199.

105 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 49.

106 KURU, s. 71.

107 Bu yönde değerlendirmeler için bkz. Yar. 12. HD., E. 2014/25367 K. 2014/31694 T. 25.12.2014; Yar. 12. HD., E. 2014/14402 K. 2014/16794 T. 10.06.2014; Yar. 12. HD., E. 2019/12690 K. 2019/16729 T. 19.11.2019; Yar. 12. HD., E. 2013/31207 K. 2013/38723 T. 5.12.2013.

108 Yar. 12. HD., E. 2014/14402 K. 2014/16794 T. 10.06.2014. Benzer yönde ayrıca bkz. Yar. 12. HD., E. 2014/25367 K. 2014/31694 T. 25.12.2014.

109 Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016; Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016; Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016.



Bu konuda, kararın bir örneğinin yeniden yargılamanın gerçekleştirilmesini sağlamak üzere Ankara 8. İcra Mahkemesi'ne¹¹⁰, Antalya 1. İcra Mahkemesi'ne¹¹¹, Diyarbakır İcra (kapatılan 2. İcra Mahkemesi) Mahkemesi'ne gönderilmesi¹¹² ile sonuçlanan başvurular önem arz etmektedir.

Konumuz bakımından özellik arz eden husus, bu iki müessesenin farklılığına ilişkin tartışmalardan¹¹³ ziyade Anayasa Mahkemesinin şikâyeti, bireysel başvuru sürecinde tıpkı bir dava gibi ele alarak incelemesinden kaynaklanmaktadır. Anayasa Mahkemesi özellikle verildiği anda kesin olan kararlar bakımından hukukî dinlenilme hakkı ile bağlantılı hususlarda ihlâl karar vermektedir. Anayasa Mahkemesi, şikâyet yargılamasına ilişkin başvuruları incelerken şikâyetin ilgililerin hakları üzerinde etki doğurduğundan bahisle söz konusu müesseseyi medenî hak ve yükümlülüklerle ilgili bir uyuşmazlık niteliğinde görmekte, maddî anlamda kesinliği bu bağlamda değerlendirme dışı tutmakta, ilgili karara karşı olağan kanun yollarının tüketilmesini veya verildiği anda kesin ise başka başvuru imkânının bulunmamasını yeterli saymaktadır. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, şikâyete ilişkin verdiği kararlarında "dava", "davacı", "davalı" gibi kavramları kullanmakta ve şikâyet müessesesinin hukukî niteliğine ilişkin ayrıntılı tartışmalara girmeksizin söz konusu müesseseye, 1965 yılında somut norm denetiminde olduğu gibi bireysel başvuruya yönelik kararlarında da doğrudan bir dava gibi yaklaşmaktadır.

SONUÇ

Bireyler Anayasa ile AİHS ve ek protokollerin ortak koruma alanının kapsamında kalan temel hak ve özgürlüklerinin ihlâl edilmiş olduğu iddiasında bulunarak bireysel başvuru yapabilir. Adil yargılanma hakkı özelinde hukukî dinlenilme hakkı, gerekçeli karar hakkı, silahların eşitliği ilkesi, aleniyet ilkesi gibi yargısal temel haklar da bu korumadan yararlanmaktadır.

Medenî yargı alanında söz konusu haklara ilişkin başvuruların ekseriyeti bir dava neticesinde, olağan kanun yollarının tüketilmesi

110 Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016.

111 Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016.

112 Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016

113 Söz konusu tartışmalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNDOĞDU, Süleyman Burak, **Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi**, İstanbul 2021, s. 112-130.

üzerine gerçekleşmektedir. İlgili başvurulara temel teşkil eden kararlar, niteliği itibariyle de maddî anlamda kesin hüküm oluşturan kararlardır. Hukukî niteliği tartışmalı olan şikâyet müessesesi, değinildiği üzere, bir dava olarak kabul edilemez. Buna rağmen Anayasa Mahkemesinin müesseseye yaklaşımı tıpkı bir dava gibidir. Bunun gerekçesi de şikâyetin, netice itibariyle bir yargılama faaliyeti olması, somut olayda ilgilinin hakkının etkilenebilmesi, şikâyet yargılaması neticesinde adil yargılanma hakkının ihlâl edilme potansiyeli olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda, AİHS kapsamında medenî hak ve yükümlülüklerle ilişkin uyuşmazlıklar bağlamında şikâyet üzerine verilen kararları inceleme noktasında kendini yetkili görmektedir. Bu çerçevede verdiği kararlarında, şikâyet müessesesinin hukukî niteliği üzerinde durmaksızın, söz konusu süreçte “davacı”, “davalı” gibi kavramların niçin kullanıldığını ilgililerin haklarının etkilenebilmesi üzerinden açıklamaktadır. Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruda şikâyet müessesesini örneğin, silahların eşitliği, hukukî dinlenilme hakkı bakımından ayrıntılı biçimde incelemektedir.

Şikâyet üzerine icra mahkemelerince verilecek kararların neticesini, bu kararların kişilerin haklarını ne ölçüde etkilediğini, esas incelemesi öncesinde kabul edilebilirlik aşamasında gerçekleştirdiği inceleme esnasında ortaya koymakta ve şikâyetin neticelerinin yarattığı etkiye vurgu yapmaktadır. Çalışmamızda üzerinde durmaya çalıştığımız diğer bir husus ise bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesinin yeniden yargılama yapılmasına ilişkin verdiği kararlardır. Hukukî niteliği itibariyle olağanüstü bir kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine, şikâyet üzerine verilen kararlar bakımından başvurabilmek mümkün değildir. Yargıtay uygulaması da bu şekildedir. Zira söz konusu kararlar maddî anlamda kesin hüküm oluşturmamaktadır. Öğretide çoğunluk görüşü 6216 sayılı Kanun’da kabul edilen yeniden yargılama yetkisinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu anlamında yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak kabulü yönündedir. Bununla birlikte şikâyetle söz konusu müesseseye başvuru imkânı mümkün değilken bireysel başvuru üzerine şikâyetle de yeniden yargılama yapılması gündeme gelebilmektedir. Anayasa Mahkemesinin değerlendirmelerinin temel hakların korunması bakımından bir zorunluluk olduğu görülmele birlikte medenî usûl ve icra iflâs hukukuna ilişkin temel müesseseler bağlamında, hukuk tekniği açısından, söz konusu yaklaşımın doğru olduğunu söyleyebilmek pek mümkün değildir.



KAYNAKLAR

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema, **Medenî Usûl Hukuku**, B. 2, Ankara 2016

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, B. 3, Ankara 2020 (İcra ve İflâs Hukuku)

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, B. 3, Ankara 2020 (Medenî Usûl Hukuku)

ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Güncellenmiş B. 14, Ankara 2021

BENDER, Michael, **Die Befugnis des Bundesverfassungsgerichts zur Prüfung gerichtlicher Entscheidungen**, Heidelberg 1991

ÇELİK, Yeşim, **Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması**, Ankara 2016

ÇELİKYAY, Hakan Sabri, **Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarının "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Ölçütü Açısından Değerlendirilmesi**, İÜHF C. LXXIII, S. 1, s. 21-62, 2015

DÖNER, Ayhan/ÇELİK, Yeşim, **Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuruyu İnceleme Aşamaları, Ortaya Çıkan Sorunlar ve Sonuçları**, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, (ERZSOSDE) IX-I: 275-294 [2016]

DÜWEL, Martin, **Kontrollbefugnisse des Bundesverfassungsgerichts bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen**, 1. Auflage, 2000

ERMENEK, İbrahim, **Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar**, MİHDER, C. 9, S. 26, 2013/13

FRÖHLINGER, Margot, **Die Erledigung der Verfassungsbeschwerde, zugleich ein Beitrag zum Verhältnis des Verfassungsprozessrechts zum sonstigen Prozessrecht**, 1982

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Güncellenmiş B. 26, Ankara 2021

GÖZTEPE, Ece, **Anayasa Şikayeti**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No: 530, AÜHF Döner Sermaye Yayınları No: 45, Ankara 1998

GÜNDOĞDU, Süleyman Burak, **Medenî Yargıda Usûl Kurallarına Aykırılığın Anayasa Mahkemesi'nce Bireysel Başvuru Yoluyla Denetlenmesi**, İstanbul 2021



KANADOĞLU, Korkut, **Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, İstanbul 2015

KLEİNE-COSACK Michael, **Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerde, 2. neu bearbeitete Auflage**, 2007

KORKMAZ, Ramazan, **Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru**, B. 1, İstanbul 2014

KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku**, İstanbul, 2016

KURU, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usûl Hukuku**, İstanbul 2019

ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003

PEKCANITEZ, Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, B. 15, İstanbul 2017

PEKCANITEZ, Hakan,/SİMİL, Cemil, **İcra – İflâs Hukukunda Şikâyet**, B. 2, İstanbul 2017

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES Muhammet, **İcra İflâs Hukuku**, B. 4, İstanbul 2017

SCHLAÏCH, Klaus/KORIÖTH, Stefan, **Das Bundesverfassungsgericht, Stellung, Verhafren, Entscheidungen**, 11. neu bearbeitete Auflage, 2018

ŞAHBAZ, İbrahim, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Sorunlar, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar)**, Ankara, Nisan 2011, (ss. 71-128)

ŞİRİN, Tolga, **Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa Şikâyeti Kararlarının Usûlî Açidan Değerlendirilmesi**, Anayasa Hukuku Dergisi, C. 3, S. 5, İstanbul 2014

TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, Ankara 2020

UMAR, Bilge, **Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı Üzerine Gözlemler (15. Basım)**, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004

Anayasa Mahkemesi Kararları

Bireysel Başvuru

Mehmet Ali Bedir ve Tevfik Günay, B. No: 2013/4073, 21/1/2016

Medeni Alpkaya, B. No: 2013/3078, 21/1/2016



Roche Diagnostics Turkey A.Ş., B. No: 2014/20036, 8/6/2017

İbrahim Demirayak, B. No: 2013/4075, 10/3/2016

Fahri Aşkın, B. No: 2014/19289, 27/10/2016

Mehmet Derviş, B. No: 2014/14955, 17/5/2016

Elif Şekerleme ve Gıda San Tic Ltd. Şti., B. No: 2013/9085, 14/4/2016

Norm Denetimi

AYM. E. 1965/25 K. 1965/57 T. 26.10.1965



KAMUYA AİT TAŞINMAZ MALLARIN ETKİN KULLANILMA USULÜ OLARAK İDARELER ARASI MAL DEVRİ VE YARGI KARARLARINDAKİ GÖRÜNÜMÜ

*(Transfer of Public Goods between Administrations as an Effective Use of Public
Immovable Goods and Its Reflection in Judicial Decisions)*

Dr. Öğr. Üyesi Necip Taha GÜR¹

ÖZ

Bu çalışmada idareler arası mal devri, kamu mallarının etkin kullanılmasının bir usulü olarak, mal sahibi idarenin iradesinin devre etkisi yönüyle ele alınmıştır. Kamu mallarının etkin kullanılması şeklindeki üst başlıktan hareketle ve Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi merkeze yerleştirilmek suretiyle, farklı mevzuattaki mal devri hükümleri inceleme altına alınmıştır. Mevzuat ve yargı kararları çerçevesinde mal devri usulünün, taraf iradelerinin uyumu ve taraf iradelerinde uyum olmamasına göre uygulanan ve mevzuata bağlı farklılaşan rejimi değerlendirilmiştir. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine 2016 yılında eklenen hükümlerle birlikte artık resen bir mal devri usulü de söz konusu olduğundan, bu usulün temel esasları, diğer mal devri usullerinden farklılaşan noktaları ve amacı gibi hususlar açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kamulaştırma, Mal Devri, Kamu Tüzel Kişiliği, Etkinlik, Baskın Kamu Yararı

ABSTRACT

In this study, the transfer of property between administrations, as a method of effective use of public property, is discussed in terms of the transfer effect of the owner administration's will. Based on the heading of effective use of public goods and by placing Article 30 of the Expropriation Law at the center, property transfer provisions in different legislation have been examined. Within the framework of the legislation and judicial decisions, the procedure for the transfer of property, the

1 Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. E-posta: necip.gur@yalova.edu.tr, ORCID:0000-0001-6813-6180.

harmony of the will of the parties, and the differentiated regime applied according to the dispute in the will of the parties and the differentiated regime depending on the legislation were evaluated. With the provision added to Article 30 of the Expropriation Law in 2016, there is now an ex officio property transfer procedure, the basic principles of this procedure, the points that differ from other property transfer procedures and its purpose are explained.

Keywords: Expropriation, Transfer of Public Goods, Public Legal Entity, Efficiency, Overriding Public Interest

GİRİŞ

İdareler kanunen yapmakla yükümlü oldukları faaliyetleri için özel hukuk kişilerine ait taşınmazları kamulaştırabileceği gibi, başka idarelere ait malları devir yoluyla da edinebilir. Kamunun envanterinde bulunan bir mala başka bir idarenin ihtiyaç duyması üzerine bunun kamuya ait birimler arasında çözümlenmesi hem zaman hem de maliyet bakımından etkin bir yoldur. Diğer taraftan idareler arası mal devri usulü, kamu mallarının² kamulaştırılmayacağına dair ilkenin mevzuattaki görünümüdür. Dolayısıyla yaptığımız çalışma mevzuat temelinden yola çıkarak meseleyi tahlil edip, bu konuda verilen içtihatları değerlendirmeye çerçevesiyle değerlendirilmiştir.

Bu incelemede özellikle şu sorulara cevap aranmıştır:

- ✓ Mal devrinin taraflarının tabi olduğu hukuki rejim nedir?
- ✓ Yalnızca kamu tüzel kişiliğine sahip olmak mal devrine taraf olmak bakımından yeterli midir?
- ✓ Kamulaştırmaya yetkili olma ile mal devrine yetkili olma arasında bir uyum var mıdır?
- ✓ İdareler arası mal devri bir kamulaştırma mıdır?
- ✓ Devre konu olacak malın hukuki niteliği nedir?
- ✓ Devir talebinin muhataba iletilmesinin belli bir usulü var mıdır?
- ✓ Devir talebinde bulunma aşamasında bedelin rolü nedir?
- ✓ Devralan ve mal sahibi idare arasında gerçekleşen anlaşmaya bağlanan hukuki sonuç nedir?

² Kamu tüzel kişilerinin kamu hukukuna tabi malları için kullanılmıştır.



- ✓ İdareler arasında çıkan anlaşmazlığın çözümünde uygulanan denetimin niteliği nasıl açıklanabilir?
- ✓ Danıştay'ın anlaşmazlığı çözmedeki rolü ve verdiği kararın niteliği nedir?
- ✓ Tarafların iradesine bakılmaksızın, resen bir mal devri gerçekleştirilebilir mi?

Bu soruların cevaplanması amacıyla kamu mallarının etkin kullanılmasını sağlamak yönüyle, mal devrinin gerekliliğinden yola çıkılmıştır. Mal devrinin gerçekleşmesinde taraf iradelerinin uyumu neticesinde, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi hükmüne göre mal sahibi idarenin devre muvafakat etmesinin yanında özellikle 5018 sayılı Kanun kapsamında anlaşmaya dayalı mal devrinin benzer ve farklı yönleri değerlendirilmiştir. Taraf iradelerinde uyum olmaması durumu ise Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi çerçevesinde Danıştay'ın devreye girdiği mal devri süreci olarak incelenmiştir. Çalışmanın son başlığı ise Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine 2016 yılında eklenen ve mal devrinde taraf iradesine bakılmaksızın gerçekleşen resen mal devrinin, diğer mal devri usullerinden farklılık arz eden durumu incelenmiştir.

I. KAMU MALLARININ ETKİN KULLANILMASI GEREKLİLİĞİ VE MAL DEVRİ USULÜ

Kamu kaynaklarının uygun şartlarda ve rasyonel şekilde kullanıldığı durumlarda, toplum için en iyi sonucun gerçekleştiği kabul edilmekte ve bu "idari etkinlik" (*administrative efficiency*) olarak adlandırılmaktadır³. Kamunun ihtiyacı olan malın yine kamunun envanterinden karşılanması da kamuya ait malın etkin kullanılmasının bir usulüdür. Böylece özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkı korunacak ve kamu mülkiyetinden faydalanmak suretiyle idarenin faaliyetleri de yürütülmüş olacaktır. Bu düşünceyi Kamulaştırma Kanunu'nun 22. maddesinde düzenlenen "Vazgeçme, iade, devir" başlıklı hükümde de bulabilmek mümkündür. Diğer taraftan "... kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde" kamulaştırmadan vazgeçmeye dair hükümlerin uygulanmayarak, daha önce kamulaştırılan bir malın eski sahibine iadesi yerine, ihtiyacı olan

3 MINDA Gary, "The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law", *Ohio State Law Journal*, Vol: 39, No: 3, 1978, p. 455-457.



başka bir idareye devrinin öngörülmesi, özel hukuk kişilerinin mülkiyet hakkına sınırlandırma getiren kamulaştırmanın en azından o taşınmaz için bir daha uygulanmamasını ve böylece bir kere kamuya (devlete) ait olan malın yine devlet teşkilatı içerisinde yer değişimini sağlamayı amaç edinmektedir. Böylece kamu kaynaklarının en etkin şekilde kullanılmasına hizmet edilecektir.

II. MAL DEVRİ USULÜNÜN GEREKLİLİĞİ VE MEVZUAT

İdare, özel hukuk kişilerine ait mallara ihtiyaç duyduğu durumda, Anayasa'dan kaynaklı yetki ile kamulaştırma usulüne başvurabilir. Bu durumda kamu gücü, özel hukuk kişisine karşı idarenin faaliyetlerini yerine getirme maksadıyla kullanıldığından meşru sayılabilir. Ancak idarenin ihtiyaç duyduğu mal, kamu mülkiyeti kapsamında bulunduğu takdirde, idarelerin birbirine karşı kamu gücü kullanmak suretiyle mal edinmesinin kabulü, kamu gücünün ziyaı anlamına gelebilir⁴. Bu durum ise idarenin mal edinme usullerinden en temeli olan kamulaştırmanın, başka bir idareye karşı kullanılmaması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Bu durum sebebiyle, idareler arası taşınmazların devri farklı kanuni düzenlemelere konu olmuştur. Bir idareye ait taşınmazın başka bir idare tarafından kamulaştırılmasını yokluk gibi ağır bir müeyyideye tabi tutan yargı kararlarının⁵ da bu düşünceden hasıl olduğu ifade edilebilir.

Bir idareye ait malın başka bir idarece kamulaştırılmamasının veyahut idarelerin mal edinme amaçlı birbirlerine kamu gücü kullanamamalarının mevzuattaki temeline baktığımızda ise, Anayasa'nın kamulaştırma başlıklı 46. maddesi incelenmelidir. Zira açıkça özel mülkiyetteki malların kamulaştırılması konusunda kamu tüzel kişilerine yetki verilmesi, idareler arası kamulaştırmanın yoklukla malul olacağını kanıtı olarak gösterilebilir. Yine Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi, kamu mallarının kamulaştırılmayacağını açıkça düzenlemiştir.

İdarelerin birbirinin mallarını kamulaştırma yoluyla edinmesi, kamu hizmetinin sürekliliğini etkileyebileceğinden, ayrı bir mal devri

4 "Zor kullanılması Devlete tanınmış bir yetki olduğundan bunu Devletin kendisine karşı kullanması düşünülemez." AYMK, E. 1992/13, K. 1992/50, KT. 21.10.1992, RG, sy. 21623, 30.06.1993.

5 D6D, E. 2001/6417, K. 2002/6314, KT. 23.12.2002, DKD, sy. 1, s. 243-244; D6D, E. 1992/683, K. 1992/4238, KT. 12.11.1992, DD, sy. 87, s. 360-361; D6D, E. 1999/680, K. 2000/504, KT. 03.02.2000, KY; D6D, E. 1987/56, K. 1987/1156, KT. 25.11.1987, DD, sy. 70-71, s. 302.

usulünün getirilmesinin⁶ yanı sıra⁷, çeşitli mevzuatta kamu mallarının özellikle bedelsiz devrini düzenleyen hükümlere rastlanabilmektedir. Kamulaştırma Kanunu'nda öngörülen prosedür dışında, başta 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun ilgili hükümlerine dayanılarak çıkarılan yönetmelikle, mal devrinin farklı şekillerde de olabileceği düzenlenmiştir. 5018 sayılı Kanun'un md. 45/3 hükmüne göre, *"Kamu idareleri, ihtiyaç fazlası taşınırı ile görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması halinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla taşınmazlarını diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredebilir. Devredilmeyecek taşınır ve taşınmazlar ile devir ve kayıt işlemlerine ilişkin usul ve esaslar Çevre ve Şehircilik Bakanlığınca belirlenir."* Kanun maddesi ve yönetmelik hükümleri birlikte incelendiğinde, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi karşısında 5018 sayılı Kanun'un 45. maddesi uyarınca yapılacak bir mal devri, bedelsiz olması, tarafların anlaşması esasına dayanan, taşınmazın hukuki durumu ve diğer şartlarının yönetmelikle belirlendiği ve Kamulaştırma Kanunu'na göre prosedürü daha az bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan 5018 sayılı Kanun'a göre yapılacak devir uygulama olarak özel hükümlerden sonra gelmektedir⁸. Örneğin 442 sayılı Köy Kanunu'nun ek 12. maddesi'nde⁹ özel bir devir usulü öngörüldüğünden 5018 sayılı Kanun'daki bedelsiz devri düzenleyen genel hükme müracaat etmeye gerek bulunmamaktadır. Bu düzenlemeye benzer 7269 sayılı Umumi Hayata Müessir Afetler Dolayısıyla Alınacak Tedbirlerle Yapılacak Yardımlara Dair Kanun'un 31. maddesine göre, doğal afet için yapılan veya yaptırılan binalardan ve edinilen arsa ve arazilerden arta kalanlar ilgili bakanlığın teklifi üzerine Cumhurbaşkanı kararı ile kamu kurum ve kuruluşlarına bedelsiz olarak devredilebilir. Yine 1164 sayılı Arsa Üretimi ve Değerlendirilmesi Hakkında Kanun'un ek 4. maddesine göre, 28.12.1960 tarihli ve 189 sayılı Kanun kapsamında bulunanlar ile herhangi bir kamu hizmetine tahsis edilmiş arazi ve arsalar hariç olmak

6 GÜLAN Aydın "İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 359.

7 İdarenin özel mallarının da devre konu olabileceği düşünüldüğünde, gelir getirme amaçlı olsa dahi kullanılan özel malların kamu hizmetine dolaylı bir etkisi olabildiğinden, mal devri gibi bir usulün, bu mallar bakımından da gerekli olduğu savunulabilir.

8 Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik md. 12/2.

9 "Ancak bu madde kapsamında Hazinesinin mülkiyetinde olup kamu hizmetine tahsis edilmemiş taşınmazların devri Maliye Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle yapılır ve valilikçe köy tüzel kişiliği adına tapuya tescil edilir".



üzere Cumhurbaşkanının onayı ile belirlenen arsa üretim alanlarında bulunan Hazineye ait taşınmazlar ve Hazine adına tescil edilecek taşınmazların mülkiyeti Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'na bedelsiz olarak devredilebilmektedir. Dolayısıyla kamuya ait taşınmazların başka idarelere devrine imkan veren Kamulaştırma Kanunu dışında düzenlemelere rastlanabilmektedir. Bunlardan bedelsiz devre imkan veren 5018 sayılı Kanun ve ilgili yönetmelik genel bir hüküm iken diğer mevzuat özel hüküm niteliğini haizdir.

Tüm bu hukuki düzenlemeler dışında, idarelerin kendi arasında yapacakları bir sözleşme ile mallarının devrini sağlayabilmeleri mümkündür. Diğer taraftan, mal sahibi idarenin dahli olmaksızın resen merkezi idarece mal devrinin gerçekleşebilmesi de mümkündür.

III. TARAF İRADELERİNİN UYUMU HALİNDE MAL DEVRİ

A. Devrin Tarafları, Devretme ve Devralma Yetkisi

Kamulaştırma Kanunu'nun Altıncı Kısımında, "Bedelsiz Kullanma, Giderlerin Ödenmesi ve İdareler Arasında Taşınmaz Mal Devri" başlığı altında 28 ila 30. maddeler düzenlenmiş, 28 ve 29. maddeler birinci bölüm, 30. madde ise ikinci bölümde yer almıştır. İkinci bölümün başlığı "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri" iken, 30. maddenin başlığı "Bir idareye ait taşınmaz malın diğer idareye devri" olarak ifade edilmiştir. Görüldüğü üzere kısım, bölüm ve madde başlıkları arasında bir uyumun varlığından söz edilemez. Nitekim doktrinde bu durumu eleştiren Gülân'a göre, "bu durum mal devrine ilişkin prosedürün taraflarını belirlemek bakımından bir tereddüdü doğurmaktadır"¹⁰. Devrin taraflarının tespitinin bir adım ötesinde, tarafın devir yetkisinin belirlenmesi de farklı bir problem olarak gözükmektedir. Dolayısıyla 30. maddenin taraf olma ve devir yetkisi bakımından irdelenmesi gerekmektedir.

1. Devrin Tarafları

Kısım, bölüm ve madde başlıkları arasındaki uyumsuzluğun varlığına rağmen, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin ilk fıkrasındaki, "*Kamu tüzelkişilerinin ve kurumlarının sahip oldukları taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakları diğer bir kamu tüzelkişisi veya kurumu tarafından kamulaştırılamaz*" hükmünün tahlili, kanun koyucunun esas olarak

10 GÜLAN, "İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler", s. 357.

kamu tüzel kişileri arasında gerçekleşecek bir mal devrine işaret ettiği sonucuna ulaştırmaktadır. Kanun koyucunun idare ve kamu tüzel kişileri arasında tercih yapmasının en önemli hukuki sonucu, aynı tüzel kişilik içerisindeki kurumlar arasında mal devrinin mümkün olup olamayacağıyla ilgilidir. Şöyle ki, sadece idare teriminin kullanılması; kamu tüzel kişiliği olan birim yanında tüzel kişiliği olsun veya olmasın “kamu” niteliği olan bir organizmayı ifade edebileceğinden¹¹, örneğin devlet tüzel kişiliği içerisindeki bakanlıkların birbirleri arasında mal devrinin hukuken mümkün olabileceği sonucuna götürmektedir. Ancak maddenin özellikle birinci fıkra hükmünden anlaşılması gereken, mal devrinin muhataplarının ayrı kamu tüzel kişiliklerine sahip kurumlar olduğudur.

Danıştay’ın bir kararında, Karayolları Genel Müdürlüğü’ne tahsisli Hazine’ye ait bir taşınmaza, Çevre ve Orman Bakanlığı’nun ihtiyaç duymasına ilişkin olarak, malik kamu tüzel kişisine başvurulması gerektiği vurgulanarak, *“ayrı bir tüzel kişiliği olmayan, Devlet tüzel kişiliği içinde yer alan Çevre ve Orman Bakanlığının (...) taşınmazın Bakanlığına tahsisi için Maliye Bakanlığına başvurması gerektiği, bu konuda çıkacak uyuşmazlıkların ise 2942 sayılı Yasanın 30 uncu maddesi kapsamında çözümlenmesinin olanaklı olmadığı açıktır”* şeklinde hüküm verilmiştir¹². Madde metnine bağlı kalındığında, devrin taraflarının ayrı kamu tüzel kişiliğe sahip kuruluşlar olması gerektiği ve dolayısıyla aynı tüzel kişilik içinde yer alan kuruluşların 30. madde kapsamında mal devrine taraf olamayacakları aşikardır. Bu bakımdan ayrı tüzel kişiliği bulunmayan bakanlıklar arasında 30. madde hükmüne göre bir mal devrinin olanaklı olmadığını belirten Danıştay kararı isabetlidir¹³.

Kamu tüzel kişiliğine sahip olan, başka bir ifadeyle 30. madde kapsamında taraf olabilecekleri açık olan kuruluşların, devretme veya devralma yetkilerinin sınırlanıp sınırlanmayacağı ayrıca tartışılmalıdır.

11 GÜLAN, “İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler”, s. 357.

12 D1D, E. 2004/16, K. 2004/25, KT. 09.03.2004, (Karar Yayınlanmamıştır).

13 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu’na dayanılarak çıkarılan “Kamu İdarelerine Ait Taşınmazların Tahsis ve Devri Hakkında Yönetmelik”e göre devir, düzenleyici ve denetleyici kurumlar hariç kamu idarelerinin, görmekle yükümlü olduğu kamu hizmetlerinde kullanılacağına ve amacına uygun kullanılmaması hâlinde geri alınacağına dair tapu kütüğüne şerh konulması kaydıyla, taşınmazların mülkiyetinin diğer kamu idarelerine bedelsiz olarak devredilmesini ifade etmektedir. Buna göre, yönetmelik ekinde belirtilen Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri arasında, örneğin Sağlık Bakanlığı ile Ulaştırma ve AltYapı Bakanlığı arasında mal devri mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi hükümlerine göre mümkün olmayan devir, bu yönetmelikte öngörülen şartlar çerçevesinde gerçekleştirilebilmektedir.



2. Devretme ve Devralma Yetkisi

Devre taraf olmanın ilk koşulu Anayasa ve Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi incelendiğinde, kamu tüzel kişiliğine sahip olmak olarak gözükmektedir. Ancak mal devri usulünün Kamulaştırma Kanunu'nda kamu mallarının kamulaştırılmayacağı düşüncesinden hareketle öngörülen ve sonucu bakımından kamulaştırmayla benzer hukuki statüyü ifade ettiği bir gerçektir. Zira 30. maddenin 5. fıkrasında devredilen malların sahibinden kamulaştırma yoluyla alınmış sayılacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla sırf taraf bakımından başvurulamayan kamulaştırma usulünün statüsüne, mal devri uygulanmak suretiyle ulaşılmaktadır. Yine devre konu malın bedeli kamulaştırma usulüne benzer şekilde belirlenmektedir. Örneğin maddenin 3. ve 4. fıkralarında devre konu malın bedeli "kamulaştırma bedeli" olarak kabul edilmiştir. Kanuni düzenlemenin tahlili neticesinde, devre konu malın bedel bakımından da hukuki statüsünün kamulaştırmayla birleştiği sonucuna ulaşılabilir. Bu ise kamulaştırma yetkisi ile mal devretme veya devralma yetkisinin paralelliği konusunda tartışmayı gerekli kılmaktadır¹⁴.

Sonucu itibarıyla kamulaştırma ile aynı statüyü sağlamayı amaç edinen mal devri usulünü¹⁵ gerçekleştirebilecek idarenin, kamulaştırma yetkisine sahip olması gerektiğini savunabiliriz. Yukarıda belirtildiği üzere, mal devri esasında kamulaştırma sonucuna ulaşmanın "meşru bir yoldur". Kamulaştırma Kanunu'nun vazgeçme ve devir başlıklı 22. maddesinde, kamulaştırmadan vazgeçme sonucu malın özel hukuk kişisine iadesinin istisnası düzenlenirken, "*ancak, kamulaştırılan taşınmaz mala kamulaştırmayı yapan idare dışında başka bir idare, kamulaştırma yoluyla gerçekleştirebileceği bir kamu hizmeti amacıyla istekli olduğu takdirde*" mal devri usulüne gidileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün tahlili ile, idarenin vazgeçtiği bir taşınmazı başka bir idareye 30. madde kapsamında devredebilmesi, o idarenin kamulaştırma yoluyla gerçekleştireceği bir hizmetin varlığına bağlıdır. Hüküm esas manada, bir idarenin vazgeçtiği ancak başka bir idarenin ancak kamulaştırma yoluyla elde edebileceği

14 Esas manada, bizi kamulaştırma yetkisi ile mal devri yetkisi arasında bir bağ aramaya götüren durum, Danıştay kararlarında görülen ve kamu tüzel kişiliği olmasına rağmen kamulaştırma yetkisini haiz olarak görmediği kamu tüzel kişilerinin varlığıdır. Anayasal anlamda bakıldığında, kamu tüzel kişiliğine sahip olmak, kamulaştırmaya da yetkili olmayı ifade etmektedir.

15 Kamulaştırma konusundaki eserlerin bir kısmında, idareler arası mal devri, özel veya istisnai kamulaştırma başlığı altında incelenmektedir. Bkz. BİLGİN, Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999, s. 96; ARTUKMAÇ Sadık, **Kamulaştırma Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977, s. 144.

bir malı, mal devri uygulamak suretiyle mülkiyetine dahil etmeyi amaçlamaktadır. Böylece idare başka bir özel hukuk kişinin taşınmazına müdahale etmeyecek, ilk idarenin kamulaştırması üzerinden ihtiyacını giderecektir. Malın devredileceği idarenin ise, kamulaştırma konusunda yetkili olması şartıyla devralma konusunda yetkili olduğu düzenlenmiştir. Bu hükümden hareketle, kamulaştırma yetkisi ile devralma yetkisinin koşutluk gösterdiğini kabul etmek, dolayısıyla kamulaştırma ile aynı hukuki sonucu sağlayacak usulün tarafının da kamulaştırma yetkisine sahip olmasını aramak gerekir. Ancak malı “devredecek”, yani mal sahibi idarenin kamu tüzel kişiliğine sahip olmasını yeterli görmekteyiz. Zira mal sahibi idare, kamulaştırma usulünün karşı tarafındaki özel hukuk kişinin yerinde sayılabilir ve dolayısıyla kendisine karşı talepte bulunulan taraftır. Nitekim 30. maddenin son fıkrasında “bu suretle devir alınan taşınmazın” sahibinden kamulaştırma yoluyla alınmış sayılacağı belirtilerek devreden idareye, kamulaştırmanın muhatabı özel hukuk kişisine tanınmış olan “geri alma” hakkı verilmiştir.

Danıştay içtihatları da kamulaştırma yetkisi olmayan idarelerin mal devrine yetkili olmadıklarını kabul ederek, yukarıda açıkladığımız sonuca ulaşmıştır. Danıştay’a göre, *“bu hüküm (Kamulaştırma Kanunu 30. md) uyarınca Danıştay’a başvurabilecek olanların aslında kamulaştırma yetkisine sahip bulunan ancak bu yetkilerini, kamulaştırma istediği taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının başka bir kamu tüzel kişisine veya kurumuna ait olması nedeniyle kullanamayan idareler olduklarında kuşku yoktur.”*¹⁶ Kararda dikkat çeken husus, Danıştay’a başvuracak, başka bir ifadeyle taşınmazı “devralacak” idarenin kamulaştırma yetkisine sahip olmasının aranmasıdır. Devreden idarenin bu yetkiye sahip olmasının aranmayacağına dair yukarıdaki görüşümüzü kararla destekleyebiliriz. Başka bir kararında Danıştay, ticaret borsalarına kamulaştırma yetkisi tanıyan 5174 sayılı Kanun’u gerekçe göstererek, *“...mülga 5590 sayılı Kanunda kamulaştırma yetkisi olmayan ticaret borsalarına, 5174 sayılı Kanun ile kamulaştırma yetkisinin verilmesi de, ticaret borsasının 2942 sayılı Kanunun 30’uncu maddesi uygulamasında bir idare olduğu sonucunu doğurmaktadır...”*¹⁷ şeklindeki hüküm ile, kamulaştırmaya yetkili olan idarenin mal devrine de yetkili olduğunu vurgulamıştır. Yine organize sanayi bölgelerinin kamulaştırma yetkileri olmaması konusunda Danıştay, *“... organize sanayi bölgeleri bakımından kamu yararının gerekli kıldığı hallerde kamulaştırma yetkisinin Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından kullanılacağı*

16 D1D, E. 1987/7, K. 1987/31, KT. 30.01.1987, DD, sy. 68-69, s. 161.

17 DİİK, E. 2011/7, K. 2012/1, KT. 16.02.2012, DD, sy. 130, s. 76.



sonucuna ulaşıldığından, gerçek kişiler veya özel hukuk tüzelkişilerinin kamu tüzelkişisine ait bir taşınmazın devrini isteyebilmeleri hukuken mümkün değildir”¹⁸ ifadeleriyle, kamulaştırma yetkisi olmayan söz konusu kuruluşların mal devrinin devralan tarafı olamayacağına hükmetmiştir.

Burada tartışılması gerekli bir mesele de, 2547 sayılı Kanun’un vakıf üniversitelerinin kamulaştırma yoluyla taşınmaz edinmesini yasaklayan Ek 7. maddesidir¹⁹. Kamulaştırma yetkisini haiz olmayan vakıf üniversitesinin “devralan” idare olarak mal devrine taraf olamayacağını söyleyebiliriz. Ancak yukarıda sunduğumuz gerekçeyle, mal sahibi olması durumunda “devreden” idare konumunda kabul edilmelidir. Danıştay da önceki içtihatlarıyla uyumlu şekilde, kamulaştırma yetkisi olmayan vakıf üniversitelerinin mal devrini talep etmesini de hukuken uygun görmemiştir²⁰.

Kamulaştırma yetkisinin devri halinde, yetki devredilen kamu idaresince 30. madde hükmü çerçevesinde mal devri talebinde bulunulabileceği savunulabilir. 5018 sayılı Kanun’un 45. maddesinde geçen “Kamu idareleri, taşınmaz satın alma veya kamulaştırma işlemlerini yetki devri yoluyla bir başka kamu idaresi eliyle yürütebilir” hükmüne göre kamulaştırma yetkisinin devri mümkün olabildiğinden ve 30. madde hükmü ve yargı içtihatları ışığında kamulaştırma yetkisi ile mal devri yetkisinin koşutluk göstermesi sebebiyle, devredilen kamulaştırma yetkisiyle, o kamu idaresinin mal devri talebinde bulunmaya de yetkili olduğu sonucuna ulaşmak gerekir²¹.

18 D1D, E. 2009/1310, K. 2009/1459, KT. 22.10.2009, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2009/1043, K. 2009/1286, KT. 30.09.2009, DD, sy. 123, s. 47; D1D, E. 2004/353, K. 2004/281, KT. 20.10.2004, KY; D1D, E. 2004/44, K. 2004/46, KT. 20.04.2004, KY.

19 Bu şekilde bir düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğu veya vakıf üniversitelerinin kamu tüzel kişiliklerinin zımnen kaldırıldığı ifade edilmektedir. Ancak söz konusu düzenleme tıpkı kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kamu tüzel kişisi olmasına rağmen açıkça kanunda belirtilmediği sürece kamulaştırma yetkilerinin kabul edilmediği şeklindeki Danıştay içtihadının, vakıf üniversiteleri bakımından da gerçekleşebilmesi için bir kanuni zemin oluşturulmuştur. Aksi yöndeki ve bu düzenlemenin Anayasa’ya aykırı olduğunu ifade eden görüş için bkz. Abdullah Uz, “Sehven Mi, Kasten Mi ? : Kanun Koyucu Ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış Ya Da Zımnen Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sy.108, 2013, s. 71-86.

20 D1D, E. 2013/1210, K. 2013/1120, KT. 24.09.2013, DD, sy. 134, s. 182.

21 5018 sayılı Kanun’a göre yapılacak bir devirde, tarafın kamulaştırma yetkisini haiz olması gibi bir şart öngörülmemiştir. İlgili yönetmeliğin 12. maddesinin 5. fıkrası hükmüne göre, “Devir yetkisi taşınmaz maliki kamu idaresine aittir. Hazineye ait taşınmazların devir yetkisi ise özel bir hüküm olmadıkça Bakanlığa aittir”.

B. Devrin Konusu ve Hukuki Durumu

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinde idareler arası mal devrinin konusu, taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkı olarak belirlenmiştir. Uygulanacak usul bakımından da aralarında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. 30. madde hükmü, devrin konusunun tabi olduğu hukuki rejim hakkında ise açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu bakımdan sorulması gereken soru, devrin konusunun idarenin özel malları mı yoksa kamu hukuku rejimine tabi kamu malları mı olduğu hususudur. Kanımca idarenin her iki hukuki rejime tabi malları da devre konu olabilir. İdarenin özel malı herhangi bir kamu hizmetine tahsis edilmediği için anlaşmazlık çıkması durumunda dahi Danıştay'ın değerlendirmesiyle devredilebilecektir. Yine devrin konusu mal bir hizmete tahsis edilmiş kamu malı ise, anlaşmazlık çıkması muhtemeldir ki Danıştay değerlendirmesiyle çözüme ulaşılacaktır. 30. madde hükmünde de "taşınmaz mala, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyacı olan idare"den bahsedilerek, ihtiyaç duyulan malın niteliği gösterilmemiş, her halde anlaşmazlık halinde Danıştay'ın görevli olduğu belirtilmiştir. Doktrinde, Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi kapsamında devredilebilecek malların hizmete tahsis edilmiş kamu malları olduğu, zira kanun metninde geçen "*devreden idarenin izni dışında başkaca kamusal amaçla kullanılamaz*" ifadesinden, devrin amacının kamu hizmeti ihtiyacının giderilmesi olduğu ve "*başkaca bir kamusal amaç*" denilerek taşınmazın kamu hukukuna bağlı mal olarak kullanılabilceği anlamına geldiği savunulmuştur²². Kanımca kamu hizmetlerinin görülmesi amacıyla kamunun özel malları da devre konu olabilir. Devreden idarenin herhangi bir kamu hizmetine tahsis etmediği kamunun özel malı, devralan idare tarafından hizmete tahsis edilerek kamu hizmeti ihtiyacı giderilmiş olur ve kamu hukukuna bağlı mal haline gelebilir. Yine "*başkaca kamusal amaç*" ifadesinden malın kamu hukukuna tabi bir mal olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır. Madde metnindeki kamusal amaç, ihtiyaç sahibi idarenin taşınmazı talep etmesindeki kamusal amaçtır. Örneğin, çocuk parkı yapılması amacıyla devri talep edilen malın, devralan idare tarafından personel konutu yapmak amacıyla kullanılması, talep anındaki kamusal amacını başkalaştırdığını ve dolayısıyla devralınan malın "*başkaca bir kamusal amaçla*" kullanıldığını göstermektedir. Bu bakımdan kanunda geçen "*başkaca kamusal amaç*" ifadesi, malın kamu hukukuna tabi olduğunun göstergesi değil,

22 GİRİTLİ İsmet / BİLGİN Pertev / AKGÜNER Tayfun / BERK Kahraman Berk **İdare Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2013, s. 1077.



devranılan malın talep edildiği andaki amaç dışında kullanılmasını belirten bir emniyet subabıdır.

30. madde hükmünde devir konusu malın sahibi çokça zikredilmiştir. Bu durum ise devrin konusu malın, mülkiyet veyahut sınırlı aynı hakkının kime ait olduğunun bilinmesini²³, ihtilaflı olmamasını gerektirir. Zira mal devri usulünün uygulanma gerekçesi, malın sahibinin ve talep eden idarenin kamu tüzel kişileri olmasıdır ki, örneğin mal sahibinin bir özel hukuk kişisi olması durumunda mal devri usulü değil, kamulaştırma usulünün uygulanmasına gidilecektir. Yine mal sahibinin başka bir idare olması durumunda, talep eden idare ile ihtiyaç dengesinin o idareye göre kurulması gerekmektedir²⁴.

Devre konu taşınmazın tamamı veya bir kısmının başka bir idareye devredilmesi mümkün olmalıdır. 30. madde hükmü “ihtiyacı olan idareden” bahsettiğine ve Danıştay ihtiyaçlar arasında dengeyi²⁵ gözeterek devre karar verdiğine göre, Danıştay’ın kısmen devre de karar vermesi mümkün olmalıdır. Burada sorun olarak karşımıza çıkan, devre konu malın bir kısmının devrinin “kısmen kamulaştırma” sayılıp sayılmayacağıdır. Kanımca kısmen kamulaştırmaya ilişkin Kanun’un 12. maddesi, özel hukuk kişilerinin taşınmazlarının kamulaştırılması durumunda uygulanabilecek bir hükümdür. Bu hükmü idareler arası mal devrine uygulayarak “kısmen devir” konularındaki uyuşmazlıkları adli yargıya tabi kılmak, hukuken kabul edilmemelidir. Bu konuda isabetli kabul edilemeyecek bir Danıştay kararında, kısmen devirden sonra, arta kalan kısım ile ilgili uyuşmazlığın adli yargının görev alanına girdiğinden bahisle, Danıştay’ın incelemesine olanak bulunmadığına hükmedilmiştir²⁶. Halbuki yukarıda belirttiğimiz üzere, ihtiyaçlar arasındaki dengeyi gözetme görevi olan Danıştay, arta kalan kısmın da devrine karar vererek uyuşmazlığı sona erdirebilmelidir. Zira bu şekilde devir talebi reddedildiği durumda, ayrı bir başvuru şeklinde devir talebinin yapılacağı muhakkaktır. Kullanılmaya elverişli olmayan kısmın diğer idareye devredilmesi şeklinde bir talep, kabul edilebilir gözükmemektedir. Nitekim daha yakın tarihli bir kararında Danıştay,

23 “İmar uygulaması sonucu oluşan taşınmaz tescilinin henüz Hazine adına gerçekleşmediği ve dolayısıyla Hazine’nin tasarruf yetkisinin bulunmadığı gerekçesiyle devir talebine cevap verilemediği hk.” D1D, E. 2010/1805, K. 2010/1955, KT. 15.12.2010, DD, sy. 126, s. 3

24 Bu konuda bkz. D1D, E. 2001/28, K. 2001/29, KT. 16.03.2001, KY; D1D, E. 1999/132, K. 1999/175, KT. 01.12.1999, KY.

25 YASİN Melikşah, “İdari İrtifaklar”, MAÜHFD, sy. 2, 2005, s. 189.

26 D1D, E. 1999/120, K. 1999/158, KT. 03.11.1999, KY. (Karara katılmamakla birlikte, karşı oy yukarıda belirttiğimiz gerekçeye dayanmaktadır.)



arta kalan kısım konusundaki talepleri de dikkate alarak devre karar vermiştir²⁷.

Medeni Kanun'un 684. ve 718. maddelerinden yola çıkılarak, bir şeye malik olanın onun bütünleyici parçalarına da malik olacağı hükmü gereği, bütünleyici parçaların taşınmazdan ayrı tutularak devre konu edilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla taşınmaz üzerindeki binanın²⁸, tesisin²⁹ vb. yapıların taşınmazdan ayrı olarak devre konu olmaları mümkün değildir³⁰.

C. Devir Bedeli

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre gerçekleştirilen mal devirlerinde, mal sahibi idareye belli bir bedel ödenmesi zorunludur. Zira maddenin ikinci fıkrasına göre, ihtiyaç sahibi idare devir konusunun bedelini "kendi bünyesi içinden en az üç kişiden teşekkül eden bir veya birden fazla kıymet takdir komisyonunu görevlendirerek" belirler. Bedelde anlaşamadığı takdirde, Kanun'un 10. maddesine göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nde "kamulaştırma bedeli" belirlenir. Kanun devir bedelini, kamulaştırma bedeli olarak ifade etmiş ve dolayısıyla sonucu itibarıyla devir konusu malın kamulaştırılmış sayılması hükmüne işaret etmiştir. Görüldüğü üzere devir bedelinin belirlenmemesi gibi bir ihtimal söz konusu değildir. Taraflar anlaşma usulü ile dahi olsa, Kanun'un ifadesiyle "bedeli de belirterek" başvuracak ve bu bedel belirlenmesinin ise gerçek bedeli yansıtması gerekecektir.

30. madde çerçevesinde gerçekleştirilecek devirler bakımından belirtilmesi zorunlu olan bedel, esasında idareler arasında anlaşmazlık çıkmasının da gerekçesi olabilmekte, mal devri sürecini uzatabilmektedir. Yukarıda belirttiğimiz yönetmelik çerçevesinde gerçekleştirilen devir usulündeki temel farklılık ise bedel konusundadır. Bu konuda Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü somut bir uyuşmazlıkta bu durumu

27 D1D, E. 2000/189, K. 2000/180, KT. 29.11.2000, KY.

28 D1D, E. 2011/726, K. 2011/1059, KT. 29.06.2011, DD, sy. 128; D1D, E. 2009/555, K. 2009/1077, KT. 25.06.2009, KY.

29 "Taşınmaz üzerinde bulunan Karayolları Genel Müdürlüğüne ait asfalt plent tesisinin taşınmazdan ayrı olarak devredilemeyeceği hk." D1D, E. 2004/12, K. 2004/23, KT. 04.03.2004, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2003/155, K. 2003/154, KT. 12.11.2003, KY; D1D, E. 2003/41, K. 2003/61, KT. 08.05.2003, KY.

30 5018 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilecek bir devirde, ilgili yönetmeliğin 20 ve 21. madde hükümlerinde, devredilecek bir taşınmazın özellikleri, devre engel ve engel olmayan durumlar zikredilmiştir. Bunun dışında malın kamu malı veya kamunun özel malı olması devir bakımından farklılık arzetmemektedir.



özellikle belirtmiştir. Olayda, “ Köyü 1022 numaralı parselde Belediyesi adına kayıtlı bulunan tarla vasfındaki taşınmazın Hazine’ye devri işleminin ‘kamu kurumlarına ait taşınmazların bedelsiz devri niteliğinde olmayıp, 08.10.2010 tarihli Belediyesi Meclis Kararı’nda belirtildiği üzere belirli bir bedel karşılığında gerçekleştiği’, dolayısıyla Belediyesi ile Hazine arasındaki devir işleminin 2942 sayılı Kamulaştırma Kanununun 30. maddesine girdiği görülmüştür”³¹ şeklindeki ifadeyle, yönetmelikte öngörülen şekilde anlaşma yapılmasına rağmen, bedel belirlemesi nedeniyle 30. madde hükmüne göre devrin gerçekleştiği kabul edilmiştir. Dolayısıyla kamu mallarının kamulaştırılmaması sonucu oluşturulan 30. madde hükmü, taşınmaz malın bedeli konusunda da Kamulaştırma Kanunu’na bağlı kalarak bedelli bir devri öngörmektedir. Ancak idarelerin 5018 sayılı Kanun çerçevesinde veya bu kanuna tabi olmaksızın sözleşme yapma ehliyetleriyle bedelsiz devir konusunda aralarında yapacakları bir anlaşma ile mal devri gerçekleştirmelerinin önünde bir engel yoktur.

D. Devir Talebinin Usulü

Kamulaştırma Kanunu’nun 30. maddesi hükmüne göre ihtiyaç sahibi idarenin, mal sahibi idareye “yazılı” şekilde başvurması ilk koşuldur³². Başvuru karşı tarafın evrak kaydına ulaştığı tarihte yapılmış sayılır ve bunun noter kanalı ile yapılmasına gerek yoktur³³. Esasında Kanun’da yer alan bu ifadeden, hem doğrudan mal sahibine hem de yazılı şekilde yapılması gerekli bir başvurunun varlığını aramaktayız. Bu bakımdan ihtiyaç sahibi idarenin, “mal sahibi idare” konumunda olan idareyi doğru tespit etmesi gerekmektedir. Genel müdürlüğe ait bir mal için şube veya bölge müdürlüklerine³⁴, bağlı şirketlere³⁵, başka kuruma devredilen idarelere³⁶ yapılan başvurular, mal sahibi idareye yapılmamaları

31 http://www.tkgm.gov.tr/sites/default/files/icerik/ekleri/bir_idareye_ait_tanmaz_maln_dier_idareye_devri_0.doc.

32 “...bu işlem davet niteliği taşıdığından, taşınmazın anılan yasal kural uyarınca devrine ilişkin süreci başlatan, bu haliyle idari davaya konu olabilecek kesin ve yürütülmesi zorunlu işlem niteliği taşımamaktadır.” D6D, E. 2005/840, K. 2007/3970, KT. 25.06.2007, KY.

33 TUTAR Muzaffer / PULAK T. Murat, **Kamulaştırma Davaları**, c. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006, s. 1985.

34 “Karayolları Genel Müdürlüğü’nün sahip olduğu mal için, Sivaz 16. Bölge müdürlüğüne yapılan başvurunun 30. Madde kapsamında yapılmış bir başvuru olmadığı hk.” D1D, E. 2012/45, K. 2012/253, KT. 02.02.2012, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2012/22, K. 2012/252, KT. 02.02.2012, KY.

35 “Tedaş Genel Müdürlüğüne bağlı şirket konumundaki Trakya Elektrik Dağıtım A.Ş.’ye yapılan başvurunun 30. madde kapsamında yapılmış bir başvuru olmadığı hk.” D1D, E. 2011/1627, K. 2011/1417, KT. 04.10.2011, KY.

36 “Sosyal Sigortalar Kurumunun, 20.5.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik

sebebiyle, 30. madde kapsamında değerlendirilemez. Yine ihtiyaç sahibi idarenin başvurusu bağlı kuruluşları aracılığıyla da yapması mümkün değildir. Kanun lafzına bağlı kalındığında her iki taraf açısından da “tüzel kişiliğe sahip” olan idarelerin kastedildiği anlaşılabilir³⁷.

Yapılacak başvurunun amacı açıkça belli olmalıdır. Devralmak isteyen idarenin talebinin mal sahibi idarece anlaşılır olması, devir konusunda anlaşmazlık çıkmaması bakımından önemlidir. Taşınmazın tamamının veya bir kısmının talep edildiği veyahut irtifak hakkı devri taleplerinin açıkça yazılması gerekmektedir³⁸. Yine tek bir taleple birden fazla kamu tüzel kişisine ait malların devrinin talep edilmesi, madde hükmüne aykırı gözükmektedir. Zira maddenin devir talebi usulüne yaklaşımı, “tekil başvurular” şeklindedir. Danıştay bu konuda, “İstek sahibi idare, aynı amaçla farklı kamu tüzelkişisi veya kurumlarına ait taşınmaz mallara ya da farklı projelere dayalı olarak birden fazla taşınmaz mala gereksinim duyduğunda, her bir taşınmaz mal için ayrı ayrı açıklanan hükme göre başvuruda bulunmak zorundadır”³⁹ şeklinde bir yaklaşım sergilemektedir.

Başvuruda taşınmaz mala, kaynak veya irtifak hakkına ihtiyaç duyulduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla kanun lafzındaki bu “ihtiyaç kategorileri” haricinde bir mal veya hukuki durumun talebi mümkün değildir. İdarelerin kendi aralarında malların takası konusunda⁴⁰, pazarlıkla satın alınması isteğiyle⁴¹, tahsis amacıyla kamu yararı kararı verilmesi isteğiyle⁴², taşınmazın satışının yapılması amacıyla görüş

Kurumu Kanunu ile Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığına devredildiği, dolayısıyla malın devrinin Sosyal Güvenlik Kurumu Başkanlığı'ndan istenmesi gerektiği hk.” D1D, E. 2007/535, K. 2007/820, KT. 26.06.2007, KY. “Bakanlar Kurulu Kararı uyarınca TEK Genel Müdürlüğü'ne ait taşınmazların TEDAŞ'a devri tamamlanmaması sebebiyle 30. madde kapsamındaki başvurunun TEK Genel Müdürlüğü'ne yapılması gerektiği hk.” D1D, E. 2002/110, K. 2002/197, KT. 27.12.2002, KY.

37 “Anonim şirket statüsünde 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile genel hükümlere tabi olan Ziraat Bankası Anonim Şirketi Genel Müdürlüğünün, 2942 sayılı Kanunun 30 uncu maddesi kapsamında kalan kamu tüzel kişisi veya kurumu olmadığı hk.” D1D, E. 2016/2405, K. 2016/1916, KT. 30.11.2016, hukukturk.com, (4.12.2020).

38 Bu konuda bkz. D1D, E. 2011/1596, K. 2011/1397, KT. 29.09.2011, KY; D1D, E. 2011/1594, K. 2011/1396, KT. 29.09.2011, KY.

39 D1D, E. 2001/4, K. 2001/10, KT. 30.01.2001, KY.

40 “İstanbul Büyükşehir Belediye'sine ait üzerinde kültür merkezi bulunan taşınmaz ile Kartal Belediyesi'ne ait kültür merkezli taşınmazların takas yolu ile devrinin 30. madde kapsamında mümkün olmadığı hk.” D1D, E. 2011/850, K. 2011/848, KT. 07.06.2011, KY.

41 D1D, E. 2010/617, K. 2010/826, KT. 25.05.2010, KY; D1D, E. 2009/630, K. 2009/906, KT. 28/05.2009, KY.

42 “TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğünün, mülkiyeti Tarsus Belediyesine ait anılan taşınmazın belirtilen kısmının, TCDD İşletmesi Genel Müdürlüğü'ne tahsis edilmesi amacıyla kamu yararı kararı verilmesi isteminin 30. madde kapsamındaki başvuru olarak nitelendirilemeyeceği hk.” D1D, 2009/89, K. 2009/273, KT. 11.02.2009, DD, sy. 122, s. 64.



talebiyle⁴³, satın alma talebinin reddi üzerine yapılan başvurular⁴⁴ gibi 30. madde hükmündeki ihtiyaç kategorisine girmeyen başvurular, bu madde kapsamında görülemez.

E. Anlaşmanın Sağlanması

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi hükmüne göre, malı devralma amacıyla ihtiyacı bulunan idarenin, belirttiğimiz koşullar çerçevesinde yaptığı başvuruya, mal sahibi idarenin üç farklı şekilde tutum sergilemesi mümkündür. Mal sahibi idare devri ve bedeli kabul edebilir; devri uygun görür fakat bedeli kabul etmeyebilir ve son olarak devre red cevabı verir veya altmış gün içinde cevap vermeyebilir. İlk durumda devir ve bedel konusunda taraflar arasında bir anlaşma yapılır ve devir konusu mal ihtiyaç sahibine devredilir. İkinci durumda ise devir konusunda uyuşmazlık çıkmaması sebebiyle, Danıştay'ın çözüme kavuşturacağı bir mesele de bulunmadığından, asliye hukuk mahkemesinde devir konusunun bedelinin belirlenmesine gidilmektedir. Dolayısıyla devir + bedel anlaşması veya yalnızca devre muvafakat konulu, ihtiyaç sahibi idare ile mal sahibi idare arasında anlaşmaya gidilmektedir. Söz konusu anlaşmanın önemi, 30. maddenin son fıkrası gereği, bu suretle devralınan malın, sahibinden kamulaştırma yoluyla alınmış sayılacağıdır. İdarenin özel hukuk kişileri ile satın alma usulündeki anlaşma gibi devir konulu anlaşmaya bağlanan hukuki sonuç, söz konusu malın kamulaştırılmış sayılması ve bu sonucun özellikle devreden idarenin geri alma hakkı bakımından ortaya çıkmasıdır.

Söz konusu anlaşmada, devir konusu malın ihtiyaç sahibi idare tarafından hangi hizmete özgüleneceğine dair hükümler yer almalıdır. Zira 30. maddenin son fıkrasındaki “devir amacı” dışında kullanımın belirlenmesi için, anlaşmada buna dair bir hükme ihtiyaç vardır. Ayrıca bu husus tapu kütüğünün beyanlar hanesine de şerh düşülür. Kanımca bu anlaşmanın yapılması sonrasında farklı ihtimallerde şu sorunlar ortaya çıkabilir: İlki taraflar bedelde ve devirde anlaştıkları halde, devralan idarenin anlaşmadaki bedeli ödememesidir. İkincisi devir amacı dışında kullanma durumudur ki devir amacı dışı kullanım halinde devreden idare 23. madde kapsamında geri alma hakkını kullanabilecektir.

43 D1D, E. 2006/1267, K. 2007/51, KT. 29.01.2007, KY.

44 “...devir istemlerinin dışında bulunan ve ayrı bir mevzuatta düzenlenmiş olan, kamu idarelerinin mülkiyetindeki taşınmazların bedeli karşılığında satılması ya da satın alınması istemlerine verilen olumsuz yanıt nedeniyle çıkan anlaşmazlıkların 30. madde kapsamında olmadığı hk.” D1D, E. 2007/920, K. 2007/1072, KT. 01.10.2007, DD, sy. 118, s. 3.



Konu başlığımız bakımından önem arz eden durum, tarafların devir ve bedelde anlaşmalarına rağmen bedelin ödenmemesi halidir. Taraflar bedelde anlaşamadıkları takdirde 30. maddenin dördüncü fıkrasına göre, asliye hukuk mahkemesince bedel belirlenir ve bu bedelin ödenmesinin usulü hakkında hükümler sevk edilmiştir. Ancak tarafların bedelde anlaşmalarına rağmen sonrasında bedelin ödenmemesi durumuna ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Kanımca devir konusu malın bedelinin ödenmemesi halinde, bunun adli yargıda açılacak bir alacak davası ile çözümlenmesi gerekir. Ayrıca bu ifade, ihtiyaç sahibi idare ile mal sahibi idare arasındaki anlaşmanın bir özel hukuk sözleşmesi olduğu kanaatimizle birleştirilebilir. Zira anlaşmada idarelere özel hukuku aşan bir düzenleme yetkisi verilmemiştir. Anlaşmanın taraflarının her ikisinin idare olması ise sözleşmenin bir özel hukuk sözleşmesi olmasına engel teşkil etmez.

Mal sahibi idarenin sergileyebileceği üçüncü tutum ise devre muvafakat etmemesidir ki, bu durumda anlaşmazlığın çözümü Danıştay'a verilmiştir. Anlaşmazlık çıkmadan Danıştay'a da başvurulamayacaktır⁴⁵. Anlaşmazlığın çıkması durumundan sonra dahi taraflar anlaşmaya varırsa, anlaşmazlığın olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim, ihtilafın çözümü için Danıştay'a başvurulduktan sonra devre muvafakat edildiği durumda, Danıştay'ca çözümlenmesi gereken bir uyuşmazlık olmadığına karar verilmektedir^{46 47}.

IV. TARAF İRADELERİNDE UYUM OLMAMASI HALİNDE MAL DEVRİ

Buraya kadarki aşamada Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi hükmü bakımından, mal sahibi idare ile ihtiyaç sahibi arasında onların tüzel kişiliklerinden başlayarak, devir konusu, devrin talebi usulü, devir bedeli konularını irdeledikten sonra mal sahibi idarenin, kendisine gelen devir talebini nasıl karşılayacağına dair ihtimalleri göz önünde bulundurarak bir ayırım yaptık. İlk kısımda mal sahibi idare, devir + bedel veya yalnızca devire onay vererek, uyuşmazlığın Danıştay'ca

45 "Taşınmazla ilgili devir konusu Danıştay'ca çözümlenmişken aynı taşınmazın farklı amaçla devrinin istenmesi haline bu talebe cevap alınmadığı ve henüz bir uyuşmazlık çıkmadığından Danıştay'a başvurunun mümkün olmadığı hk." D1D, E. 2008/877, K. 2008/979, KT. 13.10.2008, DD, sy. 120, s. 5.

46 D1D, E. 2016/1192, K. 2016/108, KT. 22.06.2016, hukukturk.com; D1D, E. 2012/835, K. 2012/967, KT. 01.06.2012, DD, 2012, sy. 131, s. 91.

47 5018 sayılı Kanun hükümlerine göre gerçekleştirilecek bir devirde ise anlaşma esastır. Anlaşmazlık çıkmaması için belli bazı kıstasların getirildiği de görülmektedir. İlgili yönetmeliğin 23. maddesinde devirde öncelikli kamu idarelerine bu sebeple yer verilmektedir.

çözümlemesine mahal vermemektedir. Ancak mal sahibi idare çoğu zaman bu devre muvafakat etmemekte ve bu anlaşmazlığı sonlandırma görevi Danıştay'a ait olmaktadır⁴⁸.

A. Danıştay Değerlendirmesi

İki idare arasındaki mal devri konusundaki anlaşmazlığın çözümünde, Danıştay kararlarında da vurgulandığı üzere, devir konusu mala hangi idarenin daha fazla ihtiyacının olduğu tespit edilmeye çalışılmaktadır⁴⁹. Danıştay, söz konusu ihtiyacın gerçek olması ve bir zorunluluk teşkil etmesi şartının yanında, ihtiyaçlar arasındaki dengenin gözetilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁵⁰. Danıştay'ın hangi idarenin daha fazla ihtiyacının olduğuna ilişkin değerlendirmesi ise "yerindelik" kapsamındadır⁵¹. Bu yerindelik değerlendirmesinde ise baskın kamu yararı tespiti yapılmaktadır. Örneğin, İstanbul Yenikapı-Unkapanı Metro inşaatı kapsamında Şehzadebaşı Metro İstasyonu'nun havalandırma shaftı için gerekli Başbakanlık Yüksek Öğrenim Kredi ve Yurtlar Kurumu Genel Müdürlüğü'ne ait yurt binasının bulunduğu taşınmazın devri uyuşmazlığında Danıştay, alternatif alanlar araştırılmasına rağmen havalandırma shaftının başka bir yere yapılmasının mümkün olmadığı ve söz konusu alanın yurdun bahçesinde kalması sebebiyle, Belediye'nin bu alana daha fazla ihtiyacı olduğuna karar vererek⁵² bir idarenin yararından ziyade kamu yararları arasında bir değerlendirme ve dolayısıyla baskın kamu yararı tespitine gitmektedir⁵³. Yurt bahçesi olarak kalma ile şehir içi ulaşımda kullanılmaya arasında bir derecelendirmeye gidilerek, baskın kamu yararının ulaşımda olduğuna karar verilmiştir.

Danıştay'ın mal devri konusundaki tüm kararları yerindelik araştırmasıyla verilen kararlar değildir. 30. madde hükmünün doğrudan uygulanmasına yönelik örneğin, devrin tarafının tüzel kişiliğinin tespiti, devir talebinin mal sahibine yöneltilmesi gerektiği, bedele ilişkin

48 Danıştay ilgili dairesi, 2575 sayılı Danıştay Kanunu madde 42/g hükmüne göre, Danıştay Birinci Dairesi'dir.

49 D1D, E. 1997/43, K. 1997/144, KT. 10.11.1997, DD, sy. 96, s. 34; D1D, E. 1991/265, K. 1991/49, KT. 29.03.1991, DD, sy. 82-83, s. 36.

50 D1D, E. 1995/237, K. 1995/262, KT. 21.12.1995, KY.

51 GÜLAN, "İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler", s. 363; GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019, s. 976.

52 D1D, E. 2009/1538, K. 2010/62, KT. 12.01.2010, KY.

53 Mal devri usulünün, baskın kamu yararı tespitinin yapıldığı bir idari usul olduğu konusunda bkz. GÜLAN, "İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler", s. 359.



uyuşmazlıkların Danıştay denetimi kapsamında olmadığı şeklinde verdiği kararlarda, hukukilik denetimi gerçekleştirmektedir.

İdareler kanunen yapmakla yükümlü oldukları kamu hizmetlerini yürütmek amacıyla kamulaştırma yoluna başvurabileceği gibi ihtiyacı olan taşınmazın kamu mülkiyetinde olması sebebiyle mal devri usulünü de uygulayabilir. Dolayısıyla mal devri usulünde de idarelerin devir amacı, kanunen yetkilendirildikleri kamu hizmetlerini yürütmek olmalıdır⁵⁴. Ancak kanunen yetkilendirilen bir alanda devir olmasına rağmen, devir sonucu mevzuata aykırılık oluşacak ise devre izin verilmemelidir. Danıştay da, devrin gerçekleşmesi halinde mevzuata aykırılık oluşturacak mal devirlerine olanak bulunmadığına karar vermektedir. Bir kararında, zeytincilik mevzuatında zeytin alanlarının daraltılmayacağına ilişkin hükmün varlığı nedeniyle, taşınmazın belediyeye mezarlık yeri olarak kullanılması amacıyla devrinin mümkün olmayacağına karar vermiştir⁵⁵. Yine mal devrinin gerçekleşebilmesi için, devir amacının taşınmazın imar planında özgülendiği amaç ile örtüşmesi gerekmektedir. Örneğin imar planında çok amaçlı tesis alanı olan taşınmazın, belediyece kültür kompleksi yapılması amacıyla devrinin gerçekleşmesi mümkündür⁵⁶. Danıştay, imar planındaki tahsis amacına uygun olarak devri istenen taşınmazda, söz konusu imar planına karşı iptal davası açıldığını gerekçe göstererek, bu aşamada devre karar verilmesine olanak bulunmadığına hükmetmiştir⁵⁷. Dolayısıyla mal devri ile gerçekleştirilecek amaç, imar planının tahsis amacıyla uyum göstermelidir. Hatta mal devri ile imar planına uygunluk sağlanması için, plan tadilatı yapıldıktan sonra devrin gerçekleştirilmesi gerektiğine dair kararlara rastlanmaktadır⁵⁸.

54 “Sosyal tesis yapılması amacıyla yapılan devir talebinin, EÜAŞ’ın kanunen yapmak zorunda olduğu hizmetleri yerine getirmek amacıyla yönelik olmadığı anlaşıldığından isteminin reddedildiği hk.” D1D, E. 2010/709, K. 2010/901, KT. 02.06.2010, KY. “Maliye Bakanlığı’nca Aydın İl Özel İdaresi’ne tahsis edilen alanda İl özel idaresi’nin restoran, disko, plaj, bar, çay bahçesi yapması mahalli müşterek hizmet niteliğinde olmadığından, kendisine tahsis edilen taşınmazın 30. madde kapsamında devrini istemesinin hukuken olanaksız olduğu hk.” D1D, E. 2004/394, K. 2004/205, KT. 28.09.2004, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2001/160, K. 2001/169, KT. 04.12.2001, KY; D1D, E. 2001/44, K. 2001/54, KT. 15.05.2001, KY.

55 D1D, E. 2011/1773, K. 2011/1873, KT. 24.11.2011, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2006/967, K. 2006/995, KT. 06.11.2006, KY.

56 D1D, E. 2002/171, K. 2002/181, KT. 14.11.2002, KY. Aynı yönde bkz. D1D, E. 2002/126, K. 2002/148, KT. 03.10.2002, KY.

57 D1D, E. 2002/173, K. 2002/187, KT. 12.12.2002, KY.

58 Bu konuda bkz. D1D, E. 2012/875, K. 2012/1091, KT. 15.06.2012, KY.

B. Danıştay Kararının Niteliği

Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesinin ikinci fıkraya hükmü uyarınca, devir konusundaki anlaşmazlık iki aylık bir süre içerisinde Danıştay'ca "kesin karara" bağlanır. Danıştay'ın bu konudaki kararının niteliği konusunda tartışma bulunmaktadır. Danıştay 1. dairesinin bu meseleyi çözerken kullanacağı esasların belli olmaması ve yargısal görünen meselenin idari daireye verilmesi eleştirileri de bulunmaktadır⁵⁹ eleştirilerin esas temelini oluşturmuştur Kararın yargısal karar⁶⁰ olduğunu savunanların varlığına rağmen çoğunluk görüş bu kararı, bir idari karar olarak kabul etmektedir⁶¹. Gülan'ın ifade ettiği üzere, Danıştay bu konuda bir üst ve kesin kararı veren vesayet makamı konumundadır⁶² ve bu vesayet denetimi devir talebinin reddi işlemi üzerindedir. Dolayısıyla bu usul iki idare arasında devir konusundaki idari meseleyi çözümlenmeye ilişkin⁶³ olduğundan, kanun koyucu bu duruma idari anlamda kesinlik kazandırarak, uyuşmazlığın uzamasının da önüne geçmiş bulunmaktadır.

Danıştay mal devrine ilişkin kararları kesin idari karar olarak kabul etmektedir⁶⁴. Danıştay'ın baskın kamu yararı tespiti yaparak yerindelik araştırmasına girişmesiyle de bu kararın idari karar olduğu sonucuna ulaşmak gerekir. Zira Anayasa'nın 125. maddesi karşısında baskın kamu yararı tespitiyle Danıştay'ın yargısal bir karar verdiği de kabul edilemez. Mal devrinin reddi işlemine karşı açılan yakın tarihli bir davada Danıştay, "*Birinci Dairenin uyuşmazlık konusu olayda vermiş olduğu kararın ise idari işlem olarak nitelendirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır*"⁶⁵ gerekçeleriyle, esasında bir önceki içtihatları ile de çelişen bir tutum sergilemiştir. Kanımca Danıştay'ın bu konudaki kararı idari daire tarafından verilen idari bir karardır ve Kamulaştırma Kanunu'ndan

59 ONAR Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, C:III, İstanbul, 1966, s.1156.

60 KARAHACIOĞLU Ali Haydar, *Kamulaştırma Kanunu*, Adil Yayınevi, Ankara, 1995, s. 723.

61 Bu kararın kesin olması, kararı yargısal karar niteliğine büründürmez. Bkz. GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, s. 256, dn. 236; KAPLAN Gürsel, "Kamu Kurumları ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri Ve Yargısal Denetimi", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze'ye Armağan*, Sayı: 2004/1-2, s. 181-182; EROĞLU Fatıma Nur, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu' nun 30. maddesine göre "Bir İdareye ait Taşınmazın Diğer bir İdareye Devri", Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016, s. 93.

62 GÜLAN, "İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler", s. 364.

63 GÜRSEL Meltem Kutlu, *Kamulaştırma Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 133.

64 D1D, E. 2007/1433, K. 2008/26, KT. 08.01.2008, DD, sy. 118, s. 6; D1D, E. 2007/920, K. 2007/1072, KT. 01.10.2007, DD, sy. 118, s. 3.

65 D6D, E. 2006/1727, K. 2008/1818, KT. 17.03.2008, KY. (Karar İDDK tarafından onanmıştır. Bkz. DİDDK, E. 2008/2034, K. 2011/1587, KT. 16.12.2011, KY.)



kaynaklı olarak karar kesindir⁶⁶. Bu konudaki görev bir mahkemeye idari görev olarak verilmek suretiyle yargı yolunun kapatılmasının önündeki sakınca giderilmek istenmiştir⁶⁷. Dolayısıyla Danıştay'ın ihtiyaç tespiti yaparak meselenin yerindeliğini araştırdığı kararlarını, yargısal makamların yerindelik araştırması yapamayacaklarına dair Anayasa'nın 125. maddesi hükmü ışığında idari karar olarak kabul etmek gerekir.

Bu görevin Danıştay'ın idari dairesine verilmesi, bu daire tarafından alınan kararların, 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 46. maddesinde öngörülen çerçeve içinde İdari İşler Kurulu'nda itirazın veya re'sen görüşülebileceği sonucuna bizleri götürmektedir⁶⁸. Ancak tekrar görüşülebilecek kararlar, incelenmeksizin redde ilişkin kararlardır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu'nun 46. maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, Danıştay Başkanı tarafından havale edilen uyuşmazlıklara ilişkin olarak İdari İşler Kurulu, daire kararının kaldırılmasına karar verebilir. Bu konudaki bir kararda, ticaret borsalarının 30. madde kapsamında olmadıklarına ilişkin Birinci Daire kararının, Danıştay Başkanlığı'nca havalesi üzerine, İdari İşler Kurulu, 5174 sayılı Kanun'la ticaret borsalarına kamulaştırma yetkilerinin verilmesi sebebiyle 30. madde kapsamında bir idare olduklarına karar vererek Birinci Daire kararının kaldırılmasına karar vermiştir⁶⁹.

V. TARAF İRADELERİNE BAKILMAKSIZIN MAL DEVRİ

Fransız idare hukukundaki “mutations domaniale” adı verilen teoriye göre, mal sahibi idarenin iradesine bakılmaksızın Devlet tüzel kişiliğince re'sen mal devri sağlanabilmektedir⁷⁰. Kamulaştırma Kanunu'nun 30. madde hükmüne 6745 sayılı Kanun'la getirilen ek fıkra hükmüne göre, İçişleri Bakanlığının güvenlik gerekçesiyle ihtiyaç duyduğu taşınmaz mallar, Cumhurbaşkanı kararıyla resen Hazine adına tescil edilerek İçişleri Bakanlığı'na tahsis edilebilmektedir⁷¹. Taraf iradelerine bakılmaksızın gerçekleşen bu devir usulünü re'sen mal devri usulü olarak da nitelendirmek mümkündür⁷².

66 Benzer görüş için bkz. GÖZLER, **İdare Hukuku**, s. 976.

67 GÜLAN, “İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler”, s. 363.

68 Bu konuda bkz. DİDDK, E. 1997/196, K. 1997/337, K. 30.05.1997, DD, s. 95, s. 92.

69 DİİK, E. 2011/7, K. 2012/1, KT. 16.02.2012, DD, sy. 130, s. 76. (DİİK kararı doğrultusunda, Birinci daire kararını tekrar vermiştir. Bkz. DİD, E. 2012/474, K. 2012/526, KT. 29.03.2012, KY.

70 GÜLAN Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa, İstanbul, 1999, s. 150.

71 Söz konusu hüküm Anayasa Mahkemesi'nce Anayasa'ya aykırı görülmemiştir. Bkz. AYM, E. 2016/181, K. 2018/111, K.T. 20.12.2018, R.G. 05.04.2019, Sayı: 30736, para. 47- 53.

72 Bu konuda yazılmış bir çalışmada bu usulün, “İdareler Arası Acele Mal Devri” olarak



Bu devir usulünde, taşınmaz malın devriyle birlikte, İçişleri Bakanlığı'na tahsis işlemi de birlikte yapılmaktadır. Dolayısıyla bu devir usulü, bu çalışmanın konusu olan diğer devir biçimlerine ek olarak devirle birlikte tahsis işlemi de içermektedir. Esasında taraf iradelerinde uyuşmazlık durumunda Danıştay'ın bir vesayet makamı olarak devre karar vermesi işlemi, bu tip mal devri usulünde Cumhurbaşkanını resen gerçekleştirmektedir.

Cumhurbaşkanı kararı, idari fonksiyona dair bir işlem olduğundan bu kararın idari yargıda dava konusu edilebilmesi mümkündür. Dava konusu edildiği takdirde, Danıştay Kanunu'nun md. 24/1-a hükmü gereği, uyuşmazlığa Danıştay ilk derece mahkemesi sıfatıyla bakacaktır. Esasında tam da bu noktada, 30. maddede öngörülen taraf iradelerindeki anlaşma halindeki mal devriyle bir farklılık karşımıza çıkmaktadır. Bu çerçevede Danıştay'ın önüne gelen Cumhurbaşkanını kararının yargısal denetimi yapılabilecektir. Halbuki taraf iradelerinde uyum olmaması halinde Danıştay, söz konusu devirde, baskın kamu yararı değerlendirmesi yaparak yargısal bir karar değil, idari fonksiyonu yerine getirerek bir idari karar vermiş olmaktadır ve bu karar kesindir. Dolayısıyla re'sen mal devri usulünde sadece devre dair uyuşmazlıklar bakımından Danıştay'ın önüne gelebilecek Cumhurbaşkanını kararında, yargısal denetim yaptığını kabul etmek gerekmektedir.

Bu noktada yargısal denetim gerçekleştirilirken "güvenlik gerekçesiyle" tesis edilen Cumhurbaşkanını kararının hangi noktalardan ele alınması gerektiği tartışma konusu olabilir. Maddede vücut bulan güvenlik gerekçesi ifadesi, takdir yetkisinin denetlenmesini gündeme getirmektedir. Kamu yararı ve hizmet gereklerine göre kullanılabilecek takdir yetkisinde, güvenlik gerekçesinin de bu ölçekte değerlendirmesi yapılabilecektir. Zira idareler güvenlik gerekçesi gibi soyut kavramlara, somut olaylarda işlerlik kazandırmak zorundadırlar. Bu noktada güvenlik gerekçesi kavramının Cumhurbaşkanınıca yorumlanarak somut olaya uygulanması⁷³ Danıştay'ın yargısal kararı ile denetlenebilecektir.

nitelendirildiği görülmektedir. Ancak kanımca Kamulaştırma Kanunu'nda ayrı bir kamulaştırma usulü olarak belirlenen acele kamulaştırma usulünden mühlhem bu ifadenin kullanılması isabetli değildir. Bu usul, mal devri usullerinden taraf iradelerinin etkisine göre yapılabilecek bir alt ayırım olabilecek mahiyettedir. İdareler arası acele mal devri usulü ifadesi için bkz. SÜMER Nuray, "İdareler Arası Acele Mal Devri", Prof. Dr. Metin Günday **Armağanı**, Cilt: II, ss. 1277-1290.

73 SINGH Mahendra Pal, **German Administrative Law in Common Law Perspective**, Springer, 2001, Aktaran Cemil Kaya, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 2. Baskı On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 44.

Güvenlik gerekçesiyle yapılan resen mal devrinin, çalışmanın başında ifade ettiğimiz, bir etkinlik meselesi olup olmadığı üzerinde de durulmalıdır. Bir işlemin etkin olması, onun rasyonel ve toplum için daha faydalı olması manasına geldiğinden, ekonomik bir yaklaşımdan öte bir mana taşır. Bu yönüyle güvenlik gerekçesiyle bir kamu malının Hazine adına tescil edilip, İçişleri Bakanlığı'na tahsis edilmesinin de dolaylı biçimde etkinlik gayesine hizmet ettiğini kabul etmekte gerekir.

Danıştay'ın bedele ilişkin itirazlara bakması meselesi üzerinde de durmak gerekir. 30. maddenin diğer hükümleri çerçevesinde devre karar verme noktasında idari görev verilen Danıştay'a, resen mal devri usulünde bedel konusunda da bir idari görev verildiği iddia edilebilir. Valiliklerce resen tespit edilen bedele itiraz edilebilecek, ancak Danıştay itirazları incelerken, tıpkı devre karar verirken yaptığı baskın kamu yararı tespiti gibi, bir yargılama faaliyeti olarak değil idari görev kapsamında bedele ilişkin itirazları çözüme kavuşturacaktır.

Resen devredilen taşınmazlarla ilgili olarak imar planı değişikliğini yapma veya yaptırma yetkisinin merkezi idareye verilmesi üzerinde de durmak gerekir. Merkezi idarenin imar planlarını düzenleme yetkisi üzerine bilinen hüküm İmar Kanunu'nun 9. maddesidir. Kamulaştırma Kanunu'nun 30/5 hükmünün son cümlesinde Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'na verilen imar planı yapma veya yaptırma hükmü ise özel bir hüküm olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükümle ilgili olarak, *"İmar plan ve uygulamalarının düzenlenmesinde çoğunlukla mahallî müşterek nitelikler dikkate alınsa da bazı alanlardaki imarla ilgili ihtiyaçların giderilmesi o yörede yaşayanlardan daha çok toplumun genelini ilgilendirebilmektedir"* biçiminde bir değerlendirmede bulunmuştur. Kanımca bu düşünce maddenin getiriliş amacıyla da tutarlıdır. Yukarıda belirttiğimiz üzere 30. maddenin diğer bentlerine göre yapılan mal devri ile gerçekleştirilecek amacın, imar planının tahsis amacıyla uyum göstermesi gerekmekteydi. Resen yapılan bir mal devrinde ilgili idareden bunu beklemek anlamsız olacaktı. Bu sebeple Anayasa Mahkemesi kararını isabetli görmek gerekir.

SONUÇ

Kamu makamları arasında kamu gücünün zayı olmasını engelleyen ve özel hukuk kişilerinin mallarından ziyade kamunun kaynaklarıyla ihtiyaçların giderilerek etkinliğin sağlanmasını amaç edinen bir usul olan idareler arası mal devri usulü, iki idare arasında gerçekleşen ve sonucunda kamusal bir hizmete tahsis edilecek taşınmaz, irtifak hakkı



ve kaynağı konu edinir. İdareler arasında mal devrini düzenleyen temel hüküm Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesi olmasına rağmen, çeşitli mevzuatta da mal devri usulleri düzenlenmiştir. Temel esasları üzerinden hareket ettiğimizde ise, taraf iradelerine verilen anlama göre üçlü bir tasnif yapmayı uygun gördük: Taraf iradelerinin uyumu, taraf iradelerinde uyum olmaması ve taraf iradelerine bakılmaksızın mal devri. Esasında taraf iradelerinden hareketle, mal devri usullerinin bu üç ihtimalden farklı olamayacağı da ifade edilebilir.

Konusu bakımından kanunda belirlenen bu ihtiyaç kategorileri haricinde, bir kamu tüzel kişiliği başka bir kamu tüzel kişiliğinden 30. madde kapsamında talepte bulunamaz. Bir idarenin başka bir idareden talep edebileceği şey taşınmaz mal, kaynak ve irtifak hakkı olabilir. Ayrıca talepte bulunacak idarenin o alanda kamulaştırma yetkisine sahip olması gerekmektedir. Zira özel hukuk kişilerinin mallarını kamulaştırma yetkisini haiz olmayan makamın, bir başka idareden mal devrini talep edememesi gerektiğine dair içtihatlar ile sahibinden idareler arası mal devri ile alınan taşınmaz mal, kaynak veya irtifak hakkının kamulaştırma yoluyla alınmış sayılacağı düzenlemesi açıktır. Ancak teorik olarak bakıldığında kamu tüzel kişiliğine sahip olmak hem kamulaştırma yetkisine hem de mal devri yetkisine sahip olmayı gerektirir. Aksi düşünce kamu tüzel kişisi olmasına rağmen, kamulaştırma yetkisini haiz olmayan idareler hususundaki Danıştay kararları sonucu hasıl olmuştur.

İhtiyaç sahibi idarenin doğrudan mal sahibi olan idareye yaptığı başvurusunda, talebini açıkça belirlemesi gerekmektedir. Bu talep ise devir konusu malların devrine yönelik olması gerektiğinden, farklı bir amaçla 30. madde hükmünün işletilmesi mümkün değildir. İdareler arası mal devri taleplerinin usulden reddine dair, talebin hangi idareye yöneldiği, ne talep edildiği, tekil başvuruların yapılması gerekliliği gibi usule atf yapan Danıştay kararları bunu desteklemektedir.

30. madde kapsamında gerçekleştirilecek mal devirlerinin bedelli olması gibi kanundan doğan bir zorunluluk vardır. İhtiyaç sahibinin bedeli belirtmeden yaptığı bir devir talebi, 30. madde kapsamında değildir. İstisnai bir kamulaştırma usulü olarak da ifade edilebilecek 30. madde kapsamındaki mal devirleri, mal sahibi idare de olsa bedelinin verilmesini gerektirmektedir. Tarafların devir konusu malın bedeli ve devir amacı hususunda anlaşmaya varmaları gerekmektedir. Ancak idari faaliyetlerin gereğince yürütülebilmesi açısından bedel gibi bir şarta sıkı sıkıya bağlı kalınması da birtakım sakıncaları beraberinde getirmektedir.

İdareler arası bedelsiz mal devrini mümkün kılan düzenlemelerin varlığını buna bağlamak gerekir.

Mal sahibi idarenin devre yanaşmaması durumunda Danıştay idari görevleri kapsamında uyuşmazlığın çözümüne gitmektedir. Bu kapsamda Danıştay, hangi idarenin daha fazla ihtiyacı olduğuna dair baskın kamu yararı tespiti yaparken yerindelik araştırması, 30. madde hükmünün uygulanması konusunda ise hukukilik denetimi yapmaktadır. Dolayısıyla Danıştay'ın tüm kararları idari karar olarak karşımıza çıkmamaktadır. Danıştay'ın iki idare arasında hangisinin daha fazla ihtiyacı olduğu noktasında uyuşmazlığı sona erdiren kararları kesin idari kararlardır ve bunlara karşı yargı yoluna başvurulamamaktadır. Ancak uyuşmazlığın esasına girmeden, incelenmeksizin redde ilişkin verdiği kararların Danıştay Kanunu'ndan kaynaklı olarak kaldırılabilmesi mümkündür. Örneğin, devrin tarafının tüzel kişiliğinin tespiti, devir talebinin mal sahibine yöneltilmesi gerektiği, bedele ilişkin uyuşmazlıkların Danıştay denetimi kapsamında olmadığı şeklindeki incelenmeksizin redde dair verdiği kararlarda, hukukilik denetimi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu durum Danıştay'ın 30. madde çerçevesinde verdiği kararların idari karar olma özelliğini değiştirmemektedir.

İdareler arası mal devrini konu edinen bir diğer temel düzenleme olan 5018 sayılı Kanun'a göre gerçekleştirilecek bir devrin Kamulaştırma Kanunu'nun 30. maddesine göre devirden temel farkları, bedelsiz olması, devrin taraflarının ilgili yönetmeliğe göre belirlenmesi ve yine devir usulünün ilgili yönetmelik çerçevesinde gerçekleşmesidir. Yönetmelik ekinde yer alan bir kamu idaresi, bedelsiz şekilde ve karşı tarafın anlaşmaya yanaştığı durumda bir malı devralmak istediği takdirde 5018 sayılı Kanun'a göre harekete geçmesi uygun gözükmektedir. Bu bakımdan Kamulaştırma Kanunu'ndaki usulün işletilmesi, tarafları daha prosedürel bir alana çektiğinden, taraflar arasında anlaşma var ve bedelsiz devri noktasında uyum var ise 5018 sayılı Kanun idareler bakımından tercih edilebilir.

Taraf iradelerine bakılmaksızın gerçekleşen resen mal devrini, olağanüstü bir mal devri olarak nitelendirerek, istinval veya acele kamulaştırma kavramlarıyla değerlendirmek hatalı bir yaklaşım olacaktır. Resen mal devri, mal devrinin taraf iradelerinin uyumu ve onlar arasında uyum olmamasından ziyade, bir üst iradenin -ki bu üst irade merkezi idaredir- idareler arasında resen mal değişimini sağlamasıdır. Bu usulde Danıştay'ın baskın kamu yararı tespiti yapmasına gerek olmaksızın, Cumhurbaşkanlığı kararıyla devir gerçekleştirilmektedir.



KAYNAKLAR

ARTUKMAÇ Sadık, **Kamulaştırma Hukuku**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1977.

BİLGİN Pertev, **Kamulaştırma Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1999.

GİRİTLİ İsmet/ BİLGİN Pertev/ AKGÜNER Tayfun/ BERK Kahraman, **İdare Hukuku**, 6. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 2013.

EROĞLU Fatıma Nur, “2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu’ nun 30. maddesine göre “Bir İdareye ait Taşınmazın Diğer bir İdareye Devri”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.

GÖZLER Kemal, **İdare Hukuku**, c. II, Ekin Kitabevi, Bursa, 2019.

GÜLAN Aydın, **Kamu Mallarından Yararlanma Usullerinin Tabii Olduğu Hukuki Rejim**, Alfa, İstanbul, 1999.

GÜLAN Aydın, “İdareler Arası Mal Devri 2942 Sayılı Kamulaştırma Kanunu’nun 30. Maddesine İlişkin Düşünceler”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, ss. 353-364.

GÜNDAY Metin, **İdare Hukuku**, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

GÜRSEL Meltem Kutlu, **Kamulaştırma Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

KAPLAN Gürsel, “Kamu Kurumları Ve Tüzel Kişileri Arasında Taşınmaz Mal Devri Ve Yargısal Denetimi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ayferi Göze’ye Armağan**, Sayı: 2004/1-2, ss. 167-188.

KARAHACIOĞLU Ali Haydar, **Kamulaştırma Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara, 1995.

KAYA Cemil, **İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi**, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014.

MINDA Gary, “The Lawyer - Economist at Chicago: Richard A. Posner and the Economic Analysis of Law”, **Ohio State Law Journal**, Vol: 39, No: 3, 1978, pp. 455-457.

ONAR Sıddık Sami, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C:III, İstanbul, 1966.

SÜMER Nuray, “İdareler Arası Acele Mal Devri”, **Prof. Dr. Metin Günday Armağanı**, Cilt: II, ss. 1277-1290.

SINGH, Mahendra Pal., **German Administrative Law in Common Law Perspective**, Springer, 2001.



TUTAR Muzaffer / T. Murat PULAK, **Kamulaştırma Davaları**, c. II, Adalet Yayınevi, Ankara, 2006.

UZ, Abdullah, “Sehven Mi, Kasten Mi ?: Kanun Koyucu Ya Açıkça Anayasaya Aykırı Bir Düzenleme Yapmış Ya Da Zımnın Vakıf Yükseköğretim Kurumlarının Kamu Tüzel Kişiliğini Sona Erdirmiştir”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, sy.108, 2013, s. 71-86.

YASİN Melikşah, “İdari İrtifaklar”, **MAÜHFD**, sy. 2, 2005, ss. 165-203.



ADÎ KONKORDATODA REHİNLİ MALIN SATIŞ YASAĞI VE İSTİSNALARI

(Prohibition of the Sale by Auction of the Pledged Goods during the Ordinary Concordat Period and the Exceptions thereof)

Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA¹
Dr. Öğr. Üyesi Seyhan SELÇUK²

ÖZ

7101 sayılı Kanun ile İcra ve İflâs Kanunu'nun konkordatoya ilişkin maddelerinde önemli değişiklikler yapılmıştır. Bu değişikliklerden birisi konkordato mühleti içerisinde rehnin paraya çevrilmesi yasağını düzenleyen İİK m. 295/I hükmüdür. İlgili düzenlemeye göre, rehin alacaklısı konkordato mühleti içerisinde borçluya karşı rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatabilir ancak, rehnli mal muhafaza altına alınamaz ve satışı yapılamaz. Bununla birlikte 7327 sayılı Kanun ile İİK m. 295'e ikinci fıkra eklenmek suretiyle rehnin paraya çevrilmesi yasağına birtakım istisnalar getirilmiştir.

Bu çalışmada, öncelikle konkordato mühleti içerisinde rehnin paraya çevrilmesi yasağı ve söz konusu yasağın geçerli olacağı zaman aralığı üzerinde durulmuştur. Daha sonra ise, yasağın kapsamına giren rehnli alacaklılardan ne anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Son olarak, mühlet içerisinde rehnin paraya çevrilmesi yasağının istisnaları, satışa izin verilmesi ve satışın ne şekilde yapılacağı ile satıştan elde edilen gelirin nasıl ödeneceği konuları ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Konkordato, Adî konkordato, Rehin, Rehnin Paraya Çevrilmesi Yasağı, Konkordato Mühleti.

ABSTRACT

Some amendments have been made to the provisions of Code of Enforcement and Bankruptcy (CEB) by Law No 7101 regarding concordat.

- 1 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Posta: nkurt@ankaya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4638-6132.
- 2 Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Posta: selcukseyhan07@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5074-6722.

One of the amendments is to regulate the prohibition of sale by auction of pledges within the concordat period under the first paragraph of article 295 of CEB. According to the relevant regulation, pledgees may initiate proceedings against the debtor by converting the pledge into money within the concordat period but no protection measures can be taken and the sale by auction of the pledged property cannot be realized. With the Law No 7327 some exceptions have been accepted to the prohibition of the sale by auction of pledged goods by adding a second paragraph to article 295 of CEB.

This study will, firstly, emphasize on the prohibition of sale by auction of the pledged goods within the concordat period, and the time period in which the said prohibition will be valid. It will then consider what should be understood from the pledge creditors within the scope of the prohibition. Finally, the exceptions to the prohibition of sale by auction of the pledged goods within the concordat period, and how the sale process will be fulfilled and the distribution of the income will be discussed.

Keywords: Concordat, Ordinary Concordat, Pledge, Prohibition of the Sale by Auction of Pledged Goods, Concordat Period.

GİRİŞ

İcra ve iflâs hukukunda, rehinle teminat altına alınan alacaklar, kolektif bir cebri icra kurumu olan konkordatoda, özel olarak geçmişten bu yana himaye edilmekte; diğer alacaklardan farklı şekilde değerlendirilmektedir³. Alacağı rehinle temin edilmiş alacaklıların rüçhan hakkı, onların, konkordatoda diğer alacaklılardan daha avantajlı bir konumda olmasını sağlamaktadır.

7101 sayılı Kanun değişikliğinde, konkordato mühleti verilmesinin rehinli alacaklara etkisi bakımından 4949 sayılı Kanun'daki hüküm korunmakla birlikte, 7327 sayılı Kanun ile rehinli malların satış yasağına birtakım istisnalar getirilmiştir.

Buna göre, rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması öngörülüyor veya kıymeti düşecek ya da muhafazası masraflı olacaksa, İİK m. 297/II'de öngörülen usüle göre satışına izin verilebilir ve satış gelirinden rehinli alacaklıya rehin bedeli kadar ödeme yapılır. Anılan değişikliğin gerekçesinde⁴, madde

3 GÜRDOĞAN, Burhan, *Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi*, Ankara 1967, s. 107.

4 (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss266.pdf>) (Erişim: 20.07.2021).



metninin tekrarı ile yetinilmiş ve fıkranın düzenlenme amacı maalesef belirtilmemiştir. Lâkin, rehinli malların satılabilmesinin mümkün olduğu vurgulanmıştır. Kanaatimizce, yapılan değişiklik alacaklı ve borçlular arasındaki menfaatler dengesini korumaya yöneliktir. Zira, genel kural rehinli malların satışının yasaklanması olup, bu suretle; borçlunun malvarlığı korunmakta ve böylece onun ekonomik faaliyetlerinin devamı sağlanmaktadır. Ayrıca Kanun değişikliğiyle, bu amaçla bağdaşır şekilde borçlunun ekonomik faaliyetlerinin devamı için gerekli görülmeyen bu sebeple de konkordato projesinde borçlu tarafından kullanılması öngörülmemen rehinli malların satılması mümkün hâle getirilmiştir. Keza, kıymeti hızla düşen veya muhafazası masraflı olan malların satışına izin verilmesi de hem alacaklılar hem de borçlu bakımından lehe sonuçlar doğurmakta; menfaatler dengesini sağlamaya elverişli nitelik taşımaktadır. Değişikliğin odak noktasında alacaklılar⁵ ile borçlu arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması bulunduğundan ilgili hükümlerin yorumlanmasında icra ve iflâs hukukunun temel ilkesi olan menfaatler dengesinden hareket edilmelidir.

Diğer taraftan anılan değişiklik, rehinli alacaklıların konkordato sürecinden adî alacaklılara göre daha az etkilenmesine imkân vermektedir. Ancak, rehinli alacaklıların, konkordato mühletinde tam olarak korunduğunu söylemek de mümkün değildir. Zira, rehinli alacaklılar için rehinli malın satışının istenebileceği hâller kanunda sınırlı sayıda düzenlenerek mahkemenin izin vermesi için konkordato komiserinin görüşünün alınması ve teşkil ettiği hâllerde alacaklılar kurulunun muvafakat vermesi zorunlu tutularak, rehinli malların satışına istisna getirilmiştir. Bu sebeple, rehinli alacaklıların, adî alacaklılara göre konkordato sürecinde tam bir korumaya sahip olduklarından bahsedilemez.

I. REHİNLİ MALIN MÜHLET⁶ İÇİNDE SATIŞ YASAĞI

Konkordato esas itibariyle, mali durumu bozulan ve elinde olmayan sebeplerle ekonomik varlığı tehlikeye giren borçlular için iyileşme amacına hizmet eden bir müessesedir. Bu amacın gerçekleştirilebilmesi

5 Burada sadece akla rehinli alacaklılar gelmemeli aynı zamanda adî alacaklıların menfaatlerinin de korunduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Şöyle ki rehinli malların değer kaybetmesinin veya daha fazla masraf çıkarmasının yahut faiz kalemlerinin artmasının önüne geçilmek suretiyle, borçlunun malvarlığının azalması engellenmektedir. Böylece adî alacaklılara en kötü ihtimal olan iflâs hâlinde dahi daha fazla tahsilat imkânı sağlanarak onların da menfaati korunmaktadır.

6 Mühlet kavramı için bkz., aşa. II.

için, borçlunun rahat hareket edebilmesi ve alacaklılarının baskısı altında kalmadan konkordato projesinin hayata geçirilmesinin sağlanması gerekmektedir. Bu çerçevede, kanun koyucu, borçluya konkordato mühleti verilmesini öngörmüş ve mühlet süresince de borçlunun malvarlığının korunmasını sağlamak için alacaklılar bakımından birtakım sınırlamalar getirmiştir⁷. Bu sınırlamalardan en önemlisi, takip yasağı⁸ olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre, mühlet içerisinde borçlu aleyhine 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usûlü Hakkında Kanuna göre yapılan takipler de dâhil olmak üzere hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur (İİK m. 294/I)⁹. Bu düzenleme, esas itibarıyla konkordato projesinin gerçekleştirilebilmesine ve projeye göre adî alacaklıların¹⁰ alacaklarının ödenmesine hizmet etmektedir. Bununla birlikte, takip yasağı, mutlak bir yasağı ifade etmemektedir. Yasağın istisnalarından birisini rehinli alacaklılar oluşturmaktadır. Nitekim, İİK m. 295/I'de, mühlet içerisinde rehinle temin edilmiş alacaklar nedeniyle rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir veya başlatılmış olan takiplere devam edilebilir düzenlemesi yer almaktadır.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip zorunluluğunun istisnalarının (İİK m. 45/2/3/4; TTK m. 1379) burada uygulanmayacağı kanaatindeyiz.

- 7 Kesin mühletin sonuçları hakkında bkz., ATALI, Murat, *"Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları"*, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör Prof. Dr. Muhammet Özekes, İstanbul 2018, s. 85 vd.
- 8 Yasakla ifade edilmek istenen, borçlu aleyhine konkordato talebinden sonra icra ve iflâs takibinin başlatılmaması olmayıp, borçluya karşı icra takip işlemlerinin yapılamamasıdır (7101 sayılı Kanun'un 14. m. gerekçesi). Takip yasağının kapsamına, konkordato mühletinden önce doğan borçlunun malvarlığına ilişkin adî alacaklar ile mühlet kararı verildikten sonra komiserin onayı olmaksızın doğan alacaklar girmektedir (ALBAYRAK, Hakan, *İflâs Dışı Adî Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları*, Ankara 2020, s. 212). Takip yasağıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., TUNÇ YÜCEL, Müjgan, *Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, İstanbul 2020, s. 126 vd.; SARİŞÖZEN, Serhat, *Konkordato*, 5.B., Ankara 2021, s. 306 vd.; ALBAYRAK, s. 211 vd.; DURAN, Rukiye, *Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları*, Ankara 2020, s. 162 vd.; ŞAHİN, Çağatay Serdar: *Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları*, İstanbul 2020, s. 238 vd.
- 9 Takip yasağı, geçici mühlet kararının verilmesiyle başlar (karş., İİK m. 288/I) ve asliye ticaret mahkemesinin bu konuda bir karar vermesine de ihtiyaç göstermez (PEKCANİTEZ, Hakan/ ERDÖNMEZ, Güray, *7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato*, İstanbul 2018, s. 93; ÖZEKES, Muhammet, *"Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı"*, 7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler, Editör Prof. Dr. Muhammet Özekes, İstanbul 2018, s. 79; TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 128; ALBAYRAK, s. 212; ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali, *Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku*, 5. B., İstanbul 2019, s. 156).
- 10 Adî alacakla, şahsî haklar ifade edilmekte olup, aynı haklar bunun kapsamında değerlendirilemez (POSTACIOĞLU, İlhan E., *Konkordato*, İstanbul, 1965, s. 104; TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 141; ALTAY/ESKİOCAK, s. 153).



Şöyle ki, alacak hem rehinle temin edilmiş hem de kambiyo senedine bağlanmış ise, alacaklının konkordato mühletinde sadece rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurabilme imkânı vardır; ancak, alacaklı, kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takip yapamaz. Zira, İİK m. 295'te rehinli alacaklara ilişkin istisna dar yorumlanmalıdır. Ayrıca, bu istisna rehinli malların paraya çevrilmesine ilişkin olup, haciz yapılıp borçlunun rehinli mallar dışında başkaca mallarının takibe konu olmamasına ilişkindir. Bu sayede aynî hak olan rehin hakkı ve rehinli mallara ilişkin belirlilik korunmaktadır.

Rehin hakkı, hak sahibinin bir alacağını güvence altına alan ve alacağın ödenmemesi hâlinde rehin konusunu oluşturan şeyin (veya hakkın) satılması suretiyle elde edilecek paradan doğrudan ve öncelikli olarak alacaklının alacağının karşılanması yetkisini vermektedir¹¹. Bu yönüyle rehin hakkı, hak sahibine mal üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan bir aynî hak olduğundan, rehnedilen şeyin malikinin aracılığına gerek olmaksızın rehlin paraya çevrilmesini talep etme imkânı sunmaktadır. Rehlin hakkının, sınırlı bir aynî hak olması ve sahibine doğrudan hâkimiyet sağlamanın bir sonucu olarak rehin hakkı, hak sahibi alacaklıyı, diğer alacaklılardan öncelikli bir konuma getirmektedir.

Rehinli alacaklılar, konkordatoya tâbi olmayacak olsa bile, rehlin konusunun, konkordato projesi bakımından önemli olma ihtimalinin de göz ardı edilmemesi gerekmektedir¹². Bu anlamda, borçlunun malvarlığını oluşturan ve rehin konusu yapılmış olan şey konkordato projesinin başarıya ulaşabilmesinde önemli bir rol oynayabilir. Dolayısıyla, bir yandan konkordatonun başarıya ulaşması için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekirken diğer yandan da sınırlı bir aynî hak olan rehin hakkına konkordato bakımından ayrık bir hukukî durumun yaratılması kaçınılmaz olmaktadır. Bu bağlamda, konkordato projesinin başarıya ulaşmasının engellenmemesi gözetilirken, rehinli alacaklının hakkının da ihlal edilmemesi için menfaatler dengesine dikkat edilmelidir.

11 OĞUZMAN, Kemal M./SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 16.B., İstanbul 2013, s. 881; SİRMEN, A. Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2013, s. 35,548.

12 Öztekin, Selçuk, **İflâsın Ertelenmesi**, İstanbul 2007, s. 66; YEŞİLOVA, Bilgehan, **Yeni Konkordato Hukuku**, Editör: Prof. Dr. Selçuk Öztekin, 2.B., Ankara 2019, s. 364. Benzer yönde bkz., AKİL, Cenk, "Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre)", **TBB D** Y. 2019, S. 141, s. 234; DURAN, s. 192. Ayrıca bkz., TANRIVER, Süha, "4949 Sayılı İcra Ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Adı Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi", **TBB D** Y. 2004, S. 51, s. 77.

Menfaatler dengesinin gerçekleştirilebilmesi için, kanun koyucu, esas itibarıyla İİK m. 295'te rehinli alacaklılar bakımından takip yasağına istisna getirmiş; ancak, söz konusu istisnanın uygulandığı hâllerde bile, bu takip nedeniyle muhafaza tedbirlerinin alınamayacağı ve rehinli malın satılamayacağı kuralını kabul etmiştir¹³. Görüldüğü üzere, malvarlığına ilişkin adi alacaklardan farklı olarak, burada takip yapılması veya başlatılmış takibe devam edilmesi yasaklanmamış¹⁴; sadece, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte muhafaza tedbirleri alınamayacağı ve rehnin paraya çevrilemeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle kanun koyucu, rehinli alacaklının eşya hukuku bağlamında sahip olduğu doğrudan hâkimiyet hakkına bir sınırlama getirmiştir¹⁵. Kanun koyucunun buradaki amacı borçlunun ekonomik hayatını ve ticarî faaliyetlerini devam ettirmesini sağlamak suretiyle konkordatonun başarıya ulaşmasını temin etmektir. Zira, rehinli mal borçlunun işletmesi için önemli olabilir ve onun satılması, borçlunun ekonomik varlığını olumsuz yönde etkileyebilir¹⁶. Kanundaki düzenlemeyle, borçlu, sahibi olduğu rehinli malları kullanarak konkordato projesini gerçekleştirebilir. Ayrıca, başlatılan veya başlatılacak böyle bir takipte, muhafaza tedbiri alınmaması veya rehinli malın satışının yasaklanması yoluyla, İİK m. 308/h gereğince, rehinli alacaklılarla müzakere yürütülüp yapılandırmaya gidilmesi sağlanmak istenmiştir. İİK m. 295/1'de böyle bir sınırlama öngörülmemiş olsaydı, rehinli alacaklıların müzakereye yanaşmama ihtimaliyle karşılaşılması muhtemel olurdu¹⁷.

Takip başlatılmasına izin verilmesinin sebebi, projenin başarıya ulaşmaması hâlinde rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte belli bir aşamaya gelen rehinli alacaklının daha fazla zaman kaybetmeden rehinli malın satış işlemlerini gerçekleştirebilmesinin sağlanmak istenmesidir¹⁸.

13 ÖZTEK, *İflâsın Ertelenmesi*, s. 66; AKİL, *Sonuçlar*, s. 234; DURAN, s. 192.

14 Mühlet sırasında rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabilmesine imkân verilmesi, İİK m. 302/IV'deki düzenlemeyle uyumludur. Zira, ilgili maddede, "*rehinle temin edilmiş olan alacaklar, 298 inci madde uyarınca takdir edilen kıymet sonucunda teminatsız kaldıkları kısım için hesaba katılırlar.*" Bkz., PEKCANİTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, *İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2021, s. 510; KÖROĞLU, Anıl, "*Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m. 295)*", *İstanbul Hukuk Mecmuası* Y. 2020, S. 1, s. 144.

15 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 368.

16 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 364; AKİL, Cenk, *Sorularla Adi Konkordato*, Ankara 2019, s. 234; KÖROĞLU, s. 156; SARISÖZEN, s. 382; DURAN, s. 192.

17 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 225.

18 GÜLER, Mikdat/KABAKÇI, Mahmut, "*Adi Konkordatoda Rehinli Alacaklıların Hukuki Durumu*", *İBD* Y. 2004, S. 1, s. 95; GÖKÇEN, Onurcan, *Konkordatoda Rehinli ve Finansal Kiralamaya Konu Mal ve Alacaklıların Hukuki Durumu*, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 41.



Kanun koyucu, ilgili düzenlemede iradesini açık bir şekilde ortaya koyduğundan, asliye ticaret mahkemesinin, mühlet kararı verirken, borçlu aleyhine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağına ilişkin karar vermesine de ihtiyaç yoktur¹⁹. Mahkemenin ayrıca, mühlet kararıyla birlikte borçlu aleyhine rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağına ilişkin kanun hilafına bir karar vermesi de mümkün değildir²⁰. Zira, söz konusu kural rehinli alacaklıyı korumaya yönelik mutlak olarak düzenlenmiş bir kuraldır.

Rehinli alacaklılar bakımından gözetilen menfaatler dengesinin bir diğer yansımaları ise, 7327 sayılı Kanun ile kabul edilmiş olan 295. maddenin II. fıkrası oluşturmaktadır²¹. Fıkroda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde rehnin paraya çevrilmesi yasağının istisnası ortaya çıkar ve konkordato mühleti içerisinde dahi, rehinli mal satılabilir. Bu düzenleme ile aslında bir bakıma, İİK m. 295/I'de rehin hakkına getirilen sınırlamanın yumuşatıldığı söylenebilir.

Mehaz kanun olan İsviçre İcra ve İflâs Kanunu değerlendirildiğinde, İİK m. 295'in karşılığının Art. 297 SchKG olduğu söylenebilir. İsviçre'de de, konkordato mühleti içerisinde alacaklıya karşı takip yapılması veya daha evvel başlatılmış olan takiplere devam edilmesi yasaklanmıştır. Ancak, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış alacaklar bakımından takip yasağına istisna getirilmiştir. Lâkin, rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi istisnaya dâhil değildir. Bu çerçevede, taşınmaz rehniyle güvence altına alınmış alacaklar için takip yapılabilirdiği hâlde, bu takipte rehinli taşınmazın paraya çevrilmesi istenemez (Art. 297/1 SchKG)²². Türk Hukukunda, konkordatoda takip yasağının istisnası olan rehinli alacaklarda malın taşınır ya da taşınmaz olmasına ilişkin bir ayırım yapılmazken; İsviçre'de sadece taşınmaz rehninde takip yapılabileceği kuralı kabul edilmiştir. Diğer taraftan, İsviçre Hukukunda çalışma

19 SARISÖZEN, s. 382. İflâsın ertelenmesi bakımından benzer bir görüş için bkz., Öztekin, İflâsın Ertelenmesi, s. 102; PEKCANİTEZ, Hakan, "İflâsın Ertelenmesi" Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleleri II, İstanbul 2016, s. 48; KÖROĞLU, s. 143,144. İflâsın ertelenmesinden farklı olarak, konkordatoda rehinli malın satış yasağının gündeme gelebilmesi için herhangi bir teminat gösterilmesi aranmamıştır. Teminat aranmamış olması öğretide eleştirilmektedir (SARISÖZEN, s. 379).

20 SARISÖZEN, s. 382; KÖROĞLU, s. 144. İflâsın ertelenmesi kararı verilirken rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılamayacağına ilişkin bir karar verilemeyeceğine ilişkin bkz., ÖZTEK, İflâsın Ertelenmesi, s. 105; PEKCANİTEZ, s. 48.

21 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., aşa. IV.

22 UMBACH-SPAHN, Brigitte/KESSELBACH, Stephan/BOSSART, Stefan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 297 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, 2017, s. 1727, Swisslex (Erişim: 02.09.2021).

konumuz olan rehinli malın satışına izin verilmesine ilişkin İİK m. 295/II benzeri bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Art. 298/2 SchKG uyarınca, konkordato mahkemesinin veya alacaklılar kurulunun izni ile işletmenin devamlı tesisatının satılabilmesi mümkündür²³. Ancak, İsviçre öğretisinde Häusermann ve Hofer²⁴, rehinli malın konkordato projesinin gerçekleştirilmesi için gerekli olmadığı ve paraya çevrilmesinin borçlu ile alacaklıların menfaatine olduğu (örneğin rehinli malın değerinin düştüğü) hâllerde, konkordato mahkemesinin, konkordato komiserinin görüşünü alarak, rehinli malın paraya çevrilmesine izin verebileceğini savunmaktadır.

Türk Hukukunda yapılan bu düzenlemeyle, rehinli alacaklılara mühlet içerisinde rehinli malın satışını ve alacağın tahsilini sağlama imkânı tanınarak, İsviçre Hukukuna nazaran kanunla rehinli alacaklılara sağlanan koruma genişletilmiştir. Ancak, satışa izin verilmesi, bu hususta İİK m. 295/II'de öngörülen şartlar²⁵ değerlendirildiğinde, sadece rehinli alacaklılar bakımından değil; adî alacaklılar ile borçlu arasındaki menfaatler dengesini de korumaktadır.

II. İİK MADDE 295 HÜKMÜNÜN ZAMAN BAKIMINDAN KAPSAMI

Rehlin paraya çevrilmesi yasağının işlerlik kazanacağı zaman bakımından, akla ilk etapta mahkemeye konkordato başvurusunda bulunulduğu an²⁶ veya kesin mühlet kararının verildiği an gelebilirse de, kanunun diğer maddeleri dikkate alınmadan yapılacak böyle bir değerlendirme yanlış olur. Rehlin paraya çevrilmesi yasağı "*kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları*" başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte, bu konuda sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için, hükmün İİK m. 288/I ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Zira, ilgili düzenlemede "*geçici mühlet, kesin mühletin sonuçlarını*

23 UMBACH-SPAHN, Brigitte/KESSELBACH, Stephan/BOSSART, Stefan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 298 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, 2017, s. 1743, Swisslex (Erişim: 27.09.2021).

24 HÄUSERMANN, Marco/HOFER, Urs, **Pfandrechte in der Insolvenz / III. Pfandrechte in der Insolvenz / 2. - 4., Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII, EIZ - Europa Institut Zürich**, 2016, s. 27,28, Swisslex (Erişim: 27.09.2021).

25 Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., aşa. IV.

26 Takip yasağının başlama anıyla ilgili olarak, konkordatonun mahkemeden talep edildiği anın esas alınması gerektiğini öğretilen ifade eden bir görüş olmakla birlikte (TUNÇ YÜCEL, **Mühletin Sonuçları**, s. 68), çoğunluk tarafından takip yasağının geçici konkordato mühletinin verildiği an olduğu belirtilmektedir (AKİL, **Konkordato**, s. 230; ALBAYRAK, s. 212; SARISÖZEN, s. 307; DURAN, s. 167; ŞAHİN, s. 240).



doğurur” hükmü öngörülmektedir. Buna göre, mademki geçici mühlet, kesin mühletle aynı sonuçları doğurmakta, İİK m. 295’te kabul edilen rehnin paraya çevrilmesi yasağının da geçici mühlet kararıyla birlikte başlayacağı kabul edilmelidir²⁷. Kanun koyucunun iradesi de bu yönde olduğu için, 7327 sayılı Kanun değişikliğinin gerekçesinde, “geçici veya kesin konkordato mühleti içinde, fıkra da belirtilen koşulların bulunması durumunda ve yine Kanundaki usûle göre rehinli malın satılabilmesi imkânı açıkça düzenlenmektedir” denilmek suretiyle yasağın ve istisnaların aslında geçici mühlet kararıyla başlayacağı açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu düzenlemede, kanun koyucu, yasağın işlerlik kazanacağı süreyi geçici mühlet kararının verilmesiyle başlatarak, yasağın etkisini genişletmiştir²⁸.

Yasak, geçici mühlet kararının verilmesiyle başlayacağından, mahkeme, geçici mühlet kararı verirken mühlet kararını saat ve dakika olarak kararında belirtmelidir²⁹. Ayrıca yasağın işlerlik kazanması bakımından, kanunda ayrı bir düzenleme öngörülmendiğinden, mühlet kararının ilân edilmiş olması da gerekmemektedir³⁰. Bu bağlamda geçici mühlet kararının verilmesinden önce rehinli mal satılmışsa, bu satış geçerli kabul edilmeli; mühlet içerisinde satış bedeli de artık rehinli alacaklıya ödenmelidir.

Geçici mühlet kararı verilmesiyle birlikte başlayan yasak, kesin mühlet süresince (karş., İİK m. 289/III-V) devam edeceği gibi, mahkeme tarafından kesin mühlet devamina karar verilmesi hâlinde de (İİK m. 304/II) sürer³¹. Eğer konkordato mühleti kaldırılacak olursa, bu kararla birlikte mühletin etkileri ortadan kalkacağından, rehnin paraya çevrilmesi yasağı da bu kararla birlikte sona erer³². Ayrıca mahkemenin kesin mühlet talebini reddetmesi hâlinde de mühletin etkileri kendiliğinden sona ereceğinden³³, rehnin paraya çevrilmesi mümkün hâle gelir.

27 PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 33; YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 384; SARISÖZEN, s. 315; ALTAY/ESKİOCAK, s. 156; KÖROĞLU, s. 145; ŞAHİN, s. 240.

28 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 384.

29 PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 31; TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 22, d.pn.,5, ve s. 126. “Ankara 2. Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2018/703 Esas sayılı dosyasından verilen geçici mühlet kararı ise 05/10/2018 tarih saat 16:48’de yazdırıldığı ve bu kararın saat 17:04’de (Uyap’tan) onaylandığı anlaşılmaktadır. Bu durumda söz konusu takip geçici mühlet kararından önce başlatıldığından takibin iptali gerekmez. İİK’nun 294. Maddesine aykırı olarak geçici mühlet içerisinde takip başlatıldığından söz edilemez...” Antalya BAM 12 HD, 10.07.2019 T, 795 E, 2032 K (e-uyar Erişim: 12.08.2021).

30 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 384; KÖROĞLU, s. 145.

31 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 384, 385; KÖROĞLU, s. 145.

32 KÖROĞLU, s. 145,146.

33 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 26.

Mühlet içerisinde iflâs açılacak olursa veya mahkeme mühleti kaldırıp re'sen iflâsa karar verecek olursa, mühlet ve onun etkileri sona ereceğinden³⁴, rehnin paraya çevrilme yasağı da ortadan kalkar.

Şartların gerçekleşmesi sebebiyle konkordato tasdik edilirse, yasağın da tasdik kararıyla birlikte sona ereceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim, İİK m. 307/I'de, borçlunun talebi üzerine tasdik kararında rehinli malın satışının, karardan itibaren bir yılı geçmemek üzere şartların gerçekleşmesi halinde ertelenebileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, mademki mahkeme tarafından rehinli malın satış yasağı tasdik kararından itibaren bir yıl süreyle ertelenebiliyor; o hâlde, tasdik kararıyla birlikte İİK m. 295'te öngörülen yasağın kalktığı sonucuna varılmalıdır³⁵.

Konkordatonun tasdiğiyle rehnin paraya çevrilme yasağı sona ermekle birlikte, bu konuda değerlendirme yapılırken İİK m. 308/c'deki düzenleme de dikkate alınmalıdır. Zira, kanun koyucu İİK m. 308/c'de, tasdik kararıyla konkordatonun derhâl bağlayıcı hâle geleceği kuralını kabul ettikten sonra, bu kurala bir istisna getirerek konkordato projesinde alacaklıların aksini öngörmesi hâlinde, konkordato projesinin tasdik kararının kesinleşmesiyle birlikte bağlayıcılık kazanacağını ve bu ana kadar mühletin etkilerini devam ettireceğini hüküm altına almıştır³⁶. Ancak bu son ihtimalde bile, kanunda öngörülen istisnaların saklı olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla, İİK m. 307/I düzenlemesi, İİK m. 308/c'de yer alan "*kanunda öngörülen istisnalar*"dan biri olarak yorumlanmalı ve rehnin paraya çevrilmesi yasağının, tasdik kararı verilmesiyle ortadan kalkabileceği kabul edilmelidir³⁷. Böylece tasdik edilen konkordato projesinde, tasdik kararının kesinleşmesiyle konkordatonun bağlayıcı hale geleceğinin kararlaştırılması da, satış yasağı süresi bakımından herhangi bir etki yaratmayacaktır³⁸.

34 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 26.

35 KÖROĞLU, s. 146; SARISÖZEN, s. 385.

36 Düzenlemenin eleştirisi için bkz., YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 385.

37 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 385-387; KÖROĞLU, s. 147,148; SARISÖZEN, s. 385. Öğretide, konkordatonun tasdiği kararının kesinleşmesi tarihi de bir ihtimal olarak değerlendirilmiştir. Bkz., KÖROĞLU, s. 147.

38 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 387; KÖROĞLU, s. 147; SARISÖZEN, s. 385. Bu yorumun benimsenmesinin, konkordatonun bağlayıcı hale gelip hükümlerini henüz doğurmadığı bir dönemde rehinli malın satılması sonucunu beraberinde getireceği ve konkordatonun uygulanmasını anlamsızlaştırabileceği yönünde eleştiri için bkz., KÖROĞLU, s. 147,148.



III. İİK MADDE 295 HÜKMÜNÜN REHİNLİ ALACAKLILAR BAKIMINDAN KAPSAMI

Adî konkordatoda rehinli alacaklıları konu alan İİK m. 295'in başlığı "*Kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları*" şeklindedir. Madde metninde ise, kanun koyucu rehinle temin edilmiş alacaklar ve rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerden, rehinli malın satışından ve rehin bedelinin ödenmesinden bahsetmektedir. Dolayısıyla, ilgili kanun maddesinin temel konusunu rehinli alacaklılar oluşturmaktadır.

A. Rehlinli Alacak Kavramı

İİK m. 295'te, genel olarak "*rehinle temin edilmiş alacaklar*"dan bahsedildiği ve herhangi bir sınırlamaya gidilmediği için, rehin kavramı İİK m. 23'teki düzenleme esas alınarak değerlendirilmelidir³⁹.

İlgili düzenlemede, "*ipotek*" tabiri; ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini; "*taşınır rehni*" tabiri ise, teslimine bağlı rehinleri, TTK m. 940'ta öngörülen rehinleri, ticarî işlemlerde taşınır rehnini⁴⁰, hapis hakkını, alacak ve sair haklar üzerindeki rehinleri; sadece "*rehin*" tabiri, "*ipotek*" ve "*taşınır rehni*" tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini kapsamaktadır.

39 ULUKAPLI, Ömer, "*Konkordatonun Sonuçları*", **SÜHFD** Y. 2000, S. 1-2, s. 20; ATALAY, Oğuz/ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin, "*Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi*", <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacakların-borçlunun-konkordato-nisabında-dikkate-alınip-alınamayacağı-meselesi/> (Erişim: 16.08.2021); TUNÇ YÜCEL, **Mühletin Sonuçları**, s. 225; AKİL, **Konkordato**, s. 233, dpn.,43; YEŞİLOVA, **Öztek-Konkordato Şerhi**, s. 375; SİMİL, Cemil, **Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları**, İstanbul 2020, s. 127; KÖROĞLU, s. 143, dpn., 8; ŞAHİN, s. 243; DURAN, s. 190. İflâsın ertelenmesinin yürürlükte olduğu dönemde, erteleme kararının sonuçlarını düzenleyen İİK m. 179/b, taşınır, taşınmaz veya ticarî işletme rehniyle temin edilmiş alacaklar için rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılabileceğini düzenlenmekteydi. Buradan hareketle öğretilde, İİK m. 179/b'nin İİK m. 23'ten farklı olarak rehin kavramının kapsamını daralttığı yorumu yapılmıştır (PEKCANITEZ, s. 47; MUŞUL, Timuçin, **İflâsın Ertelenmesi**, 2.B., İstanbul 2010, s. 228,229). Diğer görüş ise, iflâsın ertelenmesinin sadece sermaye şirketleri ve kooperatifler bakımından öngörülmesi nedeniyle, ilgili düzenlemede ticarî işletme rehni tabirinin özellikle vurgulandığını, daraltıcı yorum yapılmaması gerektiğini ve rehin kavramını İİK m. 23'te öngörülen şekilde anlamak gerektiğini savunmuştur (ERMENEK, İbrahim, **İflâsın Ertelenmesi**, 2.B., Ankara 2010, s. 362).

40 Kanun her ne kadar "*ticarî işletme rehni*" tabirini kullanıyor olsa da öğretilde kabul edilen görüşe göre, bundan anlaşılması gereken ticarî işlemlerde taşınır rehni (ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3.B., Ankara 2020, s. 15).

Konkordato mühleti içerisinde, İİK m. 23 çerçevesinde ipotek ve taşınır rehni kavramlarının kapsamına giren bütün taşınmaz ve taşınır rehinleri bakımından, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılması mümkündür⁴¹.

B. Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İİK Madde 295'in Kapsamına Etkisi

Rehin hakkı, hak sahibine alacağın ödenmemesi durumunda rehin konusu malı paraya çevirerek alacağını elde etme hakkı tanımakla birlikte, ticarî işlemlerde taşınır rehni söz konusu olduğunda, bu kuraldan ayrılmıştır. Buna göre, rehin alacaklısının, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (TİTRK) m. 14 çerçevesinde⁴², üzerinde rehin hakkı kurulan malın İİK m. 24 uyarınca mülkiyetinin kendisine devredilmesini veya alacağın, 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine devredilmesini ya da zilyetliğin devrine konu olmayan varlıklarda kiralama ve lisans hakkının kullanılabilmesini isteme veyahut genel hükümler çerçevesinde icra takibi başlatabilme haklarına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu çerçevede özellikle ticarî işletme işleten borçlunun ticarî işletmesindeki taşınır varlıkları⁴³ üzerinde rehin tesis etmiş ve borçluya mahkeme tarafından daha sonra konkordato mühleti verilmiş olması ihtimal dahilinde olduğundan, borçluya verilen konkordato mühletinin ticarî işlemlerde taşınır rehnini nasıl etkileyeceği ve İİK m. 295'in burada uygulama alanı bulup bulamayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

1. Rehnedilenin Mülkiyetinin Devri

Ticarî işlemlerde taşınır rehni alacaklısının sahip olduğu haklardan ilki, üzerinde rehin hakkı kurulan malın İİK m. 24 uyarınca mülkiyetinin

41 KURU, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, Ankara 2013, s. 1464; YEŞİLOVA, *Öztek-Konkordato Şerhi*, s. 375; ALTAY/ESKİOCAK, s. 168; DURAN, s. 190,191.

42 Maddede belirtilen hakların seçimlik hak olduğuna ilişkin bkz., HASIRCI, Hakan, "6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *BATİDER Y. 2017, S. 2, s. 223*; GÜMÜŞ, Mustafa Alper, "6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar", *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu*, (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 204; YURTMAN, Hazalcan, *6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar*, İstanbul 2021, s. 60. Ticarî işletme rehninin alacaklısına seçimlik yetki verdiği ya da bunun genel hükümlere göre takip yapmadan önce yerine getirilmesi gereken bir takip şartı olduğu yönündeki tartışmalar 7099 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle önemini yitirmiştir. Değişiklik öncesi tartışmalar için bkz., HASIRCI, s. 218 vd.

43 Rehne konu olabilecek taşınır varlıklar TİTRK m. 11'de; henüz malike ait olmayan ancak ileride mülkiyete konu olabilecek taşınır varlıkların rehne konu olabileceğini m. 12'de; mevcut veya ileride mülkiyeti edinebilecek taşınır varlıkların getirilerinin kendi başına ya da getirisi olduğu taşınır varlıkla birlikte rehne konu olabileceğini m. 13'de düzenlemiştir.



kendisine devredilmesini isteme hakkıdır. Borçlunun temerrüdü hâlinde, alacaklı söz konusu hakkı kullanmak istiyorsa, Ticarî İşlemlerde Rehin Hakkının Kurulması ve Temerrüt Sonrası Hakların Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 29 vd. maddelerinde belirtilen usûlü izlemek suretiyle mülkiyetin kendisine devrini talep etmelidir. Burada, ticarî işlemlerde taşınır rehininin konusunu oluşturan şeyin kendisine devrini isteyen alacaklı esas itibariyle takip talebinde bulunmalı, takip talebi üzerine icra dairesi tarafından borçluya (rehin üçüncü kişi tarafından verilmişse üçüncü kişiye de) ödeme emri gönderilmesi⁴⁴ sağlanmalı ve ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine taşınırın tesliminin sağlanması için icra emri⁴⁵ gönderilmesi talep edilmelidir⁴⁶. Görüldüğü üzere ticarî işlemlerde taşınır rehni bakımından, İİK'nin öngördüğü takip yollarından ayrılarak yeni ve özel bir takip yolu kabul edilmiştir⁴⁷.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre⁴⁸ İİK m. 295'te esas itibariyle kanun koyucu rehinli alacaklıların yapabileceği "*rehinli takiplerle*" ilgili bir düzenleme öngörmüştür ve ana öge "*rehnin paraya çevrilmesi yoluyla*" takiplerdir. Bu görüş taraftarları TİTRK'nin İİK m. 295 kapsamına girip girmediği hususunda bir değerlendirme yapmamışlardır⁴⁹. Bir diğer görüşe göre⁵⁰, maddede her ne kadar rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip kavramı kullanılmışsa da TİTRK m. 14/1-a'daki düzenlemenin de İİK m. 295 kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, TİTRK'deki düzenlemenin rehin hakkı sahibine verdiği doğrudan hâkimiyetin kapsamı, adî işlerdeki rehin alacaklısının sahip olduğu doğrudan hâkimiyetin kapsamına göre özel düzenlemeyle genişletilmiştir. Dolayısıyla, rehin hakkı sahibi, mal sahibinin aracılığına ihtiyaç duymaksızın rehin konusunun doğrudan kendisine devrini talep etme imkânına kavuşmaktadır. Bu durum, rehin hakkının, sınırlı bir

44 Rehin hakkı ilâm niteliğinde belgeye dayanmaktaysa, doğrudan icra emri gönderilmelidir (HASIRCI, s. 229; BİLGİN, Hikmet, "6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış", TAAD Y. 2017, S. 31, s. 627,628).

45 İcra emrinden maksat, rehinli taşınırın rehin alacaklısına teslim edilmesini sağlamak amacıyla icra müdürlüğünce verilen muhtıradır. Dolayısıyla burada takip hukuku anlamında icra emrinden bahsedilmemektedir (BİLGİN, s. 641).

46 Ayrıntılı bilgi için bkz., HASIRCI, s. 228 vd.

47 BİLGİN, s. 626.

48 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 376.

49 Öğretide, TİTRK'nin amacıyla konkordatonun amacının benzer olduğundan hareketle TİTRK uyarınca rehnedilen mallar bakımından da İİK m. 295'in uygulama alanı bulacağı belirtilmiş olmakla birlikte; aynı yazarlar daha sonraki ifadelerinde, teslimsiz taşınır rehinlerinin İİK m. 295 kapsamında değerlendirilemeyeceğini ifade etmişlerdir (KOÇ, Evren/ KONURALP, Cengiz Serhat/CANDEMİR, Mehmet Ünsal, *7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 2021, s. 23,24).

50 GÖKÇEN, s. 52.

aynî hak olarak hak sahibine doğrudan hâkimiyet sağlamasına ilişkin özelliğın değışmesine neden olmamaktadır.

Ticarî işlemlerde taşınır rehni sahibi, rehin konusunu oluşturan şeyin kendisine devrini talep etme hakkını diğeri alacaklılara karşı da sınırlı bir aynî hakka sahip olmasının gereğı öncelikli olarak ileri sürebilmelidir. Bu çerçevede, İİK m. 295'te rehin türleri bakımından kanun koyucunun bir ayırım yapmadığı; İİK m. 23 uyarınca ticarî işlemlerde taşınır rehinlerinin de Kanun'un kapsamına dâhil olduğu dikkate alınarak maddenin konuluş amacına uygun bir yorum yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla ticarî işlemlerde taşınır rehni sahibinin de öncelik hakkı korunmalı ve onun sahip olduğu rehin hakkının da İİK m. 295'in kapsamına dahil olduğu kabul edilmelidir. Bu çerçevede, İİK m. 295'te yer alan "*rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip*" ifadesi, TİTRK'deki rehinli alacaklıya verilen seçimlik hakları kapsar şekilde geniş anlaşılmalı; İİK'de yer alan takip türleri ile sınırlı tutulmamalıdır. Zira İİK m. 295'in başlığı "*Kesin mühletin rehinli alacaklılar bakımından sonuçları*" şeklinde olup, rehinli alacaklının niteliğine ilişkin bir sınırlama getirmemektedir. Öte yandan İİK her ne kadar satıştan bahsetse de, burada anlaşılması gereken rehin hakkının sağladığı hâkimiyetin kullanılmasıdır.

Buna göre, ticarî işlemlerde taşınır rehni alacaklısının, TİTRK m. 14/1-a'nın ve Yönetmelik'in 29 vd. maddeleri uyarınca konkordato talep eden borçlusuna karşı, rehin konusunun kendisine devrini sağlamak amacıyla takip başlatabilmesi ve başlattığı takibin devamını sağlayabilmesi mümkündür. İİK m. 295/I'de rehin konusuyla alâkalı sadece, muhafaza tedbirlerinin alınamayacağı ve kural olarak rehinli malın satışının yapılamayacağı belirtildiğinden, bu takip içerisinde borçluya ödeme emri gönderilebilir. Bununla birlikte, rehinli malın mülkiyetinin alacaklıya devrinin sağlanması için söz konusu takipte, ödeme emrinin kesinleşmesi üzerine kural olarak borçluya icra emri gönderilmemelidir. Zira İİK m. 295/I gereğince, rehinle alâkalı muhafaza tedbiri alınamaz ve rehinli malın satışı gerçekleştirilemez. Söz konusu düzenleme, özünde konkordato mühleti içerisinde borçlunun ekonomik hayatını ve ticarî faaliyetlerini devam ettirmek suretiyle konkordatonun başarıya ulaşmasını sağlamayı amaçlamaktadır. TİTRK'deki düzenlemeler ile rehnedilmiş olan taşınır varlığın borçlunun uhdesinde bırakılmasına izin verilmesindeki amaç da, işletmelerin finansman elde etmek için rehnedilen taşınırın zilyetliğini alacaklıya bırakmak zorunda kalmadan işletmesinin devamı için kullanabilmesidir⁵¹. Konu bu açıdan

51 GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan, "*Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'nun Ticaret Hukuku*



ele alındığında her iki düzenlemedeki amaçların örtüşmesinin sonucu, kural olarak, konkordato mühleti içerisinde ticarî işlemlerde taşınır rehnine konu olan şeyin mülkiyetinin devrini sağlayacak olan icra emrinin de borçluya gönderilmemesi gerekliliğidir⁵².

Bu konuda değerlendirme yapılırken İİK m. 295/II'deki düzenleme de dikkate alınmalıdır. İlgili düzenlemede, rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması öngörülüyor veya kıymeti düşecek ya da muhafazası masraflı olacak ise satışına izin verilebileceği hüküm altına alınmıştır⁵³. Dolayısıyla, ticarî işlemlerde taşınır rehnine konu olan şey, konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılmayacaksa veya kıymeti düşecekse ya da muhafazası masraflıysa, devrinin sağlanabilmesi için mahkemeden izin alınması hâlinde, borçluya Yönetmelik'in öngördüğü şekilde icra emri gönderilmek suretiyle başlatılmış olan takibin devam ettirilmesi mümkündür. Kanımızca burada mahkemeden sadece rehnedilmiş taşınırın devrine izin verilmesi için bir talepte bulunulabilir. Dolayısıyla mahkemenin, malın mülkiyetinin devrine ilişkin bir karar vermesi söz konusu olamaz. Mahkemenin şartların mevcudiyeti hâlinde devre izin vermeye ilişkin karar vermesi durumunda, alacaklının talebiyle duran takibin devamı sağlanarak borçluya Yönetmelik m. 37'de öngörülen icra emri gönderilebilir hâle gelir.

2. Alacağın Varlık Yönetim Şirketine Devri

Alacaklının TİTRK m. 14/1-b uyarınca, alacağını 5411 sayılı Kanun uyarınca faaliyet gösteren varlık yönetim şirketlerine⁵⁴ devretme hakkı bulunmaktadır. Alacaklının bu hakkı kullanması hâlinde, alacağı devralan kişiler Yönetmelik m. 41/I uyarınca devreden alacaklının halefi olurlar. Bu ihtimalde rehin alacaklısının alacağını devretmesi borçlunun aktifinde bir eksilmeye yol açmadığı ve borçlunun ekonomik hayatı veya ticarî faaliyetleri üzerinde herhangi bir etki yaratmadığı için, konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyen bir sonuç doğurmaz.

Açısından Değerlendirilmesi", **BATİDER** Y. 2017, S. 1, s. 9; ATAKAN, Murat Can, "Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi", **SÜHFD** Y. 2018, S. 2, s. 399; AKSOY, Mehmet Ali, "Yeni Bir Kurum Olarak Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticarî İşletme Rehni İle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi", **ABD** Y. 2018, S. 1, s. 56; GÖKÇEN, s. 52; KOÇ/KONURALP/CANDEMİR, s. 22,23.

52 GÖKÇEN, s. 52,53. İflâsın ertelenmesi bakımından benzer yaklaşım için bkz., BİLGİN, s. 630.

53 Ayrıntılı bilgi için bkz., aşa. IV/B.

54 Yönetmelik m. 41/I'de, devrin varlık yönetim şirketleri dışında ayrıca üçüncü kişilere de yapılabileceği hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla, rehin alacaklısının bu hakkını kullanması, İİK m. 295/I'de düzenlenen⁵⁵ rehlin paraya çevrilmesi yasağıyla korunmak istenen menfaat üzerinde bir etki yaratmaz. Bu nedenle, rehin alacaklısı, konkordato mühleti içerisinde borçludan olan alacağını rehlin paraya çevrilmesi yasağıyla karşılıksızdan varlık yönetim şirketine (veya üçüncü kişiye) devredebilir⁵⁶.

3. Devri Mümkün Olmayan Rehinli Varlıklarda Kiralama ve Lisans Hakkının Kullanılması

Üzerinde taşınır rehni kurulabilmekle birlikte devri mümkün olmayan varlıklar⁵⁷ bakımından, TİTRK m. 14/1-c ve Yönetmelik m. 41/II uyarınca, rehin alacaklısı kiralama ve lisans hakkını bizzat kullanabileceği gibi, bunları üçüncü kişiye de kullandırabilir. Her iki hâlde de lisanslama ve kiralamadan elde edilen gelirin borca yetecek düzeye ulaşmasıyla bu hak sona erer. Öğretide⁵⁸, zilyetliği fiilen devre konu olmayan kiralama ve lisans haklarının kullanımının, bunlar üzerinde hâkimiyet sağlayacak araçların devredilmesini gerektirdiğinden⁵⁹ hareketle, konkordato mühleti içerisinde, kiralama ve lisans hakkının devrinin istenemeyeceği ifade edilmiştir.

Kanımızca kiralama ilişkisi bakımından rehin alacaklısı ve üçüncü kişi arasındaki ilişki alt kira veya kullanım hakkının temlik olarak nitelendirilebilirse de, lisans ilişkisi bakımından lisanstan doğan kullanma hakkının devri olarak anlaşılmalıdır⁶⁰. Bu ihtimal ise, konkordato bağlamında, özellikle kiralama ve lisans hakkının rehin alacaklısı tarafından üçüncü kişiye kullandırılması hâlinde, alt kira veya kullanım hakkının devri ilişkisi oluşturularak üçüncü kişiye

55 Burada akla İİK m. 294/VI'da yer alan "*konkordato mühletinin verilmesinden önce, müstakbel bir alacağın devri sözleşmesi yapılmış ve devredilen alacak konkordato mühletinin verilmesinden sonra doğmuş ise, bu devir hükümsüzdür*" düzenlemesi gelebilirse de, bu düzenleme ile borçlunun müstakbel bir alacağının devrinin yasaklandığı ve esas itibarıyla konkordato borçlusunun malvarlığının korunmak istendiği unutulmamalıdır (TUNÇ YÜCEL, **Mühletin Sonuçları**, s. 197). Dolayısıyla bu hükmün uygulanması, konkordato borçlusunun alacaklısının alacağını devretmesine engel olmaz.

56 GÖKÇEN, s. 53.

57 GÜMÜŞ, s. 206; HASIRCI, s. 260; YURTMAN, s. 164. Niteliği itibarıyla ürün getirmeyen alacak hakları, lisans veya kira ilişkisine konu olmaz (GÜMÜŞ, s. 206; YURTMAN, s. 164). Bu haklara fikri ve sınai mülkiyete konu olan haklar, ticaret unvanı, işletme adı, kiracılık hakkı, know-how örnek gösterilmektedir (HASIRCI, s. 260; YURTMAN, s. 165).

58 GÖKÇEN, s. 54.

59 OĞUZ, Sefer, "*Ticari İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni*", **Bankacılar Dergisi** Y. 2017, S. 100, s. 26.

60 GÜMÜŞ, s. 224; YURTMAN, s. 185.



devredilmesini gerektirmektedir. Bu ise, İİK m. 295/I gereğince mümkün olmaz. Bununla birlikte, kiralama ve lisans hakkının kullanılması esasen paraya çevirmenin özel bir tarzı olarak değerlendirilebilir. Şöyle ki, her ne kadar İİK m. 295'te satıştan bahsedilse ve İİK'nin genelinde satış kavramı kullanılsa da öğretide⁶¹ de ifade edildiği üzere burada kast olunan paraya çevirmedir. Zira, İİK m. 106 vd. maddelerinin bölüm başlığı "*PARAYA ÇEVİRME*" olup; m. 121'de "*Paraya çevirmenin diğer tarzı*" ifadesi kullanılmıştır. Esasen cebri icra konusu her hakkın satılması söz konusu olamayacağına satıştan başka paraya çevirme usûllerinin de dikkate alınması ve İİK m. 295/II kapsamında mahkemenin izni ile bu usûllerin de uygulanmasının mümkün olduğu kanaatindeyiz. Bu çerçevede, kiralama ve lisans hakkının rehin alacaklısı veya borçlu, 295/II'deki şartların varlığı hâlinde, bu hakların kullanılmasına izin verilmesini bir paraya çevirme yöntemi olarak isteyebilir⁶².

Bu iznin verilmesi durumunda, sorun yaratacak husus, bu hakların kullandırılması suretiyle rehinli alacağın hangi miktarda ödenmiş olacağıdır. İlk olarak Yönetmelik m. 41/II uyarınca, lisanslama ve kiralama geliri borca yetecek düzeye ulaştıktan sonra kiralama ve lisanslama hakkı sona erer. Eğer kısa bir süre bu haklar kullanılır ve borca göre daha az bir gelir getireceği düşünülürse, İİK m. 298/II'den hareketle komiserin yapacağı kıymet takdiri ile sorunun çözülmesi uygun olur. Buna göre, komiser, rehin konusu zilyetliğin devrine konu olmayan hususlardan lisanslama ve kiralama suretiyle elde edilecek gelirleri belirlemelidir. Mahkemenin, bu sınırlar çerçevesinde, lisanslama ve kiralamaya genel bir izinden ziyade belirli bir süreyle sınırlı olacak şekilde izin vermesi uygun olur.

4. Genel Hükümler Çerçevesinde Takip

TİTRK m. 14/1-ç düzenlemesine göre, rehinli alacaklının genel hükümlere başvurusu⁶³, yani rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatma hakkını kullanmak istemesi durumunda, İİK m. 295/I'deki düzenleme uyarınca, alacaklının borçlu aleyhine mühlet içerisinde

61 KURU, s. 634; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, *İcra ve İflâs Hukuku*, 6. B., Ankara 2020, s. 320.

62 Bkz., aşa. IV/B.

63 Maddede belirtilen "*genel hükümler çerçevesinde takip yapabilir*" ifadesinden, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip anlaşılmalıdır (YILMAZ, Ejder, "*Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na Göre Rehlinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları*", *Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu* (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara, 2018, s. 253,254; TUNCER KAZANCI, İdil, "*Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehlinlerde Rehlinli Alacaklının Tatmin Edilmesi*", *İNÜHFD Y.* 2019, S. 1, s. 76; YURTMAN, s. 149). Aksi yönde bkz., BİLGİN, s. 651; HASIRCI, s. 221.

rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmasına ve devam etmesine kanunî bir engel bulunmamaktadır. Ancak, bu takipte İİK m. 295/II'deki istisnaî durum gerçekleşmemişse, rehinli malın satışı mümkün değildir.

C. Rehlinli Alacağa İlişkin Çeşitli İhtimaller

İİK m. 295'te rehnin paraya çevrilmesi yasağına ilişkin düzenleme getirilmiş olmakla birlikte, ilgili hükümde “*rehinle temin edilmiş alacak*”tan bahsedilmekle yetinilmiş, ancak hükmün uygulama alanına girecek olan rehinli alacaklıdan ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmamıştır. Bilindiği üzere rehin, şahsî borcun borçlusu tarafından kendi malvarlığı veya onun borcunu güvence altına almak için üçüncü bir kişinin malvarlığı ya da üçüncü kişinin borcu için kendi malvarlığı üzerinde kurulmuş olabilir. Tüm bu ihtimaller, konkordato mühleti içerisinde yasağın uygulama alanı bulup bulamayacağı bakımından farklı sonuçların doğmasına sebep olduğundan, her biri ayrı başlıklar altında ele alınmıştır.

1. Konkordato Borçlusunun Borcu İçin Kendi Malını Rehin Vermesi

Rehin genellikle, teminat altına alınan alacağın borçlusu tarafından verilir ve bu hâlde borçlu, hem şahsî alacak hakkının hem de aynî hakkın borçlusu olur. Konkordatoda rehinli alacaklıdan, borçlunun malvarlığına dâhil olan unsurlarla alacağı teminat altına alınmış olan alacaklıların anlaşılması gerektiği öğretilmiş baskın görüş⁶⁴ tarafından kabul edilmektedir. Buna göre, konkordatoda ancak borçlunun malvarlığına dâhil olan unsurlar üzerinde teminat altına alınmış olan alacaklar rehinli alacak olarak nitelendirilecek; buna karşılık üçüncü kişinin malı üzerinde rehinle temin edilen alacaklar, konkordato bakımından adî alacak olarak değerlendirilecektir.

64 BERKİN, Necmettin M., *İflâs Hukuku Dersleri*, İstanbul 1972, s. 566; GÜRDOĞAN, s. 185; POSTACIOĞLU, s. 26 vd.; TANRIVER, Süha, *Konkordato Komiseri*, Ankara 1993, s. 221; ÜSTÜNDAĞ, Saim, *İflâs Hukuku*, İstanbul 2009, s. 246-247; ULUKAPI, Ömer, *Konkordatonun Feshi*, Konya, Mimoza 1998, s. 21; TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 34; YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 372; ALBAYRAK, s. 218; ULUKAPI, *Sonuçları*, s. 21; ALTAY/ESKİOCAK, s. 366; DURAN, s. 199; KALE, Serdar, “7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adî Konkordato”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* Y. 2018, S. 1, s. 231; TUNÇ YÜCEL, Müjgan, “Üçüncü Kişinin Malı Üzerindeki Rehinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/> (Erişim: 15.08. 2021). Ayrıca bkz., ÖZTEK, Selçuk, “Adî Konkordatoda üçüncü Kişi Rehninin Akibeti Hakkında Bazı Düşünceler”, <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehninin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/> (Erişim: 30.07.2021).



Uygulamada da üçüncü kişinin malı üzerindeki rehinle temin edilmiş olan alacakların adı alacak olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir⁶⁵. Bu şekilde, gerek öğretilerde gerekse Yargıtay uygulamasında konkordato bakımından rehinli alacaklıdan anlaşılması gereken, rehinli alacağına ilişkin rehlin borçlunun malvarlığı unsurları üzerinde tesis edildiği alacaklıdır.

2. Konkordato Borçlusunun Borcu İçin Üçüncü Kişinin Malını Rehlin Vermesi

Rehin, her zaman şahsî borcun borçlusu tarafından verilmek zorunda değildir. Üçüncü kişiler⁶⁶ tarafından da kendi malları üzerine borçlu lehine rehin hakkı kurulması mümkündür. Borçlu için kendi malvarlığı üzerinde rehin tesis etmiş olan üçüncü kişi, borcun ödenmemesi hâlinde, rehin konusunun paraya çevrilmesine ve rehinle güvence altına alınan alacağın rehlin satış bedelinden karşılanmasına katlanmak zorundadır (TMK m. 881/II, 884/I). Bu ihtimalde, üçüncü kişinin İİK m. 295'te düzenlenen rehlin paraya çevrilmesi yasağının kapsamına girip girmediği hakkında öğretilerde iki ayrı görüş ileri sürülmektedir.

Öğretilerde baskın olan görüş⁶⁷, alacağın üçüncü kişinin malvarlığı üzerinde kurulan rehinle güvence altına alınması hâlinde, alacağın İİK m. 295 anlamında rehlinli alacak olarak kabul edilemeyeceğini ve maddenin kapsamına girmeyeceğini kabul etmektedir. Görüşü savunanlardan YEŞİLOVA⁶⁸, İİK m. 295'te yer alan düzenlemenin, konkordato

65 11. HD'nin 11.07.1990 Tarih, 4759 Esas ve 5189 Karar sayılı kararı (ALTAY/ESKİOCAK, s. 893-895).

66 Yargıtay borçlu şirketin borcunu güvence altına alan rehlin, şirket ortaklarına ya da şirketler grubunun başka üyelerine ait olmasının da borçlu lehine üçüncü kişinin gösterdiği rehin olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (11 HD 08.11.1991 T, 1991/6992 E, 1991/5896 K, Legalbank).

67 KURU, s. 1460,1464; TANRIVER, **Komiser**, s. 66; PEKCANITEZ/ERDÖNMEZ, s. 34; PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, "Asıl Borçlu Hakkında Verilen İflâsın Erteleme Kararı Üçüncü Kişiyi Ait İpotekli Taşınmazın Satışına Engel Olur mu? (Karar İncelemesi)", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Y. 2016, S. 2, s. 449; TUNÇ YÜCEL, **Mühletin Sonuçları**, s. 48 vd.; TUNÇ YÜCEL, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/> (Erişim: 15.08.2021); YEŞİLOVA, **Öztek- Konkordato Şerhi**, s. 373; KALE, **Adi Konkordato**, s. 231,232; SARISÖZEN, s. 383,384; ALBAYRAK, s. 218; KALE, Serdar, **Yeni Konkordato Hukuku**, Editör: Prof.Dr. Selçuk Öztek, 2.B., Ankara 2019, s. 338; ALTAY/ESKİOCAK, s. 169; UYAR, Talih, **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Ankara 2019, s. 95; BİLGİN, Mahmut, **İflâs, İflâsın Erteleme, Konkordato ve Yargılama Usûlü**, 2.B., Ankara 2016, s. 1199, 1120; BÖRÜ, Levent, "Adi Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi", **İNÜHFD** Y. 2019, S. 1, s. 181; DURAN, s. 195,198,199; GÖKÇEN, s. 48,49; BAYDAK, Ercin, **Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni**, İstanbul 2018, s. 248.

68 YEŞİLOVA, **Öztek- Konkordato Şerhi**, s. 373; DURAN, s. 195.

bakımından “*rehinli alacaklı*” sayılan kişiler için kabul edildiğini, dolayısıyla alacağı borçlu dışında üçüncü kişiye ait malvarlığıyla güvence altına alınan alacaklının, maddî hukuk bakımından üçüncü kişi karşısında “*rehinli alacaklı*” olarak kabul edilmesi mümkünse de konkordato borçlusu bakımından ve konkordato projesi açısından “*adî alacaklı*” olarak nitelendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca yazar, İİK m. 295/I’de kabul edilen istisnanın amacının, rehin konusunun daha mühlet içerisinde satılıp borçlunun elinden çıkmasını önlemek olduğunu, oysa rehin konusunun üçüncü kişiye ait olması ihtimalinde, anılan amaçla arasında bağlantı kurulmasının mümkün olmadığını; üçüncü kişinin borçluya karşı sahip olduğu rücu ilişkisinin de İİK m. 295/I’in uygulama alanına girmesini gerektirmediğini savunmaktadır. Keza, YEŞİLOVA, İİK m. 303 çerçevesinde, rehin veren üçüncü kişi ile borçlu arasındaki ilişkinin, borçtan birlikte sorumlu olanlara karşı kanun koyucunun alacaklılara verdiği haklar açısından da değerlendirilebileceği kanaatinde⁶⁹.

Benzer görüşteki TUNÇ YÜCEL⁷⁰, maddenin düzenlenişinden ve gerekçesinden yorum yoluyla çıkarım yapılamayacağını; ancak tıpkı iflâsta olduğu gibi konkordatoda da rehinli alacağın niteliği konusunda bir tartışma olmadığından, kanun koyucunun bu hususu açıkça düzenlemeye ihtiyaç duymadığını; maddenin konkordato borçlusunun malvarlığı üzerinde, kendilerine rehin tesisi yoluyla teminat sağlanmış alacaklıların “*konkordatodaki kaderi*”ni özel olarak düzenlediğini⁷¹ ve bu maddeyle konkordato borçlusunun malvarlığının korunmasının hedeflendiğini; dolayısıyla konkordatonun genel felsefesi çerçevesinde, konkordatonun üçüncü kişinin malvarlığını koruma amacının bulunmadığını; mühlet içerisinde üçüncü kişiye ait rehinli malın satılmasının konkordato borçlusunun pasifinde bir artışa sebep olmadığını ifade etmektedir. Ayrıca yazar, konkordato borçlusu ile rehinli malın maliki üçüncü kişinin başlatılan takipte şeklî anlamda mecburî takip arkadaşı olmalarının, İİK m. 295’in üçüncü kişi bakımından da uygulanmasını gerektirmediğini savunmaktadır. TUNÇ YÜCEL’e göre, esas itibarıyla İİK m. 45’te düzenlenen önce rehlin paraya çevrilmesi yoluna başvuru kuralı açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu çerçevede, ilgili kural, rehin alacaklısının borçlunun rehlin konusunu

69 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 374.

70 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 48 vd.; TUNÇ YÜCEL, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu> (Erişim: 15.08. 2021).

71 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 373.



oluşturan malvarlığı dışındaki malvarlığına öncelikli olarak yönelmesini engellemek suretiyle, borçlunun diğer alacaklılarını korumaktadır. Dolayısıyla önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvuru kuralının ve İİK m. 295'in güttüğü amaç dikkate alındığında, konkordatoda üçüncü kişiye ait rehinli malın satışına imkân verilmek suretiyle borçlunun malvarlığının da konkordatoda korunması sağlanmaktadır. Bu çözümse hem adî alacaklıların hem de rehin alacaklısının lehinedir.

Azınlıkta kalan görüş ise⁷², mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan rehinli malların İİK m. 295/I gereğince satılmaması gerektiği yönündedir. ÖZTEK, rehinli malın kime ait olduğuyula ilgili kanun koyucu herhangi bir ayırım yapmadığından, hükmün uygulama alanının yorum yoluyla daraltılmaması gerektiğini; rehinli mal üçüncü kişiye ait olsa bile, söz konusu malın borçlunun ticarî hayatı bakımından önemli olabileceğini; borçlu ile rehin veren üçüncü kişinin rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte mecburî takip arkadaşı olacağını⁷³; iflâsın ertelenmesi ile konkordatoda güdülen amaçlar bakımından benzerlik olduğunu, dolayısıyla, iflâsın ertelenmesi döneminde bu konuda verilen kararlardan konkordatoda da yararlanılabileceğini belirterek İİK m. 295'te öngörülen satış yasağının borçlu lehine üçüncü kişinin rehin vermesi hâlinde de uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Aynı görüşteki KÖROĞLU⁷⁴, İİK m. 295 ve m. 307'nin amaç yönünden mühlet içerisinde borçlunun işletmesinin devamı için gerekli olan rehinli mallardan mahrum kalmasının önüne geçilmesini hedeflediğini; böylece konkordato projesinin başarıya ulaşmasının sağlanmaya çalışıldığını; kanun koyucunun rehinli malın kapsamı bakımından bir ayırım yapmadığını, dolayısıyla İİK m. 295'te düzenlenen satış yasağının borçlu için üçüncü kişinin rehin vermesi durumunda da uygulanması gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, rehinli malın mülkiyetinin kime ait olduğundan ziyade, işletmenin devamı için gerekliliği önem arz eder.

72 ÖZTEK, **Adî Konkordatoda** <https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehнинin-akibeti-hakkında-bazi-dusunceler>; ATALAY/ATALI/ERDOĞAN, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacakların-borçlunun-konkordato-nisabında-dikkate-alınıp-alınamayacağı-meselesi/> (Erişim: 16.08.2021); KÖROĞLU, s. 154 vd.; ŞAHİN, s. 229,249,250; PEKCANİTEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 510.

73 ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul 2004, s. 72; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 432, dñn.,11; ATALY/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 458; KÖROĞLU, s. 145. Ayrıca bkz., HGK 07.07.2019 T, 2017/760 E, 2019/838 K. 12 HD 22.12.2016 T, 2016/22397 E, 2016/25866 K; 12 HD 01.03.2017 T, 2016/30194 E, 2017/2935 K, Legalbank.

74 KÖROĞLU, s. 154 vd.

Diğer taraftan, Yargıtay'ın konkordatoda rehin veren üçüncü kişiye karşı takip yapılmasına imkân veren 2021 yılına ait güncel içtihatları bulunmaktadır. Yargıtay⁷⁵, uyuşmazlığın üçüncü kişi tarafından tesis edilen ipotek ile teminat altına alınan alacağın, adî alacak olarak nisapta nazara alınıp alınmayacağı noktasında toplandığı; İİK m. 295/I'deki ifadenin 4949 sayılı Kanunla değişik İİK m. 289'daki ifadeyle aynı olduğu; meselenin konkordatonun amacı çerçevesinde değerlendirilmesi ve konkordatonun başarıya ulaşması için borçlunun malvarlığının korunması gerektiği; İİK m. 295/I'in bu amaca hizmet ettiği; rehlin üçüncü kişi tarafından verilmesi hâlinde bu rehlin paraya çevrilmesinin konkordato talep eden borçlunun pasifine etki etmeyeceği; bu hâliyle üçüncü kişi tarafından verilen rehlin paraya çevrilmesinin konkordato kapsamında engellenmesinin, kanun koyucunun amaçladığı bir sonuç olarak düşünülmemeyeceği; malı satılan üçüncü kişinin de rüçû alacağının ancak konkordato nisabına dâhil edilmesi hâlinde talep edilebileceği; taşınmazını borçlu lehine ipotek veren üçüncü kişinin borçtan birlikte sorumlu olduğundan İİK m. 303'ün uygulanması gerektiği; üçüncü kişi tarafından tesis edilen ipoteğin İİK m. 307 kapsamında da kabul edilemeyeceği, dolayısıyla da üçüncü kişi rehniyle teminat altına alınan alacakların, konkordatoda adî alacak olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

HUNKELER⁷⁶, üçüncü kişi rehniyle güvence altına alınmış alacakların adî alacak sayılması ve konkordatoya tâbi olması gerektiğini belirtmektedir. Bu çerçevede, İsviçre Hukukunda üçüncü kişi rehniyle güvence altına alınmış alacakların, konkordato projesinin oylanmasındaki nisaba dâhil edilmektedir. Şöyle ki, üçüncü kişinin gösterdiği rehin henüz paraya çevrilmemişse, rehinli alacaklı, konkordato borçlusunun malvarlığı üzerinde herhangi bir rehin hakkına sahip bulunmadığından, alacağı adî alacak sayılır. Keza, üçüncü kişinin gösterdiği rehin paraya

75 15 HD 17.06.2021 T, 2021/4430 E, 2021/2814 K. karar için bkz., mciWebhttps://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIste/ (Erişim: 02.09.2021). Bu karar her ne kadar Yargıtay karar arama motorunda bulunmuş olsa da, kararda anonimleştirme amacıyla yapılan karartma (silme) sebebiyle kararın anlaşılmasında büyük güçlük yaşanmıştır. Bu bağlamda, uygulayıcıların yanı sıra araştırmacıların yargı kararlarına erişimde yaşadığı sorunlara dikkat çekmek, bunların çözümünün hukukun gelişimine katkı sağlayacağına vurgu yapmak isteriz. Diğer karar için bkz., 15 HD. 16.02.2021 T, 2021/1389 E, 2021/275 K, Legalbank. Aynı yönde İstanbul BAM 45. HD., E. 2020/2198 K. 2021/587 T. 2.6.2021, Lexpere.

76 HUNKELER, Daniel/ WOHL, Georg J., **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Art. 310 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4.Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, 2017, s. 1829, Swisslex (Erişim: 26.09.2021).



çevrilmişse, üçüncü kişi, konkordato borçlusuna karşı rücu alacağı için adı alacaklı kabul edilir.

Kanaatimizce konkordatoda mühlet verilmek suretiyle borçlunun ekonomik durumunun iyileştirilmesi amaçlanmakta ve bu amacı gerçekleştirmek üzere onun malvarlığının korunmasına ayrı bir önem atfedilmektedir. Bu çerçevede, konkordatoda mühlet verilmesi ve etkilerine ilişkin düzenlemeler, üçüncü kişilerin malvarlığını koruma amacı taşımaz. Konkordato mühleti içerisinde, borçlu lehine üçüncü kişiler tarafından verilen teminatların satışının yapılması, borçlunun malvarlığını azaltan ve konkordatonun başarıya ulaşmasını engelleyen bir sonuç doğurmaz. Rehnin paraya çevrilmesi yasağının kapsamına üçüncü kişi rehinlerini dâhil etmek, onların muaccel hâle gelmiş borçlarını ifadan kaçınmalarına olanak sağlar. Konkordato mühletine ilişkin düzenlemelerin temelinde, borçlunun malvarlığının korunması ve alacaklılar aleyhine malvarlığı mevcudunun azalmasının engellenmesi olduğu düşünüldüğünde, borçlunun malvarlığına dâhil olmayan unsurun satılması mümkündür. Rehin veren üçüncü kişinin rücu hakkını kullanabilmesi ayrı bir sorundur. Kanun koyucu soruna karşı İİK m. 303'ü öngörmüştür. Konkordato borçlusu ile rehin veren üçüncü kişi borçtan birlikte sorumlu olan kişiler olarak değerlendirilmeli (TBK m. 884, II; TBK m. 109) ve alacaklıların konkordatoya muvafakat edip etmediği tespit olunarak İİK'nin 301 ve 303'üncü maddeleri çerçevesinde konkordato komiserince alacaklılar toplantısında oy kullanmaları sağlanmalıdır.

Ayrıca, İİK m. 295'e eklenen 2. fıkradaki "*rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması*" ifadesinden hareketle de üçüncü kişi rehinlerinin madde kapsamına dâhil olmadığı sonucuna varılabilir. Şöyle ki, rehin hakkı, kural olarak, alacaklıya rehinli maldan yararlanma ve o malı kullanma hakkı vermez⁷⁷. Taşınır rehninde kural olarak teslim gerektiğinden rehnedilen mal alacaklının elindedir. Ancak TBK m. 947 uyarınca, alacaklının taşınırı kullanma veya semerelerinden yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Taşınırı rehneden, teslim şartı sebebiyle her ne kadar malı elinde bulunduramadığından doğrudan kullanamasa da, semerelerinden yararlanma hakkına sahiptir. Taşınmaz rehninde ise, rehneden, taşınmaz mala zilyettir ve kural olarak taşınmazı kullanabilmektedir. Rehnedenin borçlu değil de üçüncü kişi olması hâlindeyse, kural olarak, borçlu ister taşınır ister taşınmaz niteliğinde

77 SEROZAN, Rona, "*Taşınmaz Rehni*", İÜHFİM Y. 2006, S. 2, s. 301.



olsun malı kullanabilme imkânına sahip değildir. Dolayısıyla, rehinli malın kullanılabilmesi için, borçlunun malın maliki olması gereğini kanun koyucu kabul ettiğinden, anılan hükmün üçüncü kişiler tarafından tesis edilen rehinle teminat altına alınmış alacaklara ilişkin takipleri kapsamadığı sonucuna varılmalıdır. Bu bağlamda, alacağı üçüncü kişinin rehni ile güvence altına alınmış alacaklılar, birden fazla kişinin borçtan birlikte sorumlu olmasını düzenleyen İİK m. 303 çerçevesinde adî alacaklı olarak kabul edilmelidir. Yani konkordato projesinden etkilenen alacaklı olarak, rehinli malın satılmasından kaynaklanan rücu ilişkisi sebebiyle rehin veren üçüncü kişi (İİK m. 302/IV) ve alacağının rehinle karşılanamayan kısmı bakımından asıl alacaklı (İİK m. 302/VI) konkordato alacaklılar toplantısında oy kullanabilmelidir. Henüz üçüncü kişi rehni paraya çevrilmemişse, rehinli malın tahmini kıymeti üzerinden yapılacak hespla rehin veren üçüncü kişinin ve rehinli alacaklının hangi alacak tutarı için oy kullanabileceği belirlenmelidir.

3. Üçüncü Kişinin Borcu İçin Konkordato Borçlusunun Malını Rehin Vermesi

Konkordato borçlusunun, konkordato talebinden evvel, malını üçüncü kişi lehine rehin gösterdiği hallerde, İİK m. 295/I'de düzenlenen yasağın işlerlik kazanıp kazanmayacağıyla ilgili öğretide farklı görüşler mevcuttur.

TUNÇ YÜCEL'e göre⁷⁸, rehinle güvence altına alınan borç, konkordato borçlusunun borcu olmadığından, konkordato borçlusuna karşı rehni paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir ve rehinli malın satışı da yapılabilir. Bu ihtimalde, rehinli malın satılmayacağını kabul etmek rehni aynî hak niteliğiyle bağdaşmaz. Kaldı ki, önce rehne başvuru zorunluluğunun istisnaları arasında rehinli malın malikinin konkordato mühleti almasının da sayılmadığı göz önüne alındığında, hem asıl borçluya karşı takip yapılamayacak olması hem de rehinli malın malikinin konkordato mühleti içerisinde olduğundan bahisle malın satılmayacağını kabul edilmesi, menfaatler dengesine aykırı bir sonucun doğmasına sebep olur.

SARISÖZEN'e⁷⁹ göre, yasak, rehinli malın sadece konkordato borçlusunun kendi borcu için verilmiş olması hâlinde değil, konkordato borçlusunun üçüncü kişinin borcu için kendi malvarlığı üzerinde

78 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 35,36.

79 SARISÖZEN, s. 384.



rehin tesis etmesi hâlinde de uygulanmalıdır. Bu durumun aksinin savunulması, rehlin teminat fonksiyonu dikkate alındığında konkordato borçlusunun kefil olduğu durumlarda kendisi hakkında her türlü takibin yapılabilmesi sonucunu doğurur.

ŞAHİN ise⁸⁰, borçluya karşı takip yapılamayacağı kabul edilmesinin, bir yandan önce rehne başvuru kuralı sebebiyle üçüncü kişiye de başvurulmaması öte yandan da rehlin alacaklısının konkordato alacaklısı olmaması sebebiyle alacağını yazdıramaması sonucunu beraberinde getireceğini belirtmektedir. Bu sonuçların yanı sıra, bir de rehlin alacaklısının üçüncü kişi lehine rehlin veren konkordato borçlusuna karşı da İİK m. 295/I gereğince takip yapamayacağı kabul edilmesinin, alacaklıyı tamamen korumasız bırakmak anlamına geleceğini ve menfaatler dengesinin rehlinli alacaklı aleyhine önemli ölçüde bozulmasına sebebiyet vereceğini ifade etmektedir. Bu ise, konkordatodan beklenen amacı aşan bir çözüm olmaktadır.

İİK m. 295'te belirtilen rehlinli mallar, mülkiyeti konkordato borçlusuna ait olan rehlinli mallardır. Zira, anılan hükmün ikinci fıkrasında rehlinli malların konkordato projesinde kullanılmaması istisnaî bir durum olarak düzenlenmiş; olağan olanın bu malların konkordato borçlusu tarafından kullanılması olduğu kabul edilmiştir. Buradan hareketle, rehlinli malların malikinin konkordato borçlusu olduğu sonucuna varılmaktadır. Konkordatoya ilişkin düzenlemelerde borçlu lehine getirilen hükümlerin temel gayesinin, borçlunun ekonomik faaliyetlerinin devamını sağlamak olduğu gözetilirse, konkordato borçlusunun, üçüncü kişiler lehine verdiği rehlinler bakımından da kendi borcu için verdiği rehlinler gibi koruma kapsamında olması gerekir. Kanaatimizce, konkordato borçlusunun üçüncü kişi lehine malı üzerinde rehlin kurduğu hâllerde, bu malın konkordato projesinde kullanılabilme ihtimalinin yüksek olması sebebiyle ilk olarak İİK m. 295/I uyarınca, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir; ancak, konkordato borçlusunun malvarlığını korumak amacıyla rehlinli mal paraya çevrilemez. Lâkin İİK m. 295/II'de belirtilen istisnaların bulunması hâlinde, rehlinli malın satışı mümkündür. Fakat kanunda değişiklik yapılarak, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurma zorunluluğuna istisna getirilmesi gerektiği, yani asıl borçluya karşı doğrudan takip başlatma imkânı verilme suretiyle İİK m. 295/I'in uygulamasının yumuşatılması ihtiyacı bulunduğu görüşüdeyiz. Buna göre, üçüncü kişinin borcu için konkordato borçlusunun rehlin

80 ŞAHİN, s. 251.

verdiği hâllerde, İİK m. 295/I hükmü çerçevesinde rehlin satılamaması nedeniyle, rehin alacaklısının daha fazla zarar görmemesi için, İİK'da özel bir düzenlemeye yer verilmesi uygun olur. Bu bakımdan, yapılacak herhangi bir kanun değişikliği açısından İİK m. 45'e rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurma zorunluluğuna ilişkin yeni bir istisna eklenmelidir. Bu istisna ise, *“Rehinli malın maliki üçüncü şahsa konkordato mühleti verilmesi sebebiyle 295'inci maddeye göre rehlin paraya çevrilemediği hâllerde, alacaklının, doğrudan asıl borçluya karşı haciz veya iflâs yoluyla takip başlatma hakkı saklıdır”* şeklinde hüküm altına alınabilir.

IV. REHİNLİ MALIN MÜHLET İÇİNDE PARAYA ÇEVİRİLMESİ

A. Genel Olarak

İİK m. 295/II uyarınca, *“rehinli malın konkordato projesine göre işletme tarafından kullanılması öngörülüyor veya kıymeti düşecek ya da muhafazası masraflı olacak ise 297 nci maddenin ikinci fıkrasındaki usûle göre satışına izin verilebilir. Satış gelirinden rehinli alacaklıya rehin bedeli kadar ödeme yapılır”*. Rehinli malın paraya çevrilmesi için kanun koyucu tarafından öngörülen şartlar birbirinin alternatifi olup, bunlardan bir ya da birkaçının varlığı hâlinde rehinli malın paraya çevrilmesine izin verilebilir.

Öğretide⁸¹, rehinli mallar bakımından, kıymetlerinin hızla düşmesi ve muhafazalarının masraflı olması hâlleriyle uygulamada karşılaşılmasının güç olduğu, vaktinden evvel satışı düzenleyen İİK m. 113/II hükmü çerçevesinde belirtilmiştir. Zira, rehin hakkının aynî teminat niteliği gözetildiğinde, saklanması ve korunması masraflı olmayan, daha dayanıklı mallar üzerinde rehin kurulması kuvvetle muhtemeldir. Bununla birlikte, uygulamada ayrık durumlarla da karşılaşılabılır. Örneğin rehinli hayvanların salgın hastalık tehlikesi ya da yem fiyatlarındaki artış sebebiyle bakımlarının masraflı olması gereği hızlıca değer kaybetmeleri ihtimal dahilindedir. Aynı şekilde, konjonktürel olarak bazı malların değerinde artış olabilmekte, bazı mallar da değer kaybedebilmektedir. Keza teknolojik ilerleme, daha evvel üretilmiş malların değerini olumsuz etkileyebilmektedir. Bunun gibi, daha hızlı ve seri üretim yapabilen makinelerin kullanılmaya başlanmasıyla eski teknolojiye sahip makinelerin değeri düşebilmektedir.

81 ARSLANPINAR TAT, Tuğçe, *“İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış”*, **TBBD** Y. 2020, S. 151, s. 225.



Değeri hızla düşen veya muhafazası masraflı olan malların bir an evvel paraya çevrilmesi, icra ve iflâs hukukunun genelinde kabul edilmiştir. Haciz yoluyla takipler bakımından İİK m. 113'te ve m. 119'da; iflâs yolunda ise m. 229/II'de kıymeti hızla düşen veya muhafazası masraflı olan malların gecikmeksizin paraya çevrilmesi düzenlenmiştir. Bu bağlamda, konkordatoda bu hâllerde rehinli malların satışına izin verilmesi Kanun'un diğer hükümleriyle uyumludur. Konkordato mühletinde, projede kullanılması öngörülme-yen malların satışına izin verilmesiye hukuk sistemimiz açısından yeni bir düzenlemedir.

B. Rehlinli Malın Mühlet İçinde Paraya Çevrilmesinin Şartları

1. Rehlinli Malın Konkordato Projesine Göre Borçlu Tarafından Kullanılmasının Öngörülüyor Olması

Konkordato projesine göre, rehinli malın işletme tarafından kullanılması planlanmamışsa, satışına izin verilebilir. Kanun metninde "işletme" terimi kullanılmıştır. Ancak, konkordatoya tâbi borçlular, ticarî işletme işleten tacirlerden daha geniş bir kapsama sahiptir. Tacir olan ve olmayan borçlular arasında hükmün uygulanması bakımından bir eşitsizliğe yol açılmamalıdır. Dolayısıyla "işletme" ifadesi yerine "borçlu" ifadesinin kullanılması daha yerinde olurdu. Lâkin, konkordatoya ilişkin hükümlerin ekseriyetle tacirler bakımından kullanılması sebebiyle, İİK'nin konkordatoya ilişkin başka hükümlerinde de işletmeden bahsedilmektedir (İİK m. 286, I-b; 296, I; 297, I-II; 306; 307,I-c; 307, II-e). Bununla birlikte, hükümde geçen "işletme tarafından kullanılması" ifadesinin "borçlunun ekonomik faaliyetlerinin devamlılığı için kullanılmaması" olarak anlaşılması, konkordatoya ilişkin hükümlerin bütünlüğü bakımından uygun olur.

Rehlinli paraya çevrilmesi yasağı, rehinli malın borçlunun işletmesi için önemli olabileceği ve ekonomik varlığını devam ettirmesine katkı sağlayabileceği düşüncesiyle getirilmiştir⁸². Dolayısıyla, borçlunun ekonomik varlığının devamı için ve konkordato projesi kapsamında kullanılmayacak rehinli malın mühlet içerisinde satılmasının mahkemeden istenebilmesi gerektiği öğretilmiştir⁸³ belirtilmiş ve bu görüş kanun koyucu tarafından benimsenerek kanunlaştırılmıştır. Rehlinli mal konkordato projesinde kullanılmadığı için satışına izin verilmesi, hem konkordato borçlusunun hem de rehinli alacaklı ile diğer alacaklıların menfaatine uygun bir yaklaşım olmuştur.

82 KÖROĞLU, s. 156.

83 GÖKÇEN, s. 43,44; KÖROĞLU, s. 156.

Projede rehinli malın kullanılıp kullanılmayacağı hususu ayrıca belirtilmiş olabileceği gibi; buna ilişkin herhangi bir açıklamada bulunulmamış da olabilir. Rehlinli malın projede kullanılıp kullanılmadığı hususunda projeyi inceleyen konkordato komiserinin görüşü ayrı bir öneme sahiptir. Zira, projenin ve borçlunun ekonomik faaliyetlerinin gereklerini tespit etmek bakımından en yetkili kişi, komiserdir. Dolayısıyla komiser rehinli malın projede kullanılacak nitelikte olup olmadığını değerlendirmeli ve bu hususta mahkemeye gerekçeli görüş sunmalıdır.

2. Rehlinli Malın Kıymetinin Düşecek Olması

Öğretide, bir malın kıymetinin düşmesinden, olağan durumda bir değişiklik olmadan ve dışarıdan herhangi bir müdahalede bulunulmadan malın değerinin kendiliğinden azalmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁸⁴. Malın bozulacak ya da çürüyecek nitelikte olması, malın değerinin hızla düşmesine örnek olarak gösterilmektedir⁸⁵. Kıymeti hızla düşecek malların rehne konu olması güçtür⁸⁶. Rehlinli mallar ise, teminat niteliği taşımaları için genellikle daha dayanıklı, uzun süre değer yitirmeyecek şeylerden seçilir. Dolayısıyla, rehinli malların bozulması⁸⁷ ya da çürümesi oldukça istisnai bir durum olarak karşımıza çıkar.

Kanaatimizce, rehinli malın değerinin ilgililerinin bir manipülasyonu olmadan, piyasa koşulları çerçevesinde kendiliğinden azaldığı ve makul bir zamanda tekrar artma ihtimalinin bulunmadığı hâllerde, malın satışına izin verilmesi uygun olur. Örneğin bir makinenin daha ileri teknolojiye sahip yenisinin piyasaya çıkması veya yedek parçalarının üretiminin durdurulması ya da garanti süresinin dolması gibi sebeplerle değeri günbegün düşüyorsa satılması tarafların faydasına olacaktır.

Malın kıymetinin düşecek olması kanunda “veya” bağlacı sebebiyle ayrı bir ihtimal olarak düzenlenmiştir. Burada değerlendirme yapılırken maddenin geneline hâkim olan anlayış dikkate alınmalı; bu çerçevede konkordatonun başarıya ulaşması için rehinli malın projede kullanılması

84 ARSLANPINAR TAT, s. 217.

85 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 282. Kesilmiş çiçekler, et, balık, tavuk eti, taze sebze, meyve gibi ürünler kıymeti süratle düşen ürünlere örnek olarak verilmektedir (UYAR, Talih, “Kıymeti Süratle Düşen veya Muhafazası Masraflı Olan Malların Pazarlıkla Satışı İİK. mad. 113/II; 119/4”, *Yargı Dünyası* Y. 2016, S. 249, s. 23).

86 ARSLANPINAR TAT, s. 224.

87 Bir Yargıtay kararında haczedilen 389 çuval unun niteliği gereği bozulabilmesine karşın, İİK m. 113 çerçevesinde satılabileceği ifade edilmiştir. Bkz., HGK 11.04.2018 T, 2017/2495 E, 2018/759 K, Legalbank.



elzemse ve satışından sonra ikamesi güçse, kıymeti düşüyor olsa da satışına izin verilmemelidir. Buna karşılık, projede kullanılacağı belirtilmekle beraber, başka bir şekilde -örneğin kiralama suretiyle- uygun bir maliyetle ikamesi mümkün olan bir rehinli malın kıymeti hızla düşüyorsa, satışına izin talebi kabul edilmelidir. Mahkeme izin verirken, bizatihi malın değerinin düşmesini kararında tek başına kriter olarak almamalı, aynı zamanda konkordatonun başarıya ulaşması ihtimali ile tarafların menfaatini gözeterek bütüncül bir yaklaşımla takdir yetkisini kullanmalıdır. Çünkü, piyasada malın değeri her ne kadar azalıyor olsa da, borçlu bakımından malın kullanması suretiyle elde edeceği değer ağır basabilir. Bu değer hem rehinli alacaklıların hem de adı alacaklıların alacağına kavuşmasında önemli olabilir. Dolayısıyla mahkeme, izin için kendisine başvurulduğunda, ayrıca malın değerinin düşmesi ile projede kullanılmasından kaynaklanan menfaatler dengesini⁸⁸ gözeterek karar vermelidir.

3. Rehlinli Malın Muhafazasının Masraflı Olması

İİK m. 295/I uyarınca, rehinli mallar için icra takibi başlatılmış olsa bile, bu mallar muhafaza altına alınamaz. Dolayısıyla İİK m. 295/II hükmünde geçen muhafaza masraflarının, icra organları tarafından gerçekleştirilen muhafaza masrafı olmadığını; rehinli malı elinde bulunduranın malın nitelik ve işlevlerini korumak, işlevselliğini sürdürmek için yaptığı bakım, onarım masrafları olduğunu dikkate almak gerekir. Örneğin rehinli CNC tezgahının yağlanması, hava filtrelerinin temizlenmesi, kapalı ve kuru bir ortamda saklanması için gerekli masraflar muhafaza masrafı olarak düşünülebilir. Bu masrafların süreklilik arz ederek artması, malın değeri artmadığı hâlde yapılan bu masrafların getirdiği yük dolayısıyla satıştan elde edilen gelirin anlamsız olması, masraf yükünün konkordato projesinin gerçekleştirilmesinde güçlük yaratması gibi hâllerde, rehinli malın satılması hem borçlu hem de alacaklılar bakımından faydalı olacaktır Diğer bir örnek olarak, hayvanlar üzerinde rehin kurulmuşsa; yem fiyatlarının artmasına, ahırların kira ve bakım giderlerinin yükselmesine rağmen malın değerinde bir artış olmuyorsa, rehinli malın bir an evvel satılması daha fazla gelir elde edilmesine imkân verecektir⁸⁹.

88 ÇİFTÇİ, Pınar, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Menfaat Dengesi)**, Ankara 2010, s. 314.

89 "...haczedilen canlı hayvanların muhafazasının güçlüğü nedeniyle İİK. nun 113. maddesine dayalı olarak "canlı hayvanların satılarak parasının icra dosyasına yatırılıp bu paranın dava sonuna kadar alacaklıya ödenmemesine" karar verildiğinden icra müdürlüğüne satışın yapılmasında Usülsüzlük yoktur...." (12 HD 19.04.2001 T, 2001/6203, 2001/6651 K, Legalbank). Muhafazası masraflı

Mahkemenin bu şarta ilişkin değerlendirme yaparken, rehinli malın muhafazasına devam edilmesi durumunda, mühlet sonrasında satışından elde edilecek muhtemel gelirden muhafaza masraflarını çıkartması; bu suretle bulunan miktarla malın hemen satılması hâlinde elde edilecek geliri kıyaslaması uygun olur. Malın değeri ile malın muhafazası için yapılması gereken muhtemel masraflar arasındaki oran ve muhafaza masraflarının ödenmesi için gereken süre dikkate alınmalıdır⁹⁰. Malın konkordato mühleti süresince değerinin değişip değişmeyeceği, muhafaza masraflarının bu süreçteki yekûnu; malın değer kazanma ve kaybetme ihtimali gibi değişik kıstaslar ele alınarak değerlendirilmeli; bundan sonra bir karar verilmelidir. Şöyle ki, muhafaza masrafları yüksek olmakla beraber malın değeri artıyorsa ve daha da artması muhtemelse, konkordato projesinin ilerlemesi bakımından muhafaza masraflarının yapılmasında sakınca yoksa ve bu çerçevede ileri bir tarihte satıştan daha fazla gelir elde edilmesinin muhtemel olduğu yönünde bir kanaat varılmışsa, malın satılmasına izin verilmesi talebi reddedilmelidir. Benzer şekilde, rehinli maldan elde edilen gelirler, malın muhafaza masraflarını karşılamaktaysa, yine satışına izin verilmemelidir.

Ayrıca, konkordatoda rehinli alacaklar için faiz işlemeye devam etmesi hususunun da dikkate alınmasında fayda vardır. Buna göre, rehinli alacak bakımından işleyen faizlerle malın muhafaza masrafları arasında da denge gözetilmelidir. İşlemekte olan faizler malın muhafaza giderlerinden fazlaysa, malın paraya çevrilmesi menfaatler dengesi açısından daha uygun olabilir⁹¹.

Malın muhafazası için gerekli olan giderler, bazı hâllerde o kadar fazla olabilir ki, o malın ilerleyen bir tarihte satılması suretiyle elde edilecek gelir muhafaza masraflarını karşılayamayabilir; satış anlamsız hâle gelebilir. Bu sebeple, kanun koyucu muhafazası masraflı olan malların, konkordato mühletinin sona ermesi beklenmeden satılmasına imkân tanımıştır. Temel gaye, paraya çevirme suretiyle rehinli malın satışından daha çok gelir elde edip, alacaklının alacağına daha fazla karşılmasını ve borçlunun borcunun azalmasını sağlamaktır. Bu durum, hem rehinli alacaklının hem de borçlunun lehinedir. Diğer taraftan borçlunun malvarlığının değer kaybına uğraması engellenerek, borçlunun ödeme gücünün azalmasının önüne geçilmektedir. Malın

olanlara ayrıca soğuk hava depolarında saklanabilecek peynir, süt, şarap, alkollü içecekler ile ahır veya barınaklarda korunabilecek hayvanlar örnek olarak gösterilmektedir (UYAR, **Pazarlıkla Satış**, s. 23).

90 KREN-KOSTKIEWICZ, s. 397.

91 İsviçre Hukukunda, iflâs hâlinde ipotekli malların erken paraya çevrilmesi, ipotekli alacağın faizlerinin karşılanmaması hâlinde mümkündür. Bkz., KREN-KOSTKIEWICZ, s. 398.



muhafazasının masraflı olması halinde satışına izin verilmesi, alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesini⁹² sağlamaya yöneliktir. Keza, borçlunun malvarlığının daha fazla azalmasının önüne geçilerek, muhtemel bir iflâs tehlikesine karşı, borçlunun konkordatoya tâbi alacaklıları da korunmaktadır.

4. Rehinli Malın Satışına İzin Verilmesi

Rehinli malın satılabilmesi için, bu hususta asliye ticaret mahkemesinin izin vermesi gerekir⁹³. Burada yetkili ve görevli mahkeme, konkordatoda mühlet kararını veren mahkemedir. Bu hususun çekişmesiz yargı işi olması karşısında, usûl ekonomisi bakımından ayrı dosya açarak değil; aynı dosya üzerinden talepte bulunulması gerektiği kanaatindeyiz.

Mahkeme, ancak talep üzerine satışa izin verebilir. Rehinli malın satışında menfaati olan alacaklı ve borçlu, izin verilmesi talebinde bulunabilir. Lâkin, İİK m. 295'te izin talebinde bulunacak olanlara ilişkin açık hüküm bulunmamakta; m. 297/II'deki usûle göre rehinli malın satışına izin verilebileceği belirtilmektedir. Atıf yapılan hükümdeyse, borçlunun mahkemenin izni dışında yapamayacağı işlemler sayılmaktadır. İİK m. 297/II'nin düzenlenişi itibariyle izin talebinde bulunacak olan borçludur. Ancak satış talebi lehine olan, satıştan elde edilecek gelire alacağı ödenecek olan rehinli alacaklı tarafından da satışın istenmesi hâlin icabı gereğidir. Kanunda, paraya çevirmeye ilişkin genel hükümlerde (İİK m. 106 vd.) satış talebinde bulunanın esas olarak alacaklı olduğu, ancak İİK m. 113 uyarınca borçlunun da satış talebinde bulunabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce rehinli malın paraya çevrilmesinde borçlunun menfaatinin bulunduğu hâllerde borçlu da satışa izin verilmesini talep edebilmelidir. Örneğin, projede kullanılmayacak olan ve ticarî faaliyetler bakımından ihtiyaç duyulmayan; hatta bakım masrafları önemli bir yekûn tutan bir rehinli malın satılmasını, hem rehinli borcun ödenmesine hem de bakım masraflarından tasarruf edilmesine imkân sağlaması nedeniyle borçlu da isteyebilir.

Alacaklının rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başvurmadığı hallerde, borçlu rehinli malını devretmek isterse bu halde, doğrudan İİK m. 297/II hükmü çerçevesinde mahkemeden satışa izin verilmesi

92 ÇİFTÇİ, s. 314.

93 İİK m. 295/II'de öngörülen izin, rehinli malın satışına ilişkin olup, bizatihi rehinli malın icra dairesi tarafından muhafaza tedbiri uygulanması için bu maddeye dayalı olarak mahkemeden talepte bulunulamaz.

talebinde bulunmalıdır. Başlamış bir rehinli takip bulunmadığından, bu halde, İİK m. 295/II'nun uygulanma imkânı yoktur. Ayrıca, bu halde mahkeme satışa izin verirse, bu bir cebri satış değil; rehinle yüklü olarak malın adi satışdır.

Borçlunun satış talebinde bulunduğu hâllerde, alacaklının takip başlatmış olması gerekir⁹⁴. Takip başlatılmadan mahkemeden satış izni verilmesi talebinde bulunmasında hukukî yarar yoktur. İİK m. 295/I, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe ilişkindir. İkinci fıkranın da bu kapsamda değerlendirilerek, mahkemeden satış izni istenebilmesi için, alacaklının rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatması ve bu takipte satış aşamasına gelmesi gereği aranmalıdır. Kanunda, rehinli malın takip başlatılmaksızın alacaklı veya borçlunun talebiyle paraya çevrilmesini sağlayacak açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla, borçlunun ve alacaklının rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmamış mal hakkında satış talep edebilmesi, İİK'nun lâfzî itibarıyla mümkün değildir. Bu bağlamda, İİK'deki düzenlemeler çerçevesinde, rehinli malın satılması için alacaklının mutlaka rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmış olmalı gerekir.

Diğer taraftan, satış izni mühlet içerisinde istenmelidir. Burada mühlet ile kastedilen kesin mühlettir. Ancak, geçici mühlet kesin mühletin sonuçlarını doğuracağı için, geçici mühlette de satış izni talebinde bulunulması mümkündür⁹⁵. Geçici mühlette satış izni verilmesi, daha ziyade, konkordato mühletinden evvel alacaklının borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıp, bu takipte satış aşamasına geldiği hâllerde söz konusu olabilir.

Mahkeme izin öncesi, İİK m. 297/II uyarınca, konkordato komiserinin görüşüyle alacaklılar kurulunun muvafakatini almalıdır. Kanun'da alacaklılar kurulunun muvafakatinden bahsediliyorsa da, bu muvafakat sadece alacaklılar kurulunun teşkil ettiği hâllerde aranmalıdır. Dolayısıyla, geçici mühlette veya alacaklılar kurulunun teşkil etmesinin zorunlu olmadığı durumlarda, mahkeme bu hususta karar verebilmek için, kesin mühlete geçilmesini veya alacaklılar kurulunun oluşturulmasını bekletici sorun yapmamalıdır. Zira, mahkemenin izin vermesi işi, acele iş olup, en kısa sürede karara bağlanmalıdır. Alacaklılar kurulunun teşkil etmediği durumlarda, sadece konkordato komiserinin görüşünün alınması yeterli sayılmalıdır⁹⁶.

94 KOÇ/KONURALP/CANDEMİR, s. 21.

95 Bkz., yuk. II.

96 YEŞİLOVA, *Öztek- Konkordato Şerhi*, s. 414.



İsviçre Hukukunda, anılan hükmün karşılığı olan Art. 298/2 SchKG'de *"konkordato mahkemesinin veya alacaklılar kurulunun izni alınmadan"* kanunda sayılan yasak işlemlerin yapılamayacağı belirtilmektedir. Türk Hukukunda yasak işlemlerin yapılmasına ilişkin izni sadece mahkeme verebilirken, İsviçre'de hem alacaklılar kurulu hem de konkordato mahkemesi bu izni verebilmektedir. Bu şekilde, Art. 298/2 SchKG hükmü, Art. 285/3 SchKG'de yer alan konkordato mahkemesi veya alacaklılar kurulunun onayıyla yapılan hukuki işlemlerin iptalinin istenememesi kuralıyla örtüşmektedir⁹⁷. İsviçre Hukukunda, alacaklılar kurulunun teşkil ettiği hâllerde, yasak işlemlere izin verilmesi alacaklılar kurulundan istenir. Alacaklılar kurulunun kararlarına karşı ise, konkordato mahkemesinde şikâyete başvurulur⁹⁸.

İİK m. 297/II'de 7327 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, alacaklılar kurulunun *"görüşü"* yerine *"muvafakati"* ibaresine yer verilmiştir. Öğretide, kanun değişikliğinden önce komiserin ve alacaklılar kurulunun görüşünün mahkeme açısından bağlayıcı olmadığı kabul edilmekteydi⁹⁹. Ancak yapılan değişiklik uyarınca, mahkeme, alacaklılar kurulunun muvafakati olmadan satışa izin kararı veremez. Öğretide ATALAY¹⁰⁰, değişiklik öncesindeki gibi alacaklılar kurulunun görüşünün alınmasının daha uygun olduğunu belirtmiştir.

Kanun değişikliğinden sonra, satışa izin kararı verilebilmesi için, komiserin satışa ilişkin olumlu/olumsuz görüşü bağlayıcı değilken; alacaklılar kurulunun satışa muvafakat vermiş olması zorunludur. Buna karşılık, komiserin görüşü ve alacaklılar kurulunun muvafakatine rağmen, mahkeme izin talebini reddedebilir. Ayrıca, mahkemenin, komiserin görüşünü ve kurulmuşsa alacaklılar kurulunun muvafakatini almadan doğrudan verdiği kararların İİK m. 297/II'ye aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

İİK m. 297/II'de değişiklik yapan maddenin gerekçesinde *"böylece borçlunun mümkün olduğu kadar verimli çalışması ve borçlarını ödeyebilme potansiyelini muhafaza etmesi sağlanmaya çalışılmaktadır"* açıklamasına yer verilmiştir. Kanaatimizce alacaklılar kurulunun teşekkül ettiği hâllerde,

97 KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Art. 298**, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 20. aktualisierte Auflage 2020, s. 814, Swissex (Erişim: 27.09.2021).

98 UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART, **Art. 298 SchKG**, s. 1743.

99 YEŞİLOVA, **Öztek- Konkordato Şerhi**, s. 414; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, *"7101 Sayılı Kanunla Getirilmiş Değişiklikler Çerçevesinde Adı Konkordatoda Alacaklılar Kurulu"*, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, MİHBİR, 16. Antalya Toplantısı, 5-6 Ekim 2018, s. 121; BÖRÜ, s. 365.

100 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 507.



kurulun muvafakat biçiminde olumlu görüşünün aranıyor olması, alacaklılar kurulunun yetkilerini artırmak suretiyle, genel çerçevede, konkordato sürecinde alacaklıların korunmasına yöneliktir.

Alacaklı veya borçlunun satış için mahkemeye başvurmadan evvel konkordato komiserinden görüş ve oluşturulmuşsa alacaklılar kurulundan muvafakat talep edip, bu husustaki olumlu görüş ve muvafakat beyanlarını içeren imzalı evrakla mahkemeye başvurması mümkün olmakla beraber; mahkemenin gerekli görürse komiserin bilgisine başvurmasının mümkün olduğu; bu izin çekişmesiz yargı işi olduğundan, mahkemenin bu hususta kanaat oluşturmak üzere ilgililerin bilgisine başvurabileceği kanaatindeyiz.

Mahkeme satışa izin kararı verecek olursa, bu kararın muhafaza tedbiri alınmasını da kapsadığını kabul etmek gerekir. Zira, rehinli malların satılabilmesi için öncelikle muhafaza altına alınmaları gerekebilir. Satışa izin verilen hâllerde, muhafaza tedbiri alma yasağının devam etmesi, bu kararı işlevsiz hâle getirebilir. Dolayısıyla, satışa izin kararından sonra, açıkça kararda belirtilmemiş olsa dahi, ilgili kişinin, icra dairesinden rehinli malın muhafaza altına alınmasını talep edebilmesi, işin doğası gereği mümkündür.

Mahkeme inceleme neticesinde, satışa izin ya da talebin reddine karar verebilir. Bu gibi hallerde verilen karar, nihaî karar niteliği taşıdığından, genel hükümler çerçevesinde kanun yolu incelemesine tâbidir.

İsviçre Hukukunda ise, yasak işlemler bakımından İİK m. 297/II'nin karşılığı olan Art. 298/2 SchKG uyarınca istinaf kanun yolunun açık olup olmadığı Bern Yüksek Mahkemesine ait kararda¹⁰¹ değerlendirilerek, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 309/1-b,7 hükmü uyarınca, iflâs ve konkordatoya ilişkin mahkeme kararlarının aksi belirtilmedikçe istinafın mümkün olmadığı belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanunda istinaf yolunun açık olduğuna ilişkin ayrıca bir hüküm bulunmadığı hâllerde kanun yolunun kapalı olduğu kabul edilmektedir. Bu şekilde, İsviçre kanun koyucusunun, mahkemenin izin kararına karşı kanun yolu hususunda bilinçli olarak sustuğu, bu sebeple istinaf kanun yolunun kapalı olduğu sonucuna varılmaktadır. Konkordato mahkemesinin Art. 298/2 SchKG uyarınca verdiği yasak işlemlere izin verilmesi hakkındaki kararlarına karşı, İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre şikâyet kurumuna başvurulabilir (Art. 319 ff ZPO)¹⁰².

101 Bern Obergericht, CAN 2020 Nr. 38 S. 109, Urteilsdatum, 07.11.2019, Swisslex (Erişim: 26.09.2021).

102 UMBACH-SPAHN/KESSELBACH/BOSSART, Art. 298 SchKG, s. 1743.



Türk Hukukunda konkordatoda kanun yollarına ilişkin İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 309'a benzer bir hüküm bulunmadığından kanun yolu kural olarak açıktır¹⁰³. Ancak, konkordato sürecinde verilen nihaî kararların niteliği gereği, bu hususta yapılacak istinaf başvurularının acele işlerden sayılması gerektiği kanaatindeyiz. Aksi hâlde, rehinli malın satışına izin verilmesine ilişkin karara karşı kanun yoluna başvurulduğunda, satışın ertelenmesi ihtimali gündeme gelecektir. Kanun yolunda geçirilen vakit sebebiyle, malın değerini tamamen yitirmesi gibi sebeplerin gerçekleşmesi hâlinde, ilk derece mahkemesinde yapılan yargılama anlamsız hâle gelecektir. Bu durumda da İİK m. 297/II ile hedeflenen hukuki korumanın gerçekleşmesi tehlikeye girer.

C. Rehlinli Malın Satış Usûlü

Mahkemenin satışa izin vermesinden sonra, icra dairesi re'sen satış yapamaz; ilgili taraf malın satılmasını, takibin yapıldığı yer icra dairesinden talep etmelidir. Zira, mahkeme satışa izin kararı vermekte; doğrudan satış kararı vermemektedir. Diğer taraftan İİK m. 113 uyarınca, icra dairesinin, kıymeti hızla düşen veya muhafaza masrafları fazla olan malların haczedilmiş olması hâlinde, kendiliğinden satış yetkisi¹⁰⁴ bulunmaktadır. Konkordatoda rehinli malların satışına izin verilen hâllerle bu durum büyük ölçüde örtüşse de, mallar üzerinde haciz ve muhafaza tedbiri bulunmadığından, icra müdürünün takip konusu malların değerinin düştüğünü veya muhafazasının masraflı olduğunu re'sen araştırıp tespit etmesi uygulama açısından mümkün görünmemektedir.

Rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde ödeme emrinin veya icra emrinin tebliğinden itibaren altı ay içerisinde taşınır rehlinin satışının istenmesi gerekir. Buna karşılık taşınmaz rehlinde süre bir yıldır (İİK m. 150/e,I). Borçlu hakkında mühlet kararı verilmeden evvel rehinli

103 İsviçre Hukukunda yasak işlemler hakkında mahkemenin verdiği kararlara karşı, hukuki çare olarak şikâyet yolu öngörüldüğünden, ayrıca kanun yolu denetiminin öngörülmediğinin söylenebileceği kanaatindeyiz.

104 Vaktinden önce satışa karar verilmesi hukukunda kanun koyucu icra müdürüne sadece takdir yetki vermiş; icra müdürünü satışla sorumlu tutmamıştır. Bkz., KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Art. 124**, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar (Navigator.ch), 20. aktualisierte Auflage 2020, s. 397, Swisslex (Erişim: 26.09.2021); SCHLEGEL, Roger/ZOPFI, Markus, **SchKG Art. 124**, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK - Schulthess Kommentar, 4. Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3. Auflage von Carl Jaeger, 2017, s. 761, Swisslex (Erişim: 26.09.2021)



alacaklının takip başlatması ve satış aşamasına gelmesi mümkündür. Bu hâlde, satış isteme süresinin işlemeye başlamasından sonra borçlu hakkında konkordato mühleti verilmesiyle satış isteme süresi duracaktır. Bununla birlikte, mahkemenin satışa izin vermesi hâlinde, mühletle durmuş olan satış isteme süresi kaldığı yerden işlemeye devam eder.

Konkordato mühleti verildikten sonra borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılmışsa, söz konusu satış isteme süresi, mahkemenin izin kararı vermesiyle işlemeye başlayacaktır. Alacaklı söz konusu süreler içerisinde ilgili icra dairesinden satış talebinde bulunmaz veya talebini geri alıp anılan süreler içerisinde yenilenmezse takip düşer (İİK m. 150/e,II). Takibin düşmesi hâlinde, alacaklı yeniden rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatmalıdır.

Rehinli malların paraya çevrilmesinde, İİK m. 150/g hükmünün yaptığı atıf sebebiyle, hacizli malların paraya çevrilmesine ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır. Satış isteyen satış giderlerini peşin olarak ödemesi gereği kanunda öngörülmüş olmakla birlikte (İİK m. 59)¹⁰⁵, icra müdürü tarafından verilecek karara göre satış giderlerinin onbeş gün içerisinde depo edilmesi de mümkündür¹⁰⁶ (İİK m. 110/II). Aksi hâlde süresinde satış talebinde bulunulmamış sayılır.

Rehinli malların paraya çevrilmesinde kural, açık artırma suretiyle satış yapılmasıdır. Bununla birlikte, İİK m.119'daki istisnâ hâllerin varlığı hâlinde, taşınır malların satışının pazarlık usûlüyle yapılması mümkündür. Pazarlık suretiyle satışın mümkün olduğu durumlardan ikisi, konkordatoda satışa izin verilmesi hâllerinden ikisiyle aynıdır: Malın kıymetinin süratle düşmesi ve muhafazasının masraflı olması (İİK m. 119/I-4; 113/II). Pazarlık suretiyle satışta, malların daha hızlı ve daha az masrafla satılması amaçlanmaktadır¹⁰⁷. Bu amaç, rehinli malın satışına izin verilmesiyle örtüştüğünden pazarlık suretiyle satıştan açık artırma usûlüne göre daha fazla gelir elde edilmesinin muhtemel olduğu hâllerde, icra dairesinin rehinli malın pazarlık suretiyle satışına karar vermesi mümkündür. Özellikle malın hızla fiyatının düştüğü hâllerde açık artırma usûlündeki prosedürle geçen vakitte, rehinli malın değersiz hâle gelmesi tehlikesine karşı, pazarlık suretiyle satış tercihe şayandır.

Rehinli malın satışında, ihale bedelinin tespitinde, satış talep eden

105 PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 209.

106 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 284.

107 ÖZMUMCU, Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, İstanbul 2005, s. 24; ÇİFTÇİ, s. 330.



rehinli alacaklıya rüçhanı olan başka bir rehinli alacaklı varsa, bu alacaklının alacağı dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda rehinli malın ihale edilebilmesi için, teklif edilen bedelin malın değerinin yüzde ellisinin yanı sıra, rehinli alacaklıya göre rüçhanlı alacaklının alacağını da karşılması aranır¹⁰⁸. Buna karşılık, satış talebinde bulunan rehinli alacaklıya rüçhanı olan bir alacaklı mevcut değilse, malın değerinin yüzde ellisi ile satış ve paylaşım giderlerinin karşılanması yeterlidir¹⁰⁹.

Rehinli malların paraya çevrilmesine ilişkin icra dairesi işlemlerine karşı, icra dairesinin bağlı bulunduğu icra mahkemesinde şikâyet yoluna başvurulmalıdır. Bu hâlde, şikâyette, asliye ticaret mahkemesi görevli değildir. Zira, asliye ticaret mahkemesinin şikâyette görevli olduğu hâller arasında bu husus İİK'da ayrıca düzenlenmemiştir.

D. Rehlinli Malın Satılmasından Elde Edilen Gelirin Ödenmesi

İİK'da, rehinli malın satılması hâlinde, satış gelirinden rehinli alacaklıya rehin miktarı kadar ödeme yapılacağı belirtilmiştir. Alacaklının rehinle güvence altına alınmamış alacağı rehinli malın satış geliriyle ödenmez. Rehnin paraya çevrilmesinden elde edilen gelire alacaklının alacağının karşılanmayan kısmı, adî alacak olarak değerlendirilir¹¹⁰. Dolayısıyla, rehinli alacaklı olmakla birlikte, alacağı rehinli malın paraya çevrilmesinden elde edilen gelire karşılanmayan alacaklının kalan alacağının İİK m. 308/h uyarınca müzakere suretiyle yeniden yapılandırılması mümkün değildir.

Satıştan elde edilen gelir, aynı derecede rehinli olan birden fazla alacaklının alacağını karşılamaya yetmezse, sıra cetveli düzenlenmelidir. Rehlinli alacaklılara, tahsil edemedikleri alacak kesimleri bakımından rehin açığı belgesi verilmelidir. Ancak, alacaklılar bu alacakları bakımından adî alacaklı olduklarından takip yasağı çerçevesinde genel hükümlere göre takip yapamayacaklardır.

Rehinli malın satışından elde edilen gelir, rehinli alacak miktarından fazlaysa, artan kısmın ne yapılacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öncelikle rehinli malın üçüncü kişiye ait olması hâlinde, rehinli malın satışından elde edilen fazla gelirin üçüncü kişiye ödenmesi gerekir.

108 KURU, s. 1024; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 437.

109 KURU, s. 1023,1024; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 437; PEKCANITEZ/ATALAY/SUNGURTEKİN ÖZKAN/ÖZEKES, s. 323.

110 TUNÇ YÜCEL, *Mühletin Sonuçları*, s. 87.



Eğer söz konusu mal üzerinde başka rehinli alacaklılar bulunmakta ve bu alacaklılar satış isteyene göre rüçhanlıysa, öncelikle onların payı ayrılmalı, sonra satış isteyen rehinli alacaklıya ödeme yapılmalıdır. Bununla birlikte, diğer rehinli alacaklılar, rüçhan olarak satış isteyen alacaklının arkasında geliyorsa, onların payı da ayrılmalıdır. Onların payının ayrılmasından sonra, para artar ve adî alacaklıların koydurmuş olduğu hacizler bulunursa, takip yasağı çerçevesinde adî alacaklılara ödeme yapılması mümkün değildir. Bu hâlde, rehinli malın satışından elde edilen ve rüçhanlı alacakları aşan gelirin borçlunun diğer gelirleri gibi değerlendirilmesi düşünülebilir. Artan para borçluya verilmekle beraber, proje çerçevesinde kullanılması gereği gözetilmelidir.

SONUÇ

Türk Hukukunda konkordatoya ilişkin düzenlemelerde, ticarî ve sosyal hayatın korunması suretiyle kamu düzeninin devamı amaçlanmıştır. Zira, konkordato, iflâsa nazaran alacaklıları daha tercihe şayan bir şekilde tatmin etmeyi; borçlunun ekonomik faaliyetlerini sürdürmesini; istihdamı korumayı ve ekonominin zarar görmesini engellemeyi hedeflemektedir. Konkordato esas itibarıyla, mali durumu bozulan ve elinde olmayan sebeplerle ekonomik varlığı tehlikeye giren borçluların iyileşme amacına hizmet eden bir müessesedir. Bu çerçevede, borçlu faaliyetlerine devam edebilmeli ve alacaklılarının baskısı altında kalmadan konkordato projesini hayata geçirebilmelidir. Bunun için, borçluya karşı takip yasağı düzenlenmiştir. Ancak, rehinli alacaklar, aynî teminatla güvence altına alındıklarından takip yapma ve başlamış olan takibe devam etme yasağının kapsamı dışında bırakılmıştır. Bununla birlikte, rehinli malların, konkordato borçlusu tarafından ticarî faaliyetlerde kullanılması ihtiyacına binaen, bu mallar üzerinde tedbir alınması ve satılması kural olarak yasaklanmıştır.

İİK m. 295/II'de kastedilen rehin, İİK m. 23'te belirtilen rehinlerdir. Konkordato borçlusunun kendi borcu için malvarlığı unsurları üzerinde kurduğu rehinlerin madde kapsamına girdiği hususunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak öğretide, üçüncü kişilerin konkordato borçlusu lehine tesis ettiği rehinler ile konkordato borçlusunun üçüncü kişiler lehine tesis ettiği rehinler konusunda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kanaatimizce, maddede belirtilen rehinler, konkordato borçlusunun malvarlığı unsurları üzerinde kurulan rehinlerdir. Konkordatoda, borçluya karşı takip yapılmasına getirilen sınırlamaların temelinde borçlunun malvarlığını koruma düşüncesi bulunduğundan, üçüncü



kişiyeye ait olan mal ve haklar üzerinde konkordato borçlusuna lehine kurulan rehinler, İİK m. 295 kapsamına girmemektedir. Zira, bu mal ve haklar üçüncü kişiyeye ait olduğundan paraya çevrilmiş olmaları konkordato borçlusunun projesini doğrudan etkilememektedir. Borçlu lehine kendi malvarlığı unsurları üzerinde rehin kuran üçüncü kişinin rücu alacağıının aynî teminatı olmadığından, rücu alacaklısı, adî alacaklılar ile aynı kategoride değerlendirilir. Buna karşılık borçlusunun kendi malvarlığı unsurları üzerinde üçüncü kişi lehine kurduğu rehinlerde, rehlin paraya çevrilmesi konkordato borçlusunun malvarlığını azaltabileceği ve malın yokluğu projenin gerçekleşmesini tehlikeye düşürebileceğinden, malın paraya çevrilmesi İİK m. 295/II'deki istisnalar haricinde mümkün olmamalıdır. Ancak, bu halde, alacaklının önce rehne başvuru zorunluluğu sebebiyle asıl alacaklıya karşı takip yapamamasına neden olan rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip zorunluluğuna ilişkin İİK m. 45'te değişiklik yapılması gerekir. Buna göre, rehinli malın maliki üçüncü kişiyeye konkordato mühleti verilmesi sebebiyle 295'inci maddeye göre rehlin paraya çevrilemediği hâllerde, alacaklının, doğrudan asıl borçluya karşı haciz veya iflâs yoluyla takip başlatabilmesini mümkün kılan bir düzenleme yapılmalıdır.

İİK m. 23'teki düzenleme sebebiyle, ticarî işlemlerde taşınır rehinlerinin de İİK m. 295 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Bu halde, İİK m. 295'teki satış ifadesi, Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu m. 14'te düzenlenmiş bulunan seçimlik hakları kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır. Bilhassa, rehinli malın özelliklerine göre, kiralama ve lisans verme suretiyle rehinli borcun ödenmesi usûlü, konkordato borçlusuna ve alacaklılar arasındaki menfaatler dengesinin sağlanması bakımından daha tercihe şayan olabilir.

7327 sayılı Kanun ile İİK m. 295'te yapılan değişiklikle, rehinli malın paraya çevrilmesi yasağına istisna getirilmiş ve hükümde öngörülen şartların varlığı hâlinde mahkemenin de vereceği izinle rehinli malın paraya çevrilmesi mümkün kılınmıştır. Buna göre, satışa izin verilebilmesinin şartları, rehinli malın konkordato projesine göre konkordato borçlusuna tarafından kullanılmaması veya kıymetinin düşmesi ya da muhafazasının masraflı olmasıdır. Anılan hâllerde, malın paraya çevrilmesinin ertelenmesi, ne konkordato borçlusuna ne rehinli alacaklıya ne de diğer alacaklılara bir fayda sağlamaktadır. Bilakis rehinli malın satılması, borçlusunun malvarlığının değer kaybetmesini engelleyerek hem rehinli alacaklının hem de duruma göre diğer alacaklıların alacaklarının tahsil kabiliyetini arttırabilir.



İİK m. 295/II'ye göre, rehinli malın satışına karar verilebilmesi için, alacaklının borçluya karşı rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlamış ve bu takipte satış aşamasına gelmiş olması gerekir. Mahkeme, satış kararını İİK m. 297/II'deki usûle göre verirken, konkordato komiserinin görüşünü ve teşkil etmişse alacaklılar kurulunun muvafakatini almak zorundadır. 7327 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle alacaklılar kurulunun görüşü yerine muvafakatinin alınmasının zorunlu olması tartışmaya değerdir. Zira, bu suretle alacaklılar kurulunun yetkileri artırılarak, alacaklılara sağlanan korumanın kapsamı genişletilmiştir. Ancak, alacaklılara ilişkin bu koruma, konkordato mühleti verilmesi suretiyle borçluya sunulan avantajların onun aleyhine olmak üzere daraltılması sonucunu doğurmaz. Aksine, rehinli malın satılması, borçlunun konkordato projesi bakımından atıl nitelik taşıyan malının değerlendirilmesini sağlar ve kıymetini tamamen yitirmeden veya daha fazla masrafa yol açmadan malın satılması suretiyle malvarlığının azalmasını engeller. Nihayetinde, İİK m. 295/II'de rehinli malların paraya çevrilmesini belirli şartlar altında mümkün kılan düzenlemenin, borçlu, rehinli alacaklı ve diğer alacaklılar arasındaki menfaatler dengesini sağlamaya yönelik olduğu vurgulanmalıdır.



KAYNAKLAR

AKİL, Cenk, **Sorularla Adî Konkordato**, Ankara 2019, (“Konkordato”).

AKİL, Cenk, “Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları (28.02.2018 Tarih ve 7101 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklere Göre”, **TBBĐ** 2019/141, (s.227-252) (“Sonuçlar”).

ALBAYRAK, Hakan, **İflâs Dışı Adî Konkordatoda Konkordato Mühletinin Sözleşmeler Bakımından Sonuçları**, Ankara 2020.

AKSOY, Mehmet Ali, “Yeni Bir Kurum Olarak Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni'nin Ticarî İşletme Rehni İle Karşılaştırmalı Olarak Değerlendirilmesi”, **ABĐ** Y.2018, S.1, (s.53-90).

ALTAY, Sümer/ESKİOCAK, Ali, **Konkordato ve Yeniden Yapılanma Hukuku**, 5.B., İstanbul 2019.

ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, **İcra ve İflâs Hukuku**, 6.B., Ankara 2020.

ARSLANPINAR TAT, Tuğçe, “İcra Dairesi Tarafından Vaktinden Evvel Satış”, **TBBĐ** Y.2020, S.151, (s.199-234).

ATAKAN, Murat Can, “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehninin Sona Ermesi”, **SÜHFD** Y.2018, S.2, (s.397-441).

ATALAY, Oğuz/ATALI, Murat/ERDOĞAN, Ersin, “Üçüncü Kişi Rehniyle Güvence Altına Alınmış Olan Alacakların Borçlunun Konkordato Nisabında Dikkate Alınıp Alınamayacağı Meselesi” (<https://blog.lexpera.com.tr/ucuncu-kisi-rehniyle-guvence-altina-alinmis-olan-alacaklarin-borclunun-konkordato-nisabinda-dikkate-alinip-alinamayacagi-meselesi/>) (Erişim: 16.08.2021).

ATALI, Murat, “Konkordatoda Kesin Mühlet ve Sonuçları”, **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, Editör Prof. Dr. Muhammet Özkes, İstanbul 2018, (s.85-110).

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflâs Hukuku**, 3.B., Ankara 2020.

BAYDAK, Ecrin, **Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni**, İstanbul 2018.

BERKİN, Necmettin M., **İflâs Hukuku Dersleri**, İstanbul 1972.

BİLGİN, Mahmut, **İflâs, İflâsın Ertelenmesi, Konkordato ve Yargılama Usûlü**, 2.B., Ankara 2016.

BİLGİN, Hikmet, “6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu'na İcra-İflâs Hukuku Açısından Genel Bir Bakış”, **TAAD** Y.2017, S.31, (s.619-657).



BÖRÜ, Levent, “Adî Konkordatoda Alacaklıların Alacaklarını Bildirmesi”, **İNÜHFD** Y.2019, S.1, (s.173-186).

ÇİFTÇİ, Pınar, **İcra Hukukunda Menfaat Dengesi (Menfaat Dengesi)**, Ankara 2010.

DURAN, Rukiye, **Konkordato Mühleti ve Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, Ankara 2020.

ERMENEK, İbrahim, **İflâsın Ertelemesi**, 2.B., Ankara 2010.

GÖLE, Celal/AYDOĞAN, Gökhan, “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **BATİDER** Y.2017, S.1, (s.5-51).

GÖKÇEN, Onurcan, **Konkordatoda Rehinli ve Finansal Kiralamaya Konu Mal ve Alacakların Hukuki Durumu**, Altınbaş Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.

GÜLER, Mikdat/KABAKÇI, Mahmut, “Adî Konkordatoda Rehinli Alacakların Hukuki Durumu”, **İBD** 2004/1, (s.88-104).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper, “6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Bakımından Temerrüt Sonrası Haklar”, **Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu**, (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara 2018, (s.199-225).

GÜRDOĞAN, Burhan, **Türk-İsviçre İcra ve İflâs Hukukunda Rehinin Paraya Çevrilmesi**, Ankara 1967.

HASIRCI, Hakan, “6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’nun İcra ve İflâs Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **BATİDER** Y.2017, S.2, (s.207-269), (“Rehin”).

HÄUSERMANN, Marco/HOFER, Urs, **Pfandrechte in der Insolvenz / III. Pfandrechte in der Insolvenz / 2. - 4., Sanierung und Insolvenz von Unternehmen VII, EIZ - Europa Institut Zürich 2016**, Swisslex (Erişim: 27.09.2021).

HUNKELER, Daniel/ WOHL, Georg J.: **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs Art. 310 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4.Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, 2017, Swisslex (Erişim: 26.09.2021).

KALE, Serdar, “7101 Sayılı İcra ve İflâs Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Çerçevesinde İflâs Dışı Adî Konkordato”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi** Y.2018, S.1, (s.213-269), (“Adî Konkordato”).



KALE, Serdar, **Yeni Konkordato Hukuku**, Editör: Prof. Dr. Selçuk Öztek, 2.B., Ankara 2019, ("*Yeni Konkordato*").

KOÇ, Evrin/KONURALP, Cengiz Serhat/CANDEMİR, Mehmet Ünsal, **7327 Sayılı Kanun İle 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun Konkordatoya İlişkin Hükümlerinde Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 2021.

KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, **SchKG Kommentar Art. 124, Schuldbetreibungs- und Konkursgesetz mit weiteren Erlassen, OFK - Orell Füssli Kommentar** (Navigator.ch), 20. aktualisierte Auflage 2020, Swisslex (Erişim: 25.09.2021).

KURU, Baki, **İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı**, Ankara 2013.

KÖROĞLU, Anıl, "*Rehinli Malın Konkordato Mühleti İçinde Paraya Çevrilmesi Yasağı (İİK m 295)*", **İstanbul Hukuk Mecmuası**, 2020/1, (s.139-160).

MUŞUL, Timuçin, **İflâsın Erteleme**, 2.B., İstanbul 2010.

OĞUZ, Sefer, "*Ticarî İşlemlerde Teslimsiz Tescilli Taşınır Rehni*", **Bankacılar Dergisi** Y.2017, S.100, (s.3-32).

OĞUZMAN, Kemal M./SELiÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, **Eşya Hukuku**, 16.B., İstanbul 2013.

ÖZEKES, Muhammet, "*Konkordatoya Başvuru ve Geçici Mühlet Kararı*", **7101 Sayılı Kanunla Konkordato ve Elektronik Tebligat Konularında Getirilen Yenilikler**, Editör Prof. Dr. Muhammet Özekes, İstanbul 2018, (s.43-83).

ÖZMUMCU, Seda, **Cebri İcra Hukukunda Pazarlık Suretiyle Satış**, İstanbul 2005.

ÖZTEK, Selçuk, "*Adî Konkordatoda Üçüncü Kişi Rehninin Akıbeti Hakkında Bazı Düşünceler*" (<https://legal.com.tr/blog/genel/adi-konkordatoda-ucuncu-kisi-rehninin-akibeti-hakkinda-bazi-dusunceler/>). (Erişim: 30.07.2021) ("*Adî Konkordatoda*").

ÖZTEK, Selçuk, **İflâsın Erteleme**, İstanbul 2007 ("*İflâsın Erteleme*").

PEKCANITEZ, Hakan, "*İflâsın Erteleme*", **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez Makaleler II**, İstanbul 2016, (s.19-68).

PEKCANITEZ, Hakan/ERDÖNMEZ, Güray, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, İstanbul 2018.



PEKCANITEZ, Hakan/SİMİL, Cemil, “Asıl Borçlu Hakkında Verilen İflâsın Ertelenmesi Kararı Üçüncü Kişiye Ait İpotekli Taşınmazın Satışına Engel Olur mu? (Karar İncelemesi)”, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y.2016, S.2, (s.435-450).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral/ÖZEKES, Muhammet, **İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı**, İstanbul 2021.

POSTACIOĞLU, İlhan E., **Konkordato**, İstanbul 1965.

SARISÖZEN, Serhat, **Konkordato**, 5.B., Ankara 2021.

SCHLEGEL, Roger/ZOPFI, Markus, **SchKG Art. 124, Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4.Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, 2017, Swisslex (Erişim: 26.09.2021).

SEROZAN, Rona, “Taşınmaz Rehni”, *İÜHFİM* Y.2006, S.2, (s.301-324).

SİMİL, Cemil, **Konkordatoda Mühletin Borçlu Bakımından Sonuçları**, İstanbul 2020.

SİRMEN, A. Lale, **Eşya Hukuku**, Ankara 2013.

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, “7101 Sayılı Kanunla Getirilmiş Değişiklikler Çerçevesinde Adî Konkordatoda Alacaklılar Kurulu”, **7101 Sayılı Kanun Çerçevesinde Konkordato**, *MİHBİR* 16. Antalya Toplantısı, 5-6 Ekim 2018, (s.107-121).

ŞAHİN, Çağatay Serdar, **Amerikan Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak Konkordato Mühletinin Alacaklılar Yönünden Sonuçları**, İstanbul 2020.

TANRIVER, Süha, **Konkordato Komiseri**, Ankara 1993 (“Komiser”).

TANRIVER, Süha, “4949 Sayılı İcra Ve İflâs Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Adî Konkordato İle İlgili Hükümlerde Getirilmiş Olduğu Değişikliklerin Tespiti Ve Değerlendirilmesi”, *TBBĐ* 2004/51, (s.67-90), (“Değişiklik”).

TUNCER KAZANCI, İdil, “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Kapsamında Kurulan Rehinlerde Rehinli Alacaklının Tatmin Edilmesi”, *İNÜHFD* Y. 2019, S.1, (s.73-86).

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, **Konkordato Mühletinin Alacaklılar Bakımından Sonuçları**, İstanbul 2020 (“Mühletin Sonuçları”).

TUNÇ YÜCEL, Müjgan, **Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi**, İstanbul 2010 (“Banka”).



TUNÇ YÜCEL, Müjgan, “Üçüncü Kişinin Malı Üzerindeki Rehinle Temin Edilen Alacağın Konkordatodaki Durumu”, <https://blog.lexpera.com.tr/ucuncukisinin-mali-uzerindeki-rehinle-temin-edilen-alacagin-konkordatodaki-durumu/> (Erişim: 15.08. 2021).

ULUKAPI, Ömer, **Konkordatonun Feshi**, Konya, Mimoza 1998, (“Konkordato”).

ULUKAPI, Ömer, “Konkordatonun Sonuçları”, **SÜHFD** Y. 2000, S.1-2, s.9-61, (“Sonuçları”).

UMBACH-SPAHN, Brigitte/KESSELBACH, Stephan/BOSSART, Stefan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 297 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4.Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, 2017, Swisslex (Erişim: 02.09.2021) (Umbach-Spahn/ Kesselbach/Bossart, Art. 297 SchKG).

UMBACH-SPAHN, Brigitte/KESSELBACH, Stephan/BOSSART, Stefan, **Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Art. 298 SchKG, SK - Schulthess Kommentar**, 4.Auflage, basierend auf der 1911 erschienenen 3.Auflage von Carl Jaeger, 2017, Swisslex (Erişim: 27.09.2021) (Umbach-Spahn/ Kesselbach/Bossart, Art. 298 SchKG).

UYAR, Talih, **Yeni Konkordato Hukukumuzun Temel İlkeleri**, Ankara 2019, (“Konkordato”).

UYAR, Talih, “Kıymeti Süratle Düşen veya Muhafazası Masraflı Olan Malların Pazarlıkla Satışı (İİK. mad. 113/II; 119/4)”, **Yargı Dünyası**, Y.2016, S.249, (s.23-28) (“Pazarlıkla Satış”).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İflâs Hukuku**, İstanbul 2009 (“İflâs”).

ÜSTÜNDAĞ, Saim, **İcra Hukukunun Esasları**, İstanbul 2004, (“İcra”).

YEŞİLOVA, Bilgehan, [Selçuk Öztekin/Ali Cem Budak/Müjgan Tunç Yücel/Bilgehan Yeşilova/Serdar Kale], **Yeni Konkordato Hukuku**, 2. Bası, İstanbul 2019.

YILMAZ, Ejder, “Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu’na Göre Rehinli Alacaklının Alacağını Tahsil Etme Yolları”, **Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Sempozyumu** (Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi), 16 Şubat 2018, Ankara 2018, (s.227-258) (“Rehin”).

YILMAZ, Ejder, “Dünden Bugüne İcra İflâs Kanunumuz”, **SÜHFD** Y.2003, S.3-4, (s.9-45), (“Dünden Bugüne”).

YURTMAN, Hazalcan, **6750 Sayılı Ticarî İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu Uyarınca Temerrüt Sonrası Haklar**, İstanbul 2021.



MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA YETKİSİZLİK HALİNDE VERİLMESİ GEREKEN KARAR

(Decision in case of Geographical Incompetence of the Court in Civil
Procedure Law)

Yasin KÖSE¹

ÖZ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yetki kuralları kesin ve kesin olmayan yetki kuralları olarak sınıflandırılmıştır. Kanuna göre kesin yetki kuralları dava şartı iken kesin olmayan yetki kuralları ilk itirazdır. Yetkinin kesin olması halinde mahkemece resen dikkate alınması gerekirken, yetkinin kesin olmaması durumunda taraflarca ileri sürülmesi gerekir. Davanın yetkisiz mahkemede açılması halinde kesin yetki halinde doğrudan, kesin olmayan yetkide ise yetki itirazı halinde mahkemece bir karar verilmesi gerekir. Ancak bu kararın ne olacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir belirlilik yoktur.

Bu çalışmada mahkemenin yetkisiz olması halinde verilmesi gereken karar tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda kanun, doktrin ve içtihatlar birlikte değerlendirilerek medeni usul hukuku prensiplerine uygun bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Dava, dava şartı, medeni usul hukuku, yetki, yetkisizlik.

ABSTRACT

Geographical jurisdiction rule is divided into two, certain and uncertain geographical jurisdiction rule in Civil Procedure Code numbered 6100. According to the code, certain geographical jurisdiction rules are cause of action meantime uncertain geographical jurisdiction rules are first objection. Certain geographical jurisdiction is considered ex officio by judge meantime uncertain geographical jurisdiction isn't considered unless claimed by parties. If a lawsuit is filed in geographical

1 Hâkim, Trabzon Bölge Adliye Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi Üyesi, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Özel Hukuk ABD, Doktora Öğrencisi, e-posta: yasinkose.th@gmail.com, ORCID: 0000-0001-9408-4871

incompetence court, the court have to a desicion. But, this desicion form isn't determined clearly in the Civil Procedure Code.

In this study, I tried to detect desicion to be made in case of geographical incompetence of court. In this contex I tried to reach a conclusion in ligt of code, doctrine and jurisprudence.

Keywords: Lawsuit, cause of action, civil procedure law, geographical jurisdiction, geographical incompetence.

GİRİŞ

Medeni yargılama hukukunda yetki kuralları yer itibariyle uyuşmazlığın görüleceği mahkemenin tespitine ilişkin kurallardır. Kural olarak davanın yetkili mahkemede açılması gerekmektedir. Ancak uygulamada davanın yetkisiz mahkemede açıldığı da sık karşılaşılan bir durumdur. Yetkisiz mahkemenin nasıl davranacağı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde düzenlenmiştir.

Yetkisiz mahkemenin davranışları yetki kuralının kesin olup olmadığına göre değişir. Yetki kuralının kesin olması halinde taraflarca ileri sürülmesi dahi hâkim kendiliğinden dikkate almak zorundadır. Kesin olmayan yetki kuralının bulunması halinde ise süresinde ileri sürülmedikçe yetki kuralı göz önüne alınmaz. Kesin yetki durumunda ve kesin olmayan yetkiye itiraz durumunda verilmesi gereken karar konusunda kanunda bir açıklık yoktur.

HMK'nın 114/1-c hükmüne göre kesin yetki kuralının bulunması halinde, bu kurala uygun davranılması dava şartıdır. HMK'nın 115/2 hükmü ise dava şartlarına aykırılık halinde davanın usulden reddedilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Bu durumda kesin yetki kuralının olduğu ve davanın kesin yetkili mahkemede açılmadığı hallerde dava şartı yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiği sonucuna varılır. Öte yandan HMK'nın 20/1 hükmüne göre yetkisizlik kararından sonra süresinde dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi talep edilmediği takdirde davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükümler birlikte incelendiğinde ilk başta usulden reddedilen bir davanın daha sonra ele alınıp açılmamış sayılmasına karar verilebileceği yönünde çelişkili bir sonuç ortaya çıkmaktadır.

Yetkinin kesin olmadığı durumlarda nasıl bir karar verilmesi gerektiği ise kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Kesin olmayan yetki kuralları ilk itiraz olup (HMK m.116/1-a), dava şartı olarak kabul edilmediğinden

HMK'nun 115/2 hükmü uygulanmayacaktır. Bu durumda kesin yetki halinde verilecek karar ile kesin olmayan yetki halinde verilecek kararların farklı olacağı noktasında çelişkili bir durum daha ortaya çıkmaktadır.

Yetkisizlik üzerine karar verildikten sonra dosyanın tekrar ele alınıp davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesine ilişkin düzeltme de yetkisizlik üzerine verilen kararın nihai karar olup olmadığı tartışmasını gündeme getirmektedir.

Üst paragraflarda görüldüğü üzere yetkisizlik halinde mahkemece nasıl bir karar verilmesi gerektiği ve verilecek bu kararın niteliğinin ne olduğu yeterince açık olmayıp, tereddütlere yol açabilecek potansiyele sahiptir. Bu çalışma mezkûr tereddütlerin kanunun sistematigi ve medeni usul hukuku prensipleri kapsamında giderilmesine katkı sağlamak amacıyla hazırlanmıştır. Bu bağlamda öncelikle medeni usul hukukunda yetki, yetkisizlik ve karar konuları işlenmiş, akabinde yasal düzenlemelerdeki durum ile içtihatlardaki² durum irdelenerek sorunun tam olarak ortaya konulmasına gayret edilmiş ve son olarak da kanunun sistematigine ve mahkeme uygulamalarına elverişli olacak şekilde çözüm üretilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın son kısmında ise verilen kararın sonuçları ele alınmıştır.

I. MEDENİ USUL HUKUKUNDA YETKİ

A. Kavram

Doğal hâkim ilkesi (kanuni hâkim güvencesini de kapsar şekilde) yargılama hukukuna hâkim olan temel haklardandır.³ Doğal hâkim ilkesine göre, hangi uyuşmazlıklarda hangi mahkemelerin görev ve yetkili olacağı, uyuşmazlık ortaya çıkmadan önce, belirli bir olayla bağlantılı olmaksızın, herkes için genel ve soyut kurullarla kanunda

2 Bu çalışmadaki adli yargı ilk derece mahkemesi, bölge adliye mahkemesi ve Yargıtay kararlarına doğrudan UYAP sistemi üzerinden, Anayasa Mahkemesi kararlarına ise www.anayasa.gov.tr adresinden ulaşılmıştır.

3 Bu ilke Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Adil Yargılanma Hakkı başlıklı 6. maddesinde *yasal mahkeme* olarak ifade bulunmuştur. *"Yasayla kurulmuş mahkeme kuralı gereğince, gerek mahkemelerin kuruluş ve yetkileri, gerekse izleyecekleri yargılama usulü, yürütenin düzenleyici tasarrufları ile değil, yasa yoluyla ve dava konusu olay ortaya çıkmadan önce saptanacaktır. Böylece kişi veya olaya göre yargılama organı oluşturma yolu kapanacak, olası keyfilikler önenecektir. Bu güvence, doğal yargılama makamı ve doğal yargıç ilkesini yansıtmaktadır."* İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yay., 2008, İstanbul, 3.Bası, s.163 ; *"Doğal hâkim güvencesi, hukuk devletinin olmazsa olmaz koşullarından biri olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle, doğal hâkim ilkesini ihlâl eden itiraz konusu kural, hukuk devleti ilkesine de aykırıdır."* Anayasa Mahkemesi 1996/74 E, 1998/45 K, 01.07.1998 T.

öngörölmüş olması gerekmektedir.⁴ Bu ilke ceza yargılamasında olduğu kadar hukuk yargılamasında da geçerlidir. Yetki kuralları da doğal hâkim ilkesinin medeni usul hukukundaki görünümünden biridir.⁵

Yetki, bir davanın hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından göröleceğinin normatif olarak düzenlenmesidir.⁶ Yetki kuralları ile uyuşmazlıkların çözüleceğii mahkeme yer itibariyle belirlenmiş olur. Bu belirleme gerek doğal hâkim ilkesini yansıması olan Anayasa'nın 37/1 hükmüne göre, gerekse mahkemelerin kuruluşuna ilişkin Anayasa'nın 142. maddesine göre kanunla yapılmak zorundadırlar.⁷

Kanunla düzenlenmesi zorunlu olan yetki kuralları, hukuk mahkemeleri bakımından HMK'nın 5-17. maddelerinde yer almaktadır. HMK'nın 6. maddesi yetki ile ilgili genel kural olarak davalının yerleşim yeri mahkemesini belirledikten sonra, devamındaki maddeler ile genel

- 4 ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2002, Ankara, 7.Baskı, s.118, 119 ; TANRIVER, Süha, Tabii Hakim İlkesi ve Medeni Yargı, **TBB Dergisi**, S.104, 2013, s.12 ; Anayasa Mahkemesi ise tabii hakim ilkesini şöyle değerlendirmiştir: "...tabii hâkim ilkesi, suçun işlenmesinden veya çekişmenin doğmasından önce davayı görececek yargı yerini yasanın belirlemesi şeklinde tanımlanmaktadır. Tabii hâkim ilkesi yargılama makamlarının suçun işlenmesinden veya çekişmenin meydana gelmesinden sonra kurulmasına veya yargıcın atanmasına; başka bir anlatımla, sanığa veya davanın taraflarına göre hâkim atanmasına engel oluşturur. Bununla birlikte kanuni hâkim güvencesi, yeni kurulan mahkemelerin veya kurulu bulunan mahkemelere yeni atanan hâkimlerin, önceden işlenen suçlara ilişkin olarak hiçbir şekilde yargılama yapamayacakları biçiminde anlaşılabilir. Belirli bir olay, kişi veya toplulukla sınırlı olmamak kaydıyla yeni kurulan bir mahkemenin veya kurulu bulunan bir mahkemeye yeni atanan hâkimin, kurulma veya atanma tarihinden önce gerçekleşen uyuşmazlıklara bakmaları kanuni hâkim güvencesine aykırılık teşkil etmez. Aksi takdirde, yer değıştirme esasına göre görev yapan hâkimlerin atandığı yerdeki derdest davalara bakmalarının tabii hâkim ilkesine aykırı görülmesi sonucu doğar ki, anılan ilkenin bunu amaçladığı söylenemez." (AYM 2014/164 E, 2015/12 K, 14.01.2015 T.)
- 5 Sadece kesin yetki kuralları ile doğal hâkim ilkesi arasında bağlantı kurulabileceğii, kesin olmayan yetki kuralları ile doğal hâkim ilkesi arasında doğrudan bir bağ kurulamayacağı ileri sürüldüğü gibi (TANRIVER, Tabii Hâkim, s.30) tüm yetki kurallarının kanunilik ve öncedenlik unsuru barındırması sebebiyle doğal hâkim ilkesi ile güçlü bir bağ içinde olduğu da savunulmaktadır (KARADEMİR AYDEMİR, Dilek, **Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi**, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara, s.39).
- 6 AKKAN, Mine, Pekcanitez Usul **Medeni Usul Hukuku**, C.I, On İki Levha Yayıncılık, 2017, İstanbul, 15.Bası, s.267; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 6. Baskı, s.209 ; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 3.Baskı, (ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul) s.173; KARADEMİR AYDEMİR, age., s.35 ; KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, 2014, Ankara, 15.Baskı, s.129 ; PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, 2014, Ankara, 2.Bası, s.104 ; TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C.1, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, (TANRIVER, Usul), s.235.
- 7 HMK'nın 5. maddesi "Mahkemelerin yetkisi, diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak üzere, bu Kanundaki hükümlere tabidir." hükmünü barındırmakta olup, kanun gerekçesinde hükmün dayanağının Anayasa'nın 142. maddesi olduğu açıkça belirtilmiştir.

kuralın istisnalarını ve genel yetkili mahkeme yerine tercih edilebilecek yer mahkemelerini belirlemiştir.⁸ Genel yetkili mahkemenin istisnası olan hükümler kesin yetki kuralı, diğer hükümler ise kesin olmayan yetki kuralları olarak kanunda sistematize edilmiştir.⁹ Kanun sistematığı doğrultusunda yetki ile ilgili esas alınması gereken ayırım kesin yetki ve kesin olmayan yetki ayırımıdır.

B. Kesin Yetki – Kesin Olmayan Yetki Ayırımı

Hukuk yargılamasına hâkim olan temel ilkelerden biri taleple bağlılık ilkesidir.¹⁰ HMK'nın 26. maddesinde vücut bulmuş bu ilkeye göre hukuk yargılamasında kural olarak hâkim tarafların istekleri ile bağlıdır.¹¹ Zira hukuk yargılamasının asıl özneleri davanın taraflarıdır.¹² Bu ilke ve kabulden hareketle davanın açıldığı yer mahkemesinin davaya bakma zorunluluğu bulunduğu sonucuna varılmaktadır. Hâkim, kural olarak davanın açıldığı yeri gerekçe göstererek davaya bakmaktan imtina edemez.¹³ Ancak davanın görüldüğü yer konusunda tarafların anlaşamaması veya kamu düzeninin gerektirdiği bazı durumlarda hâkimin davanın açıldığı yer konusunu tartışması kaçınılmazdır. Kanun koyucu bu kabulden hareketle kamu düzenini ilgilendiren durumları tek tek tespit ederek bu ihtimallerde hangi yer mahkemesinin yetkili olduğunu belirlediği gibi kamu düzenini ilgilendirmeyen durumlarda da uyuşmazlık olması halinde davanın hangi yerdeki mahkemede görüleceğini belirlemiştir. İlk gruptaki belirlemeler kesin yetki kuralları; ikinci gruptakiler ise kesin olmayan yetki kurallarıdır.¹⁴

8 Kanun öncelikle genel yetkili mahkemeyi belirlemiştir. Ardından gelen yetki kuralları ise ya genel yetkiyi ortadan kaldıran ya da genel yetkiye alternatif olan kurallardır.

9 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.176; KARADEMİR AYDEMİR, age., s.97-99 ; AKKAN, Pekcanitez Usul, C.1, s.268 vd. ; TANRIVER, Usul, C.1, s.237.

10 Bu ilke özel hukuktaki irade özerkliği ilkesi ile aynı doğrultudadır. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.99, 102; TANRIVER, Usul, C.1, s.363, 420; YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Yargılama Hukukunda Hakim Rolü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.3, (s.3027-3044), s.3031; İrade özerkliği için bkz: EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara, 20.Baskı, s.16-18.

11 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.103; DURAN, Osman, **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, 2020, Ankara, s.33-36; ERDÖNMEZ, Güray, Pekcanitez Usul **Medeni Usul Hukuku**, C.I, s.795 vd ; TANRIVER, Usul, C.1, s.420.

12 DURAN, age., s.37-38.

13 "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz." Anayasa m.36/2 ; "Yetkinin kesin olmadığı davalarda, davalı, süresi içinde ve usulüne uygun olarak yetki itirazında bulunmazsa, davanın açıldığı mahkeme yetkili hâle gelir." HMK m.19/4.

14 "Davacının davasını açabilmesi için, genel yetki kuralı yanında, ona seçim hakkı tanıyan özel yetki kuralları da düzenlenmiştir. Fakat bazı hallerde mahkemenin yetkisi kamu düzeniyle ilişkili kabul edilerek kesin yetki kuralları getirilmiştir." AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.267.

Kesin yetki ve kesin olmayan yetki ayırımının en önemli sonucu mahkemenin yetki hususunu kendiliğinden inceleyip incelemeyeceği noktasında görülmektedir. Kesin yetki kuralının bulunduğu durumlarda mahkeme yetkili olup olmadığını talep olmaksızın dikkate almak zorundayken (HMK m.19/1, m.115/1), kesin olmayan yetki kuralı söz konusu olduğunda taraflarca ileri sürülmedikçe mahkeme resen dikkate alamaz (HMK m. 19/2, m.117/2). Kesin yetki kuralları dava şartı iken (HMK m.114/1-ç) kesin olmayan yetki kuralları ilk itirazdır (HMK m.116/1-a). Kesin yetki kuralları yargılamanın her aşamasında ileri sürülebiliyorken (HMK m.19/1, m.115/1), kesin olmayan yetki kuralları ancak cevap süresi içinde ileri sürülebilir (HMK m. 19/2, m.117/2). Kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılması mümkün değilken (HMK m.18/1), yetkinin kesin olmadığı hallerde yetki sözleşmesi yapılması mümkündür (HMK m.17/1).¹⁵

Yetkinin kesin olup olmadığı, ilgili kanunda açıkça yazılabileceği gibi hükmün lafzından da bu tespit yapılabilir.¹⁶ HMK'da kesin yetki hallerinin açıkça düzenlenmesi tercih edilmiştir.¹⁷ Ortak yetkili mahkemenin bulunduğu davalar (HMK m.7/1)¹⁸, miras hukukuna ilişkin bazı davalar (HMK m.11), taşınmazın aynına ilişkin davalar (HMK m.12), tüzel kişilerle ilgili bazı davalar (HMK m.14/2) ve can sigortası ile ilgili davalar (HMK m.15/3) HMK'da yetkinin kesin olduğu

15 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.176, 177; KARADEMİR AYDEMİR, age., s.109; TANRIVER, Usul. C.1, s.246-250.

16 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.293; KARADEMİR AYDEMİR, age., s.98; TANRIVER, Usul, C.1, s.247.

17 TANRIVER, Usul, C.1, s.237.

18 Ortak yetkili mahkemenin düzenlendiği HMK'nın 7/1. maddesinde bu yetkinin kesin olduğuna ilişkin bir ibare bulunmamakla birlikte maddenin lafzından kesin olduğu kabul edilmektedir. AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.300; KONURALP, Orhan Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme ile Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği, **TBB Dergisi**, S.142, 2019, (s.211-230), s.224; SOYLU, Furkan, Medeni Usul Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme, **SÜHFD**, C.25, S.2, 2017, (s.449-484), s.478-479; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise verdiği bir kararda kesin yetki hallerinin HMK'da açıkça düzenlendiğini, HMK'nın 7/1. maddesinde yetkinin kesin olduğunun düzenlenmemesinin bilinçli bir tercih olduğunu, madde gerekçesinde yer alan "...ortak yetkili mahkemenin yetkisi, kesin yetki hâline getirilmiş." ibaresinin bağlayıcı olmadığını, aksi yorumun gerekçeyi kanun seviyesine çıkaracağını ve normlar hiyerarşisine aykırılık oluşturacağını, HMK'nın 16. maddesinin de bu durumu desteklediğini ileri sürerek HMK'nın 7/1. maddesinin kesin yetki kuralı olmadığına karar vermiştir. Karar metninde bu husus şu ifadelerle dile getirilmiştir: "Açıklanan bu dört (HMK m.11/1, 12/1, 14/2, 15/2) yasa hükmünde mahkemelerin yetkisini kesin olarak belirleyip madde metnine açıkça yazan yasa koyucu bu belirlemeyi HMK'nın 7. maddesi yönünden yapmamıştır. Bu farklılığın bilinçsiz olduğu ileri sürülemez. Şayet bu hâlde de yetkinin kesin olması istenilmiş olsaydı bu kesinlik olgusunun diğer maddelerde olduğu gibi madde metnine yazılması önünde hiçbir engel bulunmadığı açıktır." Yargıtay HGK 2017/17-1100 E, 2019/593 K, 21.05.2019 T.

durumlardır.¹⁹ İcra mahkemelerinin yetkisi (İİK m.4)²⁰, iş makinelerinin yetkisi (İMK m.5)²¹, nüfus davalarında mahkemenin yetkisi (NHK m.36)²², tüketici hakem heyeti kararlarının iptali davasında tüketici mahkemelerinin yetkisi (TKHK m.70/3)²³, anonim şirketlerde genel kurul kararının iptali davalarında ticaret mahkemesinin yetkisi (TTK m.445)²⁴ gibi düzenlemelerde ise hükmün lafzı ile yetkinin kesin olduğu kabul edilmektedir. Bu noktada yetki sözleşmesi ile belirlenen mahkemenin yetkisinin kesin yetki olarak kabul edilemeyeceğini de belirtmek gerekir.²⁵

19 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.293-303; TANRIVER, Usul, C.1, s.247.

20 ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**. Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 3.Baskı, s.59; VAROL, Gökçe, **İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü**, AndHD, C.6, S.2, 2020, (s.435-465), s.439; "İİK'nun 4. maddesi gereğince, takip hangi icra dairesinden başlamış ise bu takiple ilgili itiraz ve şikayetler, takibin yapıldığı yer icra müdürlüğünün bağlı olduğu icra mahkemesinde çözümlenir. Bu husus, kamu düzenine ilişkin kesin yetki niteliğindedir." Yargıtay 5.HD 2020/10979 E, 2021/41 K, 18.01.2021 T.

21 UĞUR, Aynaz, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu, **TBB Dergisi**, S.110, 2014, (s.11-32), s.19; "5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 5'inci maddesindeki düzenleme ile kanun koyucu, anılan Kanununun 1'inci maddesi gereğince görevli bulunan iş mahkemelerinin, yer itibariyle yetkisini saptamaktadır. Bu maddenin kapsamı, sadece İş Mahkemeleri Kanununun 1'inci maddesine göre açılacak davalarla sınırlı bulunmaktadır. Diğer Yasalar bakımından, örneğin 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 1479 sayılı Bağ-Kur Kanununa göre açılacak davalar, bu maddenin kapsamında dahil değildir. Anılan maddede, kesin yetki kuralı geçerli olup; davacı, iki yer mahkemesinden birisinde, yani davalının ikmetgâhi mahkemesinde veya işçinin işini yaptığı iş yeri mahkemesinde davasını açabilecektir. Buna aykırı sözleşme düzenlenmesi mümkün değildir." Yargıtay HGK 2015/22-2933 E, 2018/1927 K, 13.12.2018 T.

22 "Yukarıda belirtilen madde hükümlerinden de anlaşılacağı üzere, nüfus kaydına ilişkin düzeltme davalarında kaydın düzeltilmesi istenen kişinin yerleşim yeri adresinin bulunduğu yer mahkemesinin anlaşılması gerekmektedir.

Somut olay incelendiğinde, Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 36/1-a maddesine göre nüfus kaydı düzeltilmesi istenen muris A.'nın Manisa İli Akhisar İlçesi nüfusuna kayıtlı olduğu ve aynı ilçede ikamet ettiği gerek dosyadaki nüfus kayıt örneklerinden gerekse tanık beyanlarından anlaşılmaktadır. O halde murisin soyadının nüfusa tescili istemli davada yetkili mahkemenin murisin ikametgahının bulunduğu yer Akhisar Asliye Hukuk Mahkemesi olması zorunlu olup, sözkonusu yetki kesin yetkidir." Yargıtay HGK 2014/18-67 E, 2015/1549 K, 10.06.2015 T.

23 "28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 70. maddesinin üçüncü fıkrasında "Taraflar, tüketici hâkem heyeti kararlarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde tüketici hakem heyetinin bulunduğu yerdeki tüketici mahkemesine itiraz edebilir." şeklinde tüketici hâkem heyeti kararlarına karşı itiraz yolunda özel bir düzenleme öngörülmüştür. Anılan madde hükmü emredici nitelikte olup, madde ile, tüketici hâkem heyeti kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulmasında, kararı veren tüketici hâkem heyetinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkisi, kesin yetki olarak düzenlenmiştir." Yargıtay 5.HD 2020/10079 E, 2020/10860 K.

24 PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara, 2.Baskı, s.929 ; "6102 sayılı TTK'nun 622. ve aynı Yasa'nun 445. maddesi hükmü uyarınca davalı şirketlerin merkezlerinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemeleri genel kurul kararlarının ve ortaklar kurulu kararlarının iptali talebiyle açılan bu davada kesin yetkilidir." Yargıtay 11.HD 2015/4936 E, 2015/5639 K, 22.04.2015 T.

25 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.322; AŞIK, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, **TBB Dergisi**, 2011, S.97, (s.11-48), s.41 ; BOLAYIR, Nur, Hukuk

II. MEDENİ USUL HUKUKUNDA YETKİSİZLİK

A. Kavram

Hukuk yargılamasında davanın HMK m.5-17 hükümlerinde veya yetkiye ilişkin özel kanun hükümlerinde belirtilenler dışında bir yerde açılması mümkündür. Yetkili olmayan yer mahkemesinde dava açmak isteyen kişinin davasının kaydedilmesi engellenemez.²⁶ Bu durumda davanın açıldığı yer mahkemesi yetkisizdir. Yetkisiz mahkemenin nasıl işlem yapacağı da yetkinin kesin veya kesin olmamasına göre farklılık arz etmektedir.²⁷ Yetkinin kesin olduğu hallerde yetkisiz mahkeme davaya devam edemez. Yetkisiz mahkemenin bu hususa ilişkin bir kararla dosadan el çekmesi gerekir. Yetkinin kesin olmadığı durumlarda ise yetki itirazı yoksa mahkeme yetkili hale gelir ve yargılamaya devam eder. Usulüne uygun yetki itirazının bulunması halinde ise tıpkı kesin yetki halinde olduğu gibi dosyadan el çekilir.

Yetkisiz mahkemenin kesin yetki halinde ve kesin olmayan yetkide itiraz halinde bir karar vermesi gerektiği muhakkaktır. Ancak bu kararın ne olacağı kanunda yeterince açık değildir. Bu sebeple öncelikle medeni usul hukukunda karardan ne anlaşılması gerektiği incelenmiş, akabinde yetkisizlik halinde verilmesi gereken karara ilişkin değerlendirmeler yapılmıştır.

Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.85, S.5, 2011, (s.131-147), s.139 ; KURU / ARSLAN / YILMAZ, age., s.157; TANRIVER, Usul, C.1, s.258; TANRIVER, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler, **DEÜHFD**, C.16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, (s.459-468), s.465 ; "Yukarıda da bahsedildiği üzere; kesin yetki hâlinin kamu düzenine ilişkin ve kanun koyucunun yalnızca belirli bir mahkemede dava açılabileceğini emrettiği durumlarda söz konusu olması, yetki sözleşmesinin ise ancak tarafların üzerinde anlaşabileceği konularda yapılabilmesi ve davanın salt sözleşme ile belirlenen mahkemede açılacağına ilişkin hükmün aksinin taraflarca kararlaştırılabilmesinin mümkün bulunması, bunların yanı sıra sözleşme ile kesin yetkili mahkemelerin yetkisinin ortadan kaldırılamaması da göz önünde bulundurulduğunda yetki sözleşmesiyle yapılan belirlemenin kesin yetki olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Aksi yöndeki bir değerlendirme, taraf iradesiyle yapılan bir belirleme ya da sözleşmeye "kamu düzeni" kavramının gücünü yüklemek anlamına gelecektir ki bu durum hukuken kabul edilemez." Yargıtay HGK 2017/ (13)3-1991 E, 2020/803 K, 21.10.2020 T.

26 ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmamış Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, **İÜHF**, C.LXX, S.2, (s.183-206), s.184; TANRIVER, Usul, C.1, s.650-652, 656.

27 AKKAN, Pekcantez Usul, C.I, s.320; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.197.

B. Medeni Usul Hukukunda Karar

1. Kavram

Yargılama dinamik bir süreçtir. Hukuk yargılamasında bu süreçte hâkimin yanında taraflar da aktif bir role sahiptir.²⁸ Tarafların bu rollerini etkin bir şekilde kullanması hukuki dinlenilme hakkı (HMK m.27) ile sağlanmaktadır.²⁹ Hâkimin, dinamik yargılama sürecini sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve hukuki dinlenilme hakkının etkinliğini arttırarak sonuca ulaşması için çeşitli kararlar vermesi kaçınılmazdır.³⁰

Üst paragraftan hareketle hukuk yargılamasında kararı, dinamik yargılama sürecinin adil yargılanma ilkelerine uygun yürütülmesi ve hukuka uygun bir sonuca ulaşılması için hâkimin yaptığı yargısal (usuli) tasarruflar olarak tanımlayabiliriz.³¹ Görüldüğü gibi medeni usul hukukunda kararın iki işlevi vardır: Yargılamayı yürütmek ve neticeye bağlamak. Esasında hâkim tarafından dış dünyaya yansıyan usuli iradelerin büyük çoğunluğu karar niteliğindedir.³² Tensip tutanağı hazırlanması, duruşma açılması, taraflara süre verilmesi, delil toplanması, bilirkişi incelemesi yaptırılması birer kararla olmaktadır. Bu bağlamda yargılamanın esasında kararlarla yürüdüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

Karar, resen verilebileceği gibi talep üzerine de verilebilir. Ayrıca hâkim, karar vermekte tam bir serbestiye sahip olmayıp kanunen öngörülen bazı durumlarda karar vermek zorundadır.³³

2. Ara Karar – Nihai Karar Ayrımı

Medeni usul hukukunda karar ile ilgili yapılan en temel ayırım kararın nihai olup olmadığına göre yapılan ayırımdır.³⁴ Bu ayırma göre mahkeme

28 TANRIVER, Usul, C.1, s.368.

29 "Uyuşmazlık konusu maddi vakıaların, tam olarak aydınlanabilmesi, taraflara hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasıyla olur." PEKCANITEZ, Hakan, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, DEÜHFD, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000, (s.753-791), s.755; TANRIVER, Usul, C.1, s.394; TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, **TBB Dergisi**, S.53, 2004, (s.191-215), s.205.

30 ATALI, Murat, Pekcanitez Usul, C.III, s.1968; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.464; TANRIVER, Usul, C.1, s.1022.

31 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1968; TANRIVER, Usul, C.1, s.1022.

32 Bu kararlar aynı zamanda usul işlemidir. BORAN GÜNEYSU, Nilüfer, Medeni Usul Hukukunda Karar, Adalet Yay., 2014, Ankara, s.39

33 Dava şartını tamamlamak, tüm talepler hakkında karar vermek gibi ihtimallerde hâkim karar vermek zorundadır.

34 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; BORAN GÜNEYSU, age., s.115

kararları nihai karar - ara karar olarak iki kategoride ele alınmaktadır.³⁵

Nihai karar, hâkimin davadan el çektiği, uyuşmazlığın esasına veya usule ilişkin verdiği kararlardır.³⁶ Nihai karar ile hâkim ilgili uyuşmazlık ile kendisi ve mahkemesi tarafından yapılacak başka bir işlemin olmadığını beyan etmiş olmaktadır. Bu özelliğinden dolayı nihai karar sonrası hâkimin dosyayı ele alıp, nihai kararın etkisini ortadan kaldıracak bir işlem yapması veya karar vermesi kural olarak mümkün değildir.³⁷

Nihai kararlar esasa veya usule ilişkin olabilir.³⁸ Yargılamadan el çekmenin usuli bir sebebe dayanması halinde usule ilişkin nihai karar; esasa ilişkin bir sebebe dayanması halinde esasa ilişkin nihai karar sözü konusu olur.³⁹ Usule ilişkin nihai kararlar şekli anlamda kesinleşmeler dahi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler.⁴⁰ Esasa ilişkin nihai kararlar ise diğer şartların da bulunması halinde maddi anlamda kesin hüküm teşkil eder.⁴¹

Ara karar, hâkimin yargılamayı yürütmek ve davayı sonuca götürmek için davadan el çekmeden verdiği kararlardır.⁴² Ara kararlar, tarafların taleplerinin yerine getirilmesi, adil yargılanma hakkının usulünce işlenmesi, taraf delillerinin toplanarak sağlıklı değerlendirme yapılması ve yargılamanın makul sürede bitirilmesi amacı taşımaktadır.

Nihai karar ile ara karar arasındaki en temel fark yargılamayı son erdirme noktasındadır. Nihai karar yargılamayı sona erdirirken, ara kararın böyle bir etkisi yoktur.⁴³ Bunun yanında nihai kararlara karşı kanun yoluna başvurulabiliyorken ara kararlara karşı kural olarak kanun

35 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.464; TANRIVER, Usul, C.1, s.1023.

36 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.550; TANRIVER, Usul, C.1, s.1026.

37 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.2001; TANRIVER, Usul, C.1, s.1026; 7251 sayılı kanun ile değiştirilen HMK'nın 310/2 hükmüne göre hüküm verilmesinden sonra davadan feragat veya davayı kabul halinde mahkemece feragat veya kabul doğrultusunda ek karar verilebilir. Bu durum hâkimin dosyadan el çektiikten sonra karar vermesinin istisnai bir halidir.

38 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1973; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.550; TANRIVER, Usul, C.1, s.1026.

39 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1973, 1974; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.550, 551; TANRIVER, Usul, C.1, s.1026, 1027; Esasa ilişkin nihai kararlar HMK m.294/1'de hüküm olarak tanımlanmıştır.

40 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.550; TANRIVER, Usul, C.1, s.1027.

41 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.2057; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.551; TANRIVER, Usul, C.1, s.875, 876.

42 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.464; TANRIVER, Usul, C.1, s.1023.

43 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; TANRIVER, Usul, C.1, s.1023.

yolu kapalıdır.⁴⁴ Son olarak hâkimin verdiği nihai karardan dönmesi mümkün değilken, verilen ara karardan dönmek mümkündür.⁴⁵

C. Yetkisizlik Halinde Verilmesi Gereken Karar

1. Kanundaki Durum

Hukuk yargılamasında mahkemenin yetkili olmadığı anlaşılması halinde bir karar vereceği şüphesizdir. Usul kanunumuzda bu kararın ne olacağı konusu yeterince açık değildir. HMK'da yetkinin kesin olup olmadığına göre ayırım yapılarak mahkemenin izleyeceği yola ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır.

HMK'da yetkinin kesin olduğu durumlarda davanın yetkili mahkemede açılması dava şartı (m.114/1-c), yetkinin kesin olmadığı hallerde yetki itirazı ilk itiraz (m.116/1-a) olarak düzenlenmiştir. Kanunda dava şartının bulunması halinde davanın usulden reddine (m.115/2) karar verileceği düzenlenmişken, ilk itirazın kabulü halinde nasıl bir karar verileceği açıkça düzenlenmemiş, sadece ön sorun gibi incelenip karara bağlanacağına yer verilmiştir (m.117/3).⁴⁶

HMK'nın 19/3 hükmü hem kesin yetkiyi hem de kesin olmayan yetkiyi içerecek şekilde '*yetkisizlik kararı*' ifadesini kullanmıştır. Aynı ifade HMK'nın 20/1, 21/1-ç, 331/2, 353/1-a-3 hükmünde de yer almıştır. HMK'nın 22/2 hükmü ise *yetkiye ilişkin olarak verilen karar* ifadesine, 362/1-c hükmü *yetki hakkında verilen karar* ifadesine yer vermiştir.

HMK'nın yetki ile ilgili hükümleri incelendiğinde, yetkisizlik halinde verilmesi gereken karar ile ilgili üç ihtimal ortaya çıkmaktadır:

-İlk ihtimal kesin yetki halinde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi (HMK m.115/2), kesin olmayan yetki halinde davanın yetkisizlik nedeniyle usulden reddi (HMK m.117/3),

-İkinci ihtimal kesin yetki halinde davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi (HMK m.115/2), kesin olmayan yetki halinde mahkemenin yetkisizliği (HMK m.19, 20),

44 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1969; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.605; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.464, 465; TANRIVER, Usul, C.1, s.1025; İhtiyati tedbir (HMK m.397 vd) ve ihtiyati haciz (İİK m.265 vd) ile ilgili kararlara karşı istinaf yolu açık olup (HMK m.341/1), bu durumlar ara kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu istisnalardandır.

45 ATALI, Pekcanitez Usul, C.III, s.1972, 2001; TANRIVER, Usul, C.1, s.1026.

46 HMK'nın 138. maddesi ise sadece *karar* ifadesini kullanmıştır.



-Son ihtimalde ise heme kesin yetki hem de kesin olmayan yetki hallerinde mahkemenin yetkisizliği (HMK m.19, 20) yönünde karar vermektir. Bu ihtimallerdeki kararların hepsinin HMK'da dayanağı vardır.

2. İctihatlarda Durum

Mahkemenin yetkisiz olması halinde nasıl bir karar verileceği Yargıtay içtihatlarında yeterince tartışılmamıştır. Konu, içtihatlarda genel olarak somut olayla sınırlı değerlendirmeye tabi tutulmuştur.

Yetkinin kesin olmadığı bir davada, ilk derece mahkemesi⁴⁷ tarafından verilen dava şartı yokluğundan davanın usulden reddine ilişkin karara karşı yapılan istinaf başvurusunda Bölge Adliye Mahkemesi⁴⁸ “*Şu durumda, dava konusu uyuşmazlığın görülmesinde HMK'nun 6. maddesi uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olduğundan ilk derece mahkemesi tarafından, yetkisizlik nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik görülmemiştir.*” gerekçesiyle başvuruyu esastan reddetmiş, Yargıtay⁴⁹ da bu duruma değinmeden kararı onamıştır. Böylece yetkinin kesin olmadığı durumda verilen *dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi* kararı kesinleşmiştir.

Yetkinin kesin olmadığı başka bir davada ilk derece mahkemesi⁵⁰ davanın yetkisizlik sebebiyle dava şartı yokluğundan usulden reddine karar vermiş, kararın istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesi⁵¹ “*somut olayda yetkinin kesin yetki olmadığı anlaşıldığından davalı vekilinin, süresinde yapmış olduğu ilk derece mahkemesinin yetkisine ilişkin itirazı da dikkate alındığında somut olaya ilişkin uyuşmazlıkta yetkili mahkemenin Ankara Nöbetçi İş Mahkemesi olduğu ve Zonguldak İş Mahkemelerinin iş bu davada yetkili olmadığı anlaşılacakla ilk derece mahkemesince dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır*” demek suretiyle kesin olmayan yetki halinde dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi kararına hukuka uygun bulmuş, Yargıtay⁵² da bu hususa değinmeden kararı onamıştır.

Yetkinin kesin olmadığı diğer bir davada, ilk derece mahkemesi⁵³ “*Dava dilekçesinin yetkisizlik nedeniyle usulden reddine*” dair kararı üzerine

47 Eskişehir 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 2018/726 E, 2018/967 K, 23.10.2018 T.

48 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 25.HD, 2019/470 E, 2020/529 K, 10.03.2020 T.

49 Yargıtay 4.HD, 2020/2934 E, 2020/3515 K, 19.10.2020 T.

50 Zonguldak 1.İş Mahkemesi, 2018/220 E, 2018/394 K, 01.11.2018 T.

51 Sakarya Bölge Adliye Mahkemesi 10.HD, 2019/63 E, 2019/229 K, 27.02.2019 T.

52 Yargıtay 10.HD, 2019/2771 E, 2020/2144 K, 09.03.2020 T.

53 Mersin 1.Asliye Ticaret Mahkemesi, 2016/629 E, 2017/321 K, 16.06.2017 T.



Bölge Adliye Mahkemesi⁵⁴ bu duruma ilişkin değerlendirme yapmadan “Mahkemece, yetkisizlik kararı verilmiştir.” demek suretiyle istinaf başvurusunu esaslan reddetmiş, Yargıtay⁵⁵ verilen kararı onamıştır.

Yargıtay⁵⁶, yetkinin kesin olmadığı bir davada, dava şartı yokluğundan ret kararı verilmesinin doğru olmadığına değinip “HMK’nın 116/a maddesi gereği kesin yetki olmayan haller dava şartı değildir. Karardan davanın yetkisizlik nedeni ile reddedildiği ve dosya kapsamındaki yetkinin kesin yetki olmadığı anlaşılmaktadır. Kesin yetki olmamasına rağmen yetkisizlik kararı kurulurken dava şartı nitelendirilmesi yapılması doğru bulunmamıştır. Bu sebeple kararın bozulması gerekir ise de; düşünülen bu hatanın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hükmün 6100 sayılı HMK’nın geçici 3. maddesi yollaması ile HUMK’nın 438/VII. maddesi gereğince hükmün 1. bendinin tamamen çıkarılıp yerine “Davalının süresinde yapılan yetki itirazının kabulü ile, davanın yetki yönünden usulden reddine” şeklinde düzeltilerek onanması uygun bulunmuştur.” gerekçesi ile kararı düzelterek onamıştır.

Yargıtay⁵⁷, yetkinin kesin olmadığı başka bir davada, “Davalı, davacının iddia ettiği akdi ilişkiyi inkar ettiğine göre somut olay bakımından yetkili mahkeme HMK’nın 6. maddesi uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesi olup yetki itirazının kabulü ile mahkemece davanın usulden reddi gerekirken” gerekisi ile davanın usulden reddine karar verilmesi gerektiğine işaret etmiştir.

Yargıtay⁵⁸ yetkinin kesin olduğu bir davada “6100 sayılı Kanun’un 20, 114/1 -c, 115/2. maddelerine göre mahkemenin yetkili olmadığına anlaşılması halinde yetkisizlik kararı ile birlikte dava şartı yokluğu nedeni ile dava usulden reddedilir.” tespitini yaptıktan sonra ilk derece mahkemesinin kararındaki “mahkememizin yetkisizliğine” kısmını “yetki yönünden dava şartı yokluğu sebebiyle davanın usulden reddine” olarak düzeltmiştir. Aynı yöndeki başka bir Yargıtay⁵⁹ kararında da kesin yetki halinde verilmesi gereken kararın davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi olması gerektiği “HMK’nın 114/ç ve 115/2. maddesi uyarınca dava şartı yokluğu nedeniyle davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, dava dilekçesinin yetki yönünden reddine karar verilmesi de doğru olmamıştır.” ifadeleriyle içtihadı yansıtmıştır.

54 Antalya Bölge Adliye Mahkemesi 11.HD, 2017/1538 E, 2018/403 K, 21.03.2018 T.

55 Yargıtay 19.HD, 2018/2297 E, 2020/351 K, 10.02.2020 T.

56 Yargıtay 15.HD, 2012/5482 E, 2012/6583 E, 18.10.2012 T.

57 Yargıtay 19.HD, 2016/2711 E, 2016/15747 K, 13.12.2016 T.

58 Yargıtay 22.HD, 2013/8011 E, 2013/8481 K, 22.04.2013 T.

59 Yargıtay 23.HD, 2013/1778 E, 2013/2788 K, 29.04.2013 T.



Yargıtay⁶⁰ yetkinin kesin olduğu bir davada “Her ne kadar İstanbul İş Mahkemesince verilen ve kesinleşen yetkisizlik kararı üzerine eldeki uyuşmazlık görülmüş ise de, bu yetkisizlik kararı işyeri düzeyinde yapılan olumlu yetki tespiti esas alınarak verilmiş olup, daha sonra yapılan yargılamada tespitin işletme düzeyinde yapılması gerektiği tespit edilmiş olmakla yapılan bu tespit bağlamında yetkili mahkemenin tekrar belirlenmesi gereklidir. Nitekim uyuşmazlıkta kesin yetki kuralı geçerli olduğundan yargılamanın her safhasında mahkemelerce resen gözetilmesi gereklidir. Bu itibarla; Mahkemenin dosya içeriğine göre isabetli olduğu anlaşılan yetki tespitinin işletme düzeyinde yapılması gerektiğine ilişkin tespitine bağlı olarak yetkisizlik kararı vermesi gerekirken uyuşmazlığın esasına girerek yazılı şekilde karar vermesi bozmayı gerektirmiştir.” gerekçesi ile mahkemece verilmesi gereken kararı yetkisizlik olarak belirlemiştir. Başka bir Yargıtay⁶¹ kararında da kesin yetki halinde “HMK’nın 12. (1) maddesi uyarınca yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş” denilmek suretiyle aynı doğrultuda hüküm kurulmuştur. Yargıtay’ın başka bir dairesi⁶² de “Anılan yetki, Yargıtay uygulamalarıyla da kesin yetki olarak kabul edilmektedir. Bilindiği üzere, kesin yetki, kamu düzeni ile ilgili olduğu gibi 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 114/1-ç maddesi uyarınca dava şartı olup, yargılamanın her aşamasında istek olmaksızın gözetilir. Belirtilen yetkinin kesin yetki niteliğinde olmasına göre; dava konusu ana taşınmazın “Etimesgut” ilçesi sınırlarında olduğu, dolayısı ile Ankara Batı Mahkemelerinin yetkili olduğu anlaşılmalı, davanın yetkisizlik kararı ile Ankara Batı Adliyesi Mahkemelerine gönderilmesi gerekirken, yetkisizlik kararı verilmeyip işin esasına girilerek karar verilmesi doğru görülmemiştir.” aynı doğrultuda hareket ederek kesin yetki halinde verilmesi gereken kararın yetkisizlik olduğunu belirtmiştir.

Yargıtay⁶³ mahkemenin yetkili olmaması halinde verilmesi gereken kararın ne olduğunun tartışıldığı bir kararında “Yetkinin kesin olduğu hallerde, mahkemenin yetkili bulunması dava koşuludur (6100 s.HMK.m.114/1-ç) ve dava şartlarının mevcut olup olmadığı davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden araştırılır (HMK.m.115/1). Boşanma davalarında yetki, kamu düzeniyle ilgili ve kesin yetki değildir. Ancak ilk itiraz olarak ileri sürülmesi halinde dikkate alınır. İtiraz yoksa hakim re’sen (kendiliğinden) yetkili olup olmadığına bakamaz. Davalının yetki itirazı bulunmamaktadır. Bu durumda işin esasının incelenmesi gerekirken, yazılı

60 Yargıtay 9.HD, 2020/1296 E, 2020/5236 K, 10.06.2020 K.

61 Yargıtay 14.HD, 2020/3291 E, 2020/6027 K, 08.10.2020 T.

62 Yargıtay 20.HD, 2017/8443 E, 2019/1026 K, 14.02.2019 T.

63 Yargıtay 2.HD, 2012/5838 E, 2012/25616 K, 22.10.2012 T.



şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır. Kabule göre de; Görev veya yetkinin kesin olduğu hallerde, bu hususlar, dava şartı olsa da, dava şartı noksanlığından dolayı davanın usulden reddine değil, görevsizlik veya yetkisizliğe karar verilebilir (6100 s.HUMK.m.20/1 ve 331/1). Çünkü görevsizlik veya yetkililik halinde, süresinde başvurulması durumunda davaya bir başka mahkemede devam edilmesi mümkün olacaktır. Oysa “dava şartı noksanlığı sebebiyle usulden ret kararı verildiği taktirde”, buna olanak olmayacaktır. O nedenle dava şartı noksanlığı göreve veya kesin yetkiye ilişkin ise usulden ret kararı değil, görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi gerekir. Bu husus dikkate alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi de doğru bulunmaktadır.” demek suretiyle yetkinin kesin olduğu hallerde dava şartı yokluğundan usulden ret kararı verilmesinin doğru olmadığına, yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁶⁴ ise yetkinin kesin olduğu bir dava ile ilgili verdiği kararda “HMK’un 114. maddesinde sayılan, dava şartlarının tamamı ile ilgili bir eksikliğin söz konusu olması halinde, yapılacak usulü işlemle ilgili olarak HMK’un 115/2. maddesindeki genel düzenleme yapılmış ise de; görevsizlik ve yetkisizlik ile ilgili yapılacak işlemler için HMK’un 20. maddesinde özel düzenleme getirilmiş olup, dava şartı olarak sayılan, mahkemenin görevli olması (m.114/c) ve yetkinin kesin olduğu hâllerde(m.114/ç), yetkisiz mahkemede dava açılmış ise, usule ilişkin bir karar olan yetkisizlik kararı verilmesi gerekmektedir.” demek suretiyle HMK’nun 20. maddesinin 114. maddesine göre özel düzenleme olduğunu, bu sebeple mahkemenin yetkili olmaması halinde verilmesi gereken kararın dava şartı yokluğundan davanın usulden reddi değil de yetkisizlik kararı verilmesi gerektiğini benimsemiştir.

Görüldüğü üzere Yargıtay içtihatlarının bir kısmında ‘davanın usulden reddi’, bir kısmında ‘davanın dava şartı yokluğundan usulden reddi’, bir kısmında ise ‘mahkemenin yetkisizliği’ kararının verilmesi gerektiğine işaret edilmekte olup daireler ve kararlar arasında birlik bulunmamaktadır.

Yargıtay içtihatları genel olarak değerlendirildiğinde, mahkemenin yetkili olmaması halinde verilmesi gereken kararın ne olduğu hususunun son yıllardaki içtihatlarda tartışılmadığı görülmektedir. HMK’nun yürürlüğe girmesinden hemen sonra verilen kararlarda ise bu hususun kısmen tartışıldığı gözlemlenmiştir.⁶⁵ Bu durumda Yargıtay tarafından, yetkisizlik halinde verilecek kararda mahkemenin yetkisiz olduğunun

64 Yargıtay HGK, 2013/22-186 E, 2013/1391 K, 25.09.2013 T.

65 Bkz: Yukarıda değinilen (Yargıtay HGK, 2013/22-186 E, 2013/1391 K, 25.09.2013 T; Yargıtay 2.HD, 2012/5838 E, 2012/25616 K, 22.10.2012 T.) kararlar.

belirtilmesinin ve yetkili mahkemenin gösterilmesinin genel olarak yeterli görüldüğü sonucuna varmaktayız.

Son olarak konu hakkında Anayasa Mahkemesi tarafından yapılan değerlendirmeye de değinmekte fayda vardır. Anayasa Mahkemesi, HMK'nın 20. maddesi ile ilgili yapılan iptal başvurusu ile ilgili verdiği kararda "*Davanın hangi yer mahkemesinde görüleceği hakkında kurallar ise yetki kuralları olup, kanunda uyuşmazlığın sadece o yer mahkemelerinde görüleceğinin belirtildiği kesin yetki kurallarının varlığı halinde de davanın her aşamasında mahkemece resen ya da taraflardan birinin itirazı üzerine yetkisizlik kararı verilebilmektedir.*" demek suretiyle, yetkisizliğe ilişkin verilmesi gereken kararın *yetkisizlik kararı* olacağına değinmiştir.⁶⁶

3. Değerlendirmemiz

Mahkemenin kesin yetki hallerinde kendiliğinden veya talep üzerine, yetkinin kesin olmadığı hallerde ise süresinde yapılan yetki itirazı üzerine yapacak inceleme neticesinde, yetkili olmadığını anlaşılması halinde yetkili olmadığını belirtecek şekilde bir karar vermesi gerektiği açıktır.⁶⁷ Verilecek bu kararda yetkili mahkemenin belirtilmesi de zorunludur (HMK m. 19/3).⁶⁸

Mahkemece yetkisizlik halinde verilecek karar ile hâkim davadan el çekmiş olacaktır.⁶⁹ Süresinde dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesinin talep edilmemesi halinde, dosyanın tekrar ele alınıp davanın açılmamış sayılmasına karar verilmesi zorunludur (HMK m. 20/1). Burada amaç davanın yeniden ele alınması olmayıp, eksik usuli işlemleri tamamlayarak dosyanın kapanmasını sağlamaktır.⁷⁰ Mahkemenin yetkili olmadığına ilişkin kararından dönmesi veya o kararın hükmünü ortadan kaldırılması söz konusu değildir. Dolayısıyla mahkemenin yetkili olmadığına dair kararının bir nihai karar olduğu anlaşılmaktadır.⁷¹ Bu karar ile davanın esası çözümediğinden usule ilişkin nihai bir karardır.⁷²

66 AYM 2015/96 E, 2016/9 K, 10.02.2016 T.

67 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.326.

68 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.326; TANRIVER, Usul, C.I, s.260; "Mahkeme, yetkisizlik kararında yetkili mahkemeyi göstermek zorundadır." Yargıtay 2.HD 2014/19450 E, 2015/3933 K, 09.03.2015 T.

69 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199.

70 İlk kararda hükmedilmeyen yargılama giderleri ve vekâlet ücreti hakkında karar vermek gibi usuli eksiklikleri sayabiliriz.

71 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.327; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.117; Yetkisizlik kararına karşı kanun yolunun açık olması da bu çıkarımı desteklemektedir.

72 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199; TANRIVER, Usul, C.I, s.260



Yetki ve yetkisizlik HMK sistematüğinde aynı rejime tabi tutulmuştur. Kesin ve kesin olmayan yetki ayrımı sadece yetkinin ileri sürölmesi ve incelenmesi noktasında önem arz etmektedir. Bu durumda kesin yetki halinde HMK'nın 115/2 hükmü gereğince *dava şartı yokluğundan usulden ret kararı*; kesin olmayan yetki halinde ise HMK'nın 117/3 hükmüne göre *usulden ret* veya HMK'nın 20/1 hükmüne göre *yetkisizlik* kararı verilmesi düşünölemez. Yetkinin kesin olup olmadığına bakılmadan yetkisizliğe ilişkin tüm kararlarının aynı karar formunda verilmesi gerekir. Bu karar ise ya *usulden ret* kararı ya da *yetkisizlik* kararı olacaktır.⁷³

Yetkisizlik halinde verilmesi gereken kararın *davanın usulden reddi* kararı olabileceğı ihtimali vardır. HMK'nın 115/2 hükmü ve 117/3 hükmü bu ihtimalin en kuvvetli göstergeleridir. Ancak HMK'nın 20/1 hükmünün "*Aksi takdirde dava açılmamış sayılır ve görevsizlik veya yetkisizlik kararı veren mahkemece bu konuda resen karar verilir.*" şeklindeki son cümlesi bir çelişkiyi ortaya çıkarmaktadır. Şöyle ki usulden ret edilen bir dava tekrar ele alınıp davanın açılmamış sayılmasına karar verilmektedir. İlk başta ret edilen bir dava, daha sonra hiç açılmamış kabul edilmektedir. Bunun medeni usul hukuku uygulama ve ilkeleri ile izahı mümkün değildir. Kanun koyucunun da böyle bir sonuç murat ettiğı düşünölemez. Dolayısıyla yetkisizlik halinde verilmesi gereken karar, *davanın usulden reddi* olarak kabul etmek gerek HMK sistematüğüyle gerekse medeni usul hukuku ilke ve uygulamalarıyla bağdaşmaz.

Yapılan değerlendirmelerden de anlaşılacağı üzere yetkisizlik halinde verilmesi gereken karar için son ihtimal *yetkisizlik* kararıdır. Öncelikle belirtmek gerek ki HMK verilmesi gereken karar türlerini Ceza Muhakemesi Kanunu'nda olduğu gibi sınırlamamış ve *yetkisizlik* şeklinde bir karar verilmesini de açıkça engellememiştir. Öte yandan kanunun yetkisizlik durumu ile ilgili birçok hükmünde *yetkisizlik kararı* ifadesi kullanılmıştır.⁷⁴ Bu durumda her ne kadar açıkça zikredilememişse de HMK'nın yetkisizlik halinde verilmesi gereken kararı *yetkisizlik kararı* olarak benimsediğı anlaşılmaktadır.⁷⁵ Çözüm, bu

73 Kesin olmayan yetki dava şartı olmadığından, dava şartı yokluğundan usulden ret kararının verilme ihtimali yoktur.

74 HMK m.19/3, 20/1, 21/1-ç, 331/2, 353/1-a-3 hükümlerinde yetkisizlik kararı ifadesi kullanılmıştır.

75 Doktrinde de yazarlar *yetkisizlik kararı* kavramını sıkça kullanmaktadır. Bkz. AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.326 vd; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, age., s.235 vd; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199 vd; KARADEMİR AYDEMİR, age., s.75 vd; KURU / ARSLAN / YILMAZ, age., s.159 vd; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, age., s.117 vd; TANRIVER, Usul, C.I, s.260 vd.

haliyle kabul edildiği takdirde daha önce bahsettiğimiz çelişkili durumlar da gündeme gelmeyecektir. Sözelimi, yetkisizlik kararından sonra dosyanın gönderilmemesi halinde davanın açılmamış sayılması çelişki yaratmayacaktır. Zira burada ilk hüküm usuli yönden tamamlanmış olmaktadır.

Yaptığımız değerlendirmeler sonucu, yetkisizlik halinde verilmesi gereken kararın yetkisizlik kararı olması halinde herhangi bir sorun çıkmayacağı, bu çözümün HMK sistematığı ve medeni usul hukuku ilkelerine de aykırılık teşkil etmediği kanaatindeyiz. Netice olarak yetkisizlik halinde verilmesi gereken karar yetkisizlik kararıdır. Yetkinin kesin olup olmaması bu karar formunun uygulanmasında farklılık oluşturmaz. Yetkinin kesin olup olmadığına bakılmaksızın, yetkisiz mahkemece verilmesi gereken karar usule ilişkin nihai bir karar türü olan yetkisizlik kararıdır.⁷⁶

III. YETKİSİZLİK KARARININ HÜKMÜ

Kesin yetki halinde ve kesin olmayan yetkide itiraz halinde mahkemenin vereceği karar yetkisizlik kararıdır. Yetkisizlik kararından sonra mahkemenin yapması gereken işlem iki ihtimallidir. Bu ihtimaller ilgilinin gönderme kararı talep edip etmemesine göre ortaya çıkar.

Yetkisizlik kararından sonra ilgili, HMK'nın 20/1 hükmünde belirtilen süreler içinde dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesini isteyebilir. Yetkisizlik kararı veren mahkemenin bu isteme uygun olarak dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi gerekir. Yetkisiz mahkemenin bu işleminden sonra dosyanın gönderildiği mahkeme davaya devam eder. Bu ihtimalde ilk açılan dava halen devam etmektedir.⁷⁷ Dolayısıyla davanın açılışına bağlanan hüküm ve sonuçlar davanın yetkisiz mahkemede açıldığı tarihe göre belirlenir.⁷⁸

76 ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199; TANRIVER, Usul, C.I, s.260 ; “Yetki ile ilgili yapılan değerlendirme neticesinde, mahkemenin, yetkili olmadığına kanaat getirmesi halinde verilmesi gereken karar, usule ilişkin nihai bir karar olan yetkisizlik kararıdır (Süha Tanrıver, Medeni Usul Hukuku, C.1, 2020, s.260 ; Yargıtay HGK 2013/22-186 E, 2013/1391 K). Bu bağlamda ilk derece mahkemesince yetkisizlik kararı verilmesi gerekirken davanın usulden reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ise de verilen karar netice itibarıyla mahkemenin yetkisizliğine ve dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesine dair asgari içeriğe sahip olduğundan bu hususa değinilmekle yetinilmiştir.” Trabzon BAM 4.HD, 2021/409 E, 2021/498 K, 26/03/2021 T.

77 AKKAN, Pekanitez Usul, C.I, s.251, 328; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.169, 200; ÖZMUMCU, a.g.m., s.184.

78 “01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun “Görevsizlik ve Yetkisizlik Kararı Üzerine Yapılacak İşlemler” başlığını taşıyan 20. maddesinde, “(1) Görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesi hâlinde, taraflardan birinin, bu karar verildiği anda kesin ise bu tarihten, süresi içinde kanun yoluna başvurulmayarak

Yetkisizlik kararında mahkemece yargılama giderleri ve vekâlet ücretine hükmedilmez.⁷⁹ Bu giderler davayı sonuçlandıran yetkili mahkemece karar bağlanır. Davanın esasına ilişkin kararda vekâlet ücreti ve yargılama giderleri ile ilgili genel uygulama aynen korunacaktır. Ayrıca yetkisizlik kararı (veya yetkisizlik yargılaması) ile ilgili vekâlet ücreti takdir edilmez.⁸⁰

Yetkisiz mahkemenin davranış ihtimallerinden ikincisi HMK'nun 20. maddesinde belirtilen sürelerde dosyanın gönderilmesinin talep edilmemesidir. Bu durumda yetkisiz mahkeme, dosyayı yeniden ele alarak davanın açılmamış sayılmasına karar verir.⁸¹ Böylece yetkisizlik kararı ile başlayan süreç tamamlanmış olur. Davanın açılmamış

kesinleşmiş ise kararın kesinleştiği tarihten; kanun yoluna başvurulmuşsa bu başvurunun reddi kararının tebliğ tarihinden itibaren iki hafta içinde kararı veren mahkemeye başvurarak, dava dosyasının görevli ya da yetkili mahkemeye gönderilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde, bu mahkemece davanın açılmamış sayılmasına karar verilir. (2) Dosya kendisine gönderilen mahkeme, kendiliğinden taraflara davetiye gönderir." hükmüne yer verilmiş olup, İ. İş Mahkemesince verilen 10.01.2013 tarihli 754/3 sayılı yetkisizlik kararının 14.02.2013 tarihinde kesinleştiği ve davacılar vekilince kesinleşme beklenmeksizin 07.02.2013 tarihinde yetkili mahkemeye dava dosyasının gönderilmesi için başvuruda bulunulduğu anlaşılmakla, anılan yasal düzenleme çerçevesinde davacıların vekilinin süresinde yetkisiz mahkemeye başvurduğunun ve bu halde yetkili mahkemede görülen davanın yetkisiz mahkemede açılan davanın devamı olduğunun kabulü zorunludur.

Hal böyle olunca, eldeki davada, ödeme emrinin davacılar, 13.12.2012 tarihinde tebliğ edildiği ve davacılar tarafından yetkisiz mahkemede 19.12.2012 tarihinde 6183 sayılı Yasanın 58. maddesinde belirtilen yedi günlük hak düşürücü süre içerisinde dava açtığı belirgin olmakla, mahkemece işin esasına girilerek, yapılacak inceleme sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, hatalı değerlendirme sonucu, yazılı şekilde hüküm kurulması, usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." Yargıtay 10. HD 2014/1537 E, 2014/5246 K, 10.03.2014 T.

79 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.267. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.170, 200.

80 Zira kanun koyucu böyle bir amaç taşıyorsa, yetkisizlik kararında vekalet ücretine de hükmedilmesi gerektiğini düzenlerdi. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aynı doğrultuda içtihatla bulunmuştur: "HMK'nun 331/2. maddesi ile görevli ve yetkili mahkemede yargılamaya devam edilmesi hâlinde ilk kararı veren mahkemede yargılama için ayrıca bir yargılama gideri ve vekâlet ücretine hükümlenmesi gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Çünkü usule ilişkin nihai kararlar davanın esası hakkında herhangi bir karar verilmediğinden davanın sonunda hangi tarafın haklı, hangi tarafın haksız olduğu tespit edilemez. Ancak "yargılama giderlerinin, kural olarak aleyhine hüküm verilen tarafa yükletilmesi" gerektiğine ilişkin HMK'nun 326. maddesi ve "yargılama giderlerine, mahkemece resen hükmedileceği; yargılama gideri, tutarı, hangi tarafa ve hangi oranda yükletildiği ve dökümünün hüküm altında gösterileceği; hükümden sonraki yargılama giderlerini hangi tarafın ödeyeceği, miktarı ve dökümü ile bu giderlerin hangi tarafa yükletileceğinin, mahkemece ilamın altına yazılması" gerektiğine ilişkin HMK'nun 332. maddesi hükümleri birlikte değerlendirildiğinde henüz yargılamayı sona erdirmeyen görevsizlik, yetkisizlik kararları üzerine görevli/yetkili mahkemede davaya devam edildiği hâllerde uyumsuzluğun esası hakkında verilecek nihai kararda haklılık durumuna göre yargılama giderlerinin hüküm altına alınması yerinde olacaktır... Yukarıda yapılan açıklamalar dikkate alındığında görevli mahkemede devam eden davada, "kabul görmüş bir görev itirazının varlığı" dikkate alınarak davalı lehine ayrıca bir yargılama giderlerine hükmedilmeyeceğine ilişkin direnme kararı yerindedir." Yargıtay HGK 2017/3-1008 E, 2021/153 K, 23.02.2021 T.

81 AKKAN, Pekcanitez Usul, C.I, s.252, 328; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, Usul, s.199; TANRIVER, Usul, C.1, s.262.



sayılmasına ilişkin karar usuli bir nihai karardır.⁸² Bu karar ile yargılama giderleri ve -davalı vekille temsil edilmişse- vekâlet ücreti davacıya yükletilir.⁸³

SONUÇ

Uyuşmazlıkları çözecek mahkemenin yer itibariyle tespiti yetki kuralları ile belirlenmektedir. Dava yetki kurallarında belirtilen yer mahkemesinde açılmamışsa davanın açıldığı mahkeme yetkisizdir. Yetkisiz mahkemenin nasıl bir yol izleyeceği yetkinin kesin olup olmamasına göre değişir.

Yetkinin kesin olması halinde mahkemece yetkisizlik tespiti resen yapılır. Yetkinin kesin olmadığı durumlarda ise yetkisizlik tespitinin yapılması için ilgilinin süresinde yetki itirazında bulunması gerekir. Bu durumda mahkemenin yetkisizliğe ilişkin bir karar verip dosyadan el çekmesi ve dosyayı yetkili mahkemeye göndermesi gerektiği açıktır. Ne var ki burada verilmesi gereken kararın formu konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Hatta yetkinin kesin olup olmamasına göre farklı karar formlarının uygulanmasına yol açacak hükümler bulunmaktadır.

HMK sistematığı ve medeni usul ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde gerek kesin, gerekse kesin olmayan yetki halinde yetkisizliğe ilişkin kararın aynı formda olması gerektiği anlaşılmaktadır. HMK'nın çeşitli hükümlerinde yer alan ve çelişkili uygulama ve yorumları bertaraf edecek olan karar formu ise *yetkisizlik kararı* formudur. Öz bir ifadeyle yetkisizlik halinde verilmesi gereken kararın *yetkisizlik kararı* olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu sonuç medeni usul hukuku ilke ve uygulamalarıyla da uyumludur. Bu şekilde verilen yetkisizlik kararı, usule ilişkin nihai bir karardır.

Yetkisizlik kararından sonra kanuni süreler içinde dosyanın gönderilmesi talep edildiği takdirde, dosya yetkili mahkemeye gönderilir ve davaya orada devam edilir. Göndermenin hiç talep edilmemesi veya süresinden sonra talep edilmesi halinde yetkisiz mahkeme dosyayı resen ele alır ve davanın açılmamış sayılmasına karar verir.

82 TANRIVER, Usul, C.1, s.262.

83 AKKAN, Pekcantez Usul, C.I, s.255, 328; TANRIVER, Usul, C.1, s.262, 263.

KAYNAKLAR

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 6. Baskı

AŞIK, İbrahim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, **TBB Dergisi**, 2011, S.97, s.11-48

ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **İcra ve İflas Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 3.Baskı

ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara, 3.Baskı (ATALI / ERNEMEN / ERDOĞAN, Usul)

BOLAYIR, Nur, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.85, S.5, 2011, s.131-147

DURAN, Osman, **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Seçkin Yayıncılık, 2020, Ankara

EREN, Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 2016, Ankara, 20.Baskı

İNCEOĞLU, Sibel, **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı**, Beta Yay., 2008, İstanbul, 3.Bası

KARADEMİR AYDEMİR, Dilek, **Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi**, Adalet Yayınevi, 2019, Ankara

KONURALP, Orhan Emre, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme ile Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği, **TBB Dergisi**, S.142, 2019, s.211-230

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, 2014, Ankara, 15.Baskı

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, 2002, Ankara, 7.Baskı

ÖZMUMCU, Seda, Davanın Açılmasına Bağlı Hukuki Sonuçların Davanın Açılmaması Sayılması Halinde Değerlendirilmesi, **İÜHFİM**, C.LXX, S.2, s.183-206

PEKCANITEZ, Hakan / ÖZEKES, Muhammet / AKKAN, Mine / TAŞ KORKMAZ, Hülya, **Medeni Usul Hukuku**, C.I, C.III, On İki Levha Yayıncılık, 2017, İstanbul, 15. Bası (Pekcanitez Usul)



PEKCANITEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku** Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 2014, Ankara, 2.Bası

PEKCANITEZ, Hakan, **Hukuki Dinlenilme Hakkı**, DEÜHFD, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, 2000, s.753-791

PULAŞLI, Hasan, **Şirketler Hukuku Şerhi**, C.1, Adalet Yayınevi, 2015, Ankara, 2.Baskı

SOYLU, Furkan, Medeni Usul Hukukunda Ortak Yetkili Mahkeme, **SÜHFD**, C.25, S.2, 2017, s.449-484

TANRIVER, Süha, **Medeni Usul Hukuku**, C.1, Yetkin Yayınları, 2020, Ankara (TANRIVER, Usul)

TANRIVER, Süha, Tabii Hâkim İlkesi ve Medeni Yargı, **TBB Dergisi**, S.104, 2013 (TANRIVER, Tabii Hâkim)

TANRIVER, Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında Akdedilen Yetki Sözleşmeleri Üzerine Bazı Düşünceler, **DEÜHFD**, C.16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, s.459-468 (TANRIVER, Yetki Sözleşmesi)

TANRIVER, Süha, Hukuk Yargısı (Medeni Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı, **TBB Dergisi**, S.53, 2004, s.191-215 (TANRIVER, Adil Yargılanma)

UĞUR, Aynaz, İş Mahkemeleri Kanunu'nun Temel Özellikleri ve HMK Karşısındaki Durumu, **TBB Dergisi**, S.110, 2014, s.11-32

VAROL, Gökçe, **İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü**, AndHD, C.6, S.2, 2020, s.435-465

YILDIRIM, M. Kamil, Medeni Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - **Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C.22, S.3, s.3027-3044



MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA DAVACININ TALEP SONUCUNU GENİŞLETMESİ VEYA DEĞİŞTİRMESİ

(*Extension or Modification of Initial Claim by the Claimant in Civil Procedural Law*)

Arş. Gör. Dr. Alper Tunga KÜÇÜK¹

ÖZ

Medeni usûl hukukunda davacı, dilekçeler teatisinde talep sonucunu serbestçe genişletebilir veya değiştirebilir (HMK m. 141, I). Dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan tahkikat sona erinceye kadar ise davacı talep sonucunu ancak ıslah veya karşı tarafın açık muvafakati ile genişletebilir veya değiştirebilir (HMK m. 141, II). Davacı, ıslahla mevcut talep sonucuna yeni talep ekleyebileceği gibi talep sonucunu tamamen de değiştirebilir. İki talep sonucu arasında bir bağlantı olması gerekmez. Kanunda bu konuda bir sınırlama yoktur. Öte yandan dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra meydana gelen vakıalar nedeniyle davacının bir iradesi olmaksızın talep sonucunda bir değişiklik meydana geldiyse, davacı serbestçe talep sonucunu değiştirebilmelidir. Talep sonucunun miktar olarak daraltılması için de ıslah gerekmez. Buna karşılık talep sonucunun içerik itibarıyla daraltılması, talep sonucu değişikliği teşkil ettiğinden ancak ıslahla veya karşı tarafın açık muvafakati ile mümkün olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Talep Sonucu, Talep Sonucunun Genişletilmesi veya Değiştirilmesi, İddianın Genişletilmesi veya Değiştirilmesi Yasağı, Islah.

ABSTRACT

In civil procedure law, the claimant may freely extend or modify the claim in the exchange of petitions (HMK art. 141, I). After the completion of the exchange of petitions, until the examining, the claimant can only extend or modify the claim with the amendment or the express consent of the defendant (HMK art. 141, II). The claimant

1 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi Doktor, e-posta adresi: alper.kucuk@istanbul.edu.tr, Orcid No: 0000-0002-0613-1808.

can add additional claim to the claim or completely change the claim by amendment. There need not be a link between the two claims. There is no restriction in this regard in Code of Civil Procedure. On the other hand, if a change has occurred on claim without the will of the claimant due to the events that occurred after the completion of the exchange of petitions, the claimant should be able to freely modificate the claim. In order to narrow the claim in terms of quantity, amendment is not required. The narrowing of the claim in terms of content should only be possible with the amendment or with the express consent of the defendant, as the claim constitutes a change.

Keywords: Claim, Extension or Modification of Claim, The Restriction of Extention or Modification of Claim, Amendment

GİRİŞ

Bir başkası tarafından hakkı ihlal edilen veya tehlikeye sokulan ya da kendisinden haksız bir talepte bulunulan kişi, dava ikame ederek hukukî himaye ister². Davacı, istediği hukukî himayeyi talep sonucunda ifade eder³. Davacının talep sonucu kural olarak, davalının aleyhine olmak üzere, mahkemeden kendisi lehine hüküm verilmesine iliřkindir⁴. Davacının talep sonucu, dava türüne göre değişiklik arz eder⁵.

- 2 KURU, Bakı, **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı**, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 289.
- 3 POSTACIOğLU, İlhan E. **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. B., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, 1975, s. 249; BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978, s. 440; ARSLAN, Ramazan, "Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği", **Ankara Barosu Dergisi**, 1988/5-6, s. 722 vd., s. 731-732. ÜSTÜNDAğ, Saim, **Medenî Yargılama Hukuku**, 7. B., İstanbul, Nesis Matbaacılık, 2000, s. 466; ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAğASI, Emel, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 331; KARSLI, Abdurrahim, **Medenî Muhakeme Hukuku**, 5. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020, s. 429; HANAğASI, Emel, **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 125; ERCAN ÖZLER, Meltem, **Medenî Usûl Hukuku'nda Dava Konusu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, İstanbul, s. 110-111.
- 4 ÜSTÜNDAğ, Saim, **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, 1967, s. 142-143; ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOğAN, Ersin, **Medenî Usûl Hukuku**, 3. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 360; ERCAN ÖZLER, s. 111.
- 5 POSTACIOğLU, s. 246; ÜSTÜNDAğ, **Yargılama**, s. 467; BİLGE/ÖNEN, s. 441; KURU, **El Kitabı**, s. 459-460; PEKANITEZ, Hakan, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. II, 15. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1150; TANRIVER, Süha, **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 3. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 645; YILMAZ, Ejder, **Islah**, 5. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 193; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAğASI, s. 331; ATALI/ERMENEK/ERDOğAN, s. 360; HANAğASI, s. 126; DURAN, Osman, **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020, s. 109.

Talep sonucunun davanın konusu ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Dava konusu kavramı, davanın değiştirilmesi, derdestlik ve kesin hükmün kapsamı gibi konular bakımından belirleyici bir öneme sahiptir⁶. Dava konusunun ne anlama geldiğine dair öğretide birçok teori ileri sürülmüştür⁷. Türk öğretisinde, bu teorilerden usûl hukuku teorileri içerisinde kalan tek unsurlu dava konusu teorisi ile iki unsurlu dava konusu teorisi öne çıkmıştır. Tek unsurlu dava konusu teorisine göre, dava konusu yalnızca talep sonucuna göre belirlenirken⁸, iki unsurlu dava konusu teorisine göre ise dava konusu hayat olayı ve talep sonucundan oluşur⁹. Hangi teori kabul edilirse edilsin, talep sonucunun dava konusu kavramı içinde yer aldığı ve iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamına dâhil olduğu açıktır.

Talep sonucu kavramı, öğretide çeşitli terimlerle ifade edilmiştir. Bu terimler, netice-i talep¹⁰, talep neticesi¹¹, talep sonucu¹², hukukî netice¹³, istem sonucu¹⁴, son istem¹⁵ ve talep (istem)¹⁶ şeklindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise talep sonucu terimi tercih edilmiştir (HMK m. 26, I; m. 53; m. 107, II; m. 119, I, ğ; m. 129, I, g; m. 303; m. 307; m. 308; m. 312; m. 342, II, f). Kanun koyucunun yanı sıra öğretinin

- 6 ROSENBERG, Leo/SCHWAB, Karl Heinz/GOTTWALD, Peter, **Zivilprozessrecht**, 18. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2018, P. 93, kn. 2; YILMAZ, **Islah**, s. 185 vd.; TANRIVER, s. 482-483; BÖRÜ, Levent, **Dava Konusunun Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 213.
- 7 Bu teorilere dair bkz. YILDIRIM, M. Kâmil, "Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri", **MÜHF-HAD**, 1991/1-3, s. 23-50; YILMAZ, **Islah**, s. 186 vd.; BÖRÜ, s. 213 vd.; ERCAN ÖZLER, s. 175 vd.
- 8 Bu teorinin savunucuları için bkz. YILMAZ, **Islah**, s. 190; TANRIVER, s. 491-492; BÖRÜ, s. 232-234; AKYOL ASLAN, Leyla, **Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010, s. 202-203; BULUT, Uğur, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)** Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 286; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, **Medenî Usûl Hukuku**, 5. B. İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 193.
- 9 Bu teorinin savunucuları için bkz. ÜSTÜNDAĞ, **Yargılama**, s. 529 dn. 36; ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. B, İstanbul, Beta Yayınları, 2009, s. 242; Özkaya-Ferendeci, Hamide Özden, **Kesin Hükmün Objektif Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009, s. 177-178; MERİÇ, Nedim, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011, s. 91 vd.
- 10 BERKİN, Necmeddin, **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1981, s. 379; ÜSTÜNDAĞ, **Yargılama**, s. 466; POSTACIOĞLU, s. 246; ERCAN ÖZLER, s. 109.
- 11 BİLGE/ÖNEN, s. 440; GÖRGÜN, L. Şanal/BÖRÜ, Levent/TORAMAN, Barış/KODAKOĞLU, Mehmet, **Medenî Usûl Hukuku**, 9. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 282.
- 12 KURU, **El Kitabı**, s. 458 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 331 vd.; TANRIVER, s. 645; HANAĞASI, s. 125; ERCAN ÖZLER, s. 109; DURAN, s. 108.
- 13 ÜSTÜNDAĞ, **Yargılama**, s. 466
- 14 YILMAZ, **Islah**, s. 193; YILMAZ, Ejder, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, 4. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 2731.
- 15 ARSLAN, s. 731.
- 16 POSTACIOĞLU, s. 249.

çoğunluğunun da terim tercihi talep sonucu olduğundan, bu çalışmada talep sonucu terimi tercih edilmiştir.

Talep sonucu, dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlardan en önemlisi olup¹⁷ Kanun'da (HMK m. 119, II) zorunlu unsur olarak düzenlenmiştir¹⁸. Davacının talep sonucunu tüm dava türlerinde açıkça ifade etmesi gerekir¹⁹. Talep sonucundan nasıl bir hukukî himaye istendiği anlaşılmaktaysa, talep sonucu açık sayılır²⁰. Talep sonucunun açıkça ifade edilmesi, davanın türünü, ne şekilde yürütüleceğini, derdestliği, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını, kesin hükmü ve hükmün icra edilmesini belirlemek bakımından önem taşır²¹.

Talep sonucunun dava dilekçesinin zorunlu bir unsuru olmasının sonucu, davacının talep sonucunu açık şekilde belirtmemesi durumunda, hâkimin davacıya eksikliği tamamlaması için bir haftalık kesin süre vermesidir. Bu süre içinde eksikliğin tamamlanmaması hâlinde dava açılmamış sayılır (HMK m. 119, II)²².

Bu çalışmada, medenî usûl hukukunda davacının talep sonucunu nasıl genişletebileceği veya değiştirebileceği usûl kesitlerine göre incelenmiştir. Bu inceleme sırasında, davacının talep sonucunu genişletme veya değiştirme yasağı ve bu yasağı aşma yolları olan ıslah ile karşı tarafın açık muvafakatine yer verilmiştir.

17 PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1150; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 331.

18 ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 147 dn. 31; POSTACIOĞLU, s. 232; PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1016; ERCAN ÖZLER, s. 269-270; DURAN, s. 112.

19 TANRIVER, s. 645; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 332.

20 YILMAZ, **Islah**, s. 193. Davacı tarafından ileri sürülen talep, dava dilekçesinin diğer bölümlerinden dolayı olarak anlaşılrsa dahi, dilekçenin ayrı bir unsuru olan talep sonucu bölümünde ayrıca açıkça, net, şartsız, tereddütsüz, doğrudan ve somut bir şekilde ileri sürülmelidir. Bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 360.

21 PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1149; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 332; DURAN, s. 113; ÖZEKES, Muhammet, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler", **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, 2014, Basım Yılı: 2015, s. 263-300, s. 278.

22 PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1156; ÖZEKES, **Eksiklik**, s. 279; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 333; ULUKAPI, Ömer, **Medenî Usûl Hukuku**, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2015, s. 258; GÖRGÜN/BÖRÜ/TORAMAN/KODAKOĞLU, s. 301; ERCAN ÖZLER, s. 270; DURAN, s. 112. Öğretide bir görüşe göre ise, talep hiç belirtilmeden açılan bir davanın gerçekte açılmış olmasına imkân bulunmadığından, hâkimin daha ilk aşamada duruşma yapmadan talebi reddetmesi gerekir. Bkz. UMAR, Bilge, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 383. Bir diğer görüş de talep sonucunun açık şekilde belirtilmemesi ile talep sonucuna hiç yer verilmemesi arasındaki ayrımı dikkat çekmiştir. Bu görüşe göre, talep sonucu açık değil veya eksik ise HMK m. 119, II uygulanmalıyken, talep sonucuna hiç yer verilmemiş ise yargılamanın sevk ve idaresi kapsamında davacıya kesin bir süre verilerek eksikliğin tamamlanması gerekir. Bkz. TANRIVER, s. 647-648.

I. DAVACININ DİLEKÇELER TEATİSİ AŞAMASINDA TALEP SONUCUNU GENİŞLETMESİ VEYA DEĞİŞTİRMESİ

Davacının talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesinden anlaşılması gereken, talep sonucunu artırması, talebi değiştirip yeni bir talep ileri sürmesi veya talep sonucuna yeni talep eklemesidir.

Hukukumuzda davacının talep sonucunu serbestçe genişletebileceği veya değiştirilebileceği usûl kesitleri, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına göre belirlenir. Zira talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında yer alır²³.

23 Hukukumuzda iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamı ne Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu'nda ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda açıkça düzenlenmiştir. Öğretide bu konudaki kabul, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının kapsamına dava sebebi ve talep sonucunun dâhil olduğudur. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 151; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 242 dn. 50; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 406; BUDAK/KARAASLAN, s. 215; BÖRÜ, s. 64 vd. Zira davanın mahiyetini belirleyen iki önemli unsur dava sebebi ve talep sonucudur. Bkz. ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 151; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 242 dn. 50; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 406; BÖRÜ, s. 64 vd. "[...] yasak, usul hukukumuzda benimsenen teksif ilkesinin önemli bir sonucu olup, dava sebebi olarak vakalar ve talep sonucu bu yasak kapsamındadır. Bunun dışında hukuki sebeplerin değiştirilmesi ve talebin daraltılması davayı genişletme veya değiştirme sayılmaz. [...]". İstanbul BAM 2. HD., 05.04.2017, E. 2017/340 K. 2017/362 (Lexpera). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki gibi Alman Medeni Usûl Kanunu'nda da dava değişikliğinin ne anlama geldiği açık şekilde düzenlenmemiştir. Alman öğretisine göre, davanın değiştirilmesi yasağı, dava sebebi veya talep sonucunun ya da her ikisinin de değiştirilmesinin yasak olmasıdır. Bkz. HABSCHIED, Walther J., **Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht**, 2. Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1990, P. 31, kn. 386 ve 376; ASSMANN, Dorothea, **Wiezorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Aufl., De Gruyter Verlag, 2014, P. 263 kn. 6; FOERSTE, Ulrich, **Musiellak/Voit Zivilprozessordnung Kommentar**, 16. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2019, P. 263 kn. 2-3. ZPO § 263'e göre, dava açıldıktan sonra dava değişikliği kural olarak yasaktır. Ancak karşı taraf izin verirse ya da mahkeme değişikliği amaca uygun (*sachdienlich*) görürse dava değiştirilebilir. ZPO § 264'te ise dava sebebinin değişmemesi şartıyla talep sonucunun genişletilebileceği hâller düzenlenmiştir. İsviçre hukukunda dilekçeler teatisi ve esas duruşmaya hazırlık aşamasında dava değişikliği SchZPO Art. 227'e göre yapılabilir. Bu hükme göre, bir dava değişikliği ancak iki talebin de aynı yargılamaya usûlünde olması ve ikisi arasında maddî (objektif) bir bağlantı bulunması veya karşı tarafın dava değişikliğini açık şekilde kabul etmesi hâlinde geçerlidir. Eğer iki talep aynı veya benzer hayat olaylarına dayanıyorsa, iki talep arasında objektif bağlantı var demektir. Görüldüğü üzere, aynı yargılama usûlünde olma şartı zorunlu olmakla birlikte diğer iki şart birbirinin alternatifini olacak şekilde düzenlenmiştir. Bkz. KLINGLER, Rafael, **Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010, s. 250, P. 670; SUTTER-SOMM, Thomas "Die neue Schweizerische Zivilprozessordnung", **Ritsumekian Law Review**, No: 29, 2012, s. 81-105, s. 96; GALLI, Andreas, "Veränderungen im erstinstanzlichen Zivilverfahren", **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, 21-22/2010, s. 81-149, s. 118. BRÖNNIMANN, Jürgen, "Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008- ein Überblick", **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, s. 79-99, s. 87; BOLAYIR, Nur, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 318-319. Esas duruşmada dava değişikliği ise SchZPO Art 230'da düzenlenmiştir. Bu hükme göre, dava değişikliği esas duruşmada, SchZPO Art. 227, I'deki şartların gerçekleşmesi ve söz konusu değişikliğin yeni vakıya veya delillere dayanması hâlinde (SchZPO Art. 229) geçerlidir. Bkz. KLINGLER, s. 250, P. 671.



Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre davacı, dilekçeler teatisi aşamasında talep sonucunu serbestçe genişletebilir veya değiştirebilir (HMK m. 141, I). Yazılı yargılama usûlü bakımından bunun anlamı, davacının dava dilekçesinde ifade ettiği talep sonucunu cevaba cevap dilekçesinde serbestçe genişletebileceği veya değiştirebileceğidir. Cevaba cevap dilekçesi sunulduktan sonra, henüz cevaba cevap dilekçesi sunma süresi dolmadan ek bir dilekçeyle talep sonucunun genişletilip genişletilemeyeceği tartışılmalıdır. Öğretide bu durum, davalı bakımından irdelenmiştir. Buna göre, cevap veya ikinci cevap dilekçesi sunan davalının, söz konusu dilekçelerin sunulma süresi dolmadan esasa dair yeni savunma sebepleri ileri sürülebileceği ifade edilmiştir²⁴. Kanun'da davalının cevap dilekçesi sunduktan sonra, cevap süresi sona ermeden bir kez daha dilekçe verebileceği iki hâl bulunmaktadır. Bunlardan biri karşı davadır. Buna göre, karşı dava, cevap dilekçesiyle veya esasa cevap süresi içinde ayrı bir dilekçe verilmek suretiyle açılır (HMK m. 133, I). Diğer durum ise ilk itirazlara dairedir. Cevap dilekçesinin verilmesinden sonra, cevap süresi dolmamış olsa bile ilk itirazlar ileri sürülemez (HMK m. 131). Bu hükmün mefhum-u muhalifinden, cevap dilekçesi sunulduktan sonra ancak süre dolmadan ek bir dilekçe verilebileceği anlaşılmaktadır. Kanun koyucu bu durumda yalnızca ilk itirazların ileri sürülemeyeceğini düzenlemiştir. Kanaatimizce davalı bakımından mevcut olan, dilekçe sunma süresi içinde ek dilekçe hakkının, davacı bakımından kabul edilmeyeceğinin haklı gerekçesi yoktur. Bu nedenle davacı, cevaba cevap dilekçesi sunduktan sonra ancak süre henüz sona ermeden vereceği ek bir dilekçe ile talep sonucunu genişletebilmeli veya değiştirebilmelidir. Bu bağlamda 7251 sayılı Kanun değişikliği ile HMK m. 141'e eklenen "*dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra*" yasağın başlayacağına dair ifade, bir usûl kesiti olarak dilekçeler teatisi sona erdikten sonra yasağın başlayacağı şeklinde anlaşılmalıdır.

Davalının cevap dilekçesi sunmaması durumunda ise davacının cevaba cevap dilekçesi verip veremeyeceği öğretide tartışılmalıdır. Bir görüşe göre, cevap dilekçesinin verilmemesi durumunda dilekçeler

Türk öğretisindeki bir görüşe göre, hukukumuzda yürürlükte olan iddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı kaldırılmalı ve İsviçre ile Alman hukukundaki düzenlemelere benzer düzenlemeler yapılmalıdır. Bkz. YILMAZ, Şerh, C. III, s. 3012-3014. Türk öğretisindeki diğer bir görüşe göre de söz konusu yasağın yumuşatılması gerekir. Bu görüşe göre, davacının vakia iddialarının başka bir talep sonucunu haklı gösterdiği durumlarda, hâkimin talep sonucunun değiştirilmesi hususunda davacıya hatırlatmada bulunmasına olanak verilmesi yerinde olur. Bu şekilde yeni bir dava açılmasına gerek kalmaksızın esas hakkında verilecek kararlar hukukî uyumsuzluk sona erdirilmiş olur. Bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 92.

24 PEKCANİTEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1247; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 395.



teatisinin sona ermemesi gerekir²⁵. Zira davacı, ikinci dilekçesinde yasak söz konusu olmaksızın iddiasını genişletme hakkı olduğunu bilerek ve buna güvenerek dava dilekçesinde bütün iddialarını ileri sürmemiş olabilir²⁶. Diğer bir görüşe göre ise HMK m. 127 ve HMK m. 128, 1'deki hükümler dikkate alındığında, davalının cevap dilekçesi vermemesi durumunda davacının cevaba cevap dilekçesi verip veremeyeceği açık olmadığından bu konuda bir düzenleme yapılmalıdır²⁷.

Öğretide ağırlıklı olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre ise davalının süresi içinde cevap dilekçesi sunmaması hâlinde, davacının cevaba cevap dilekçesi sunma imkânı ortadan kalkar²⁸. Zira cevaba cevap dilekçesi, cevap dilekçesinin karşılığını oluşturur ve ancak süresi içerisinde davalı tarafından cevap dilekçesi verilmişse gündeme gelebilir²⁹. Nitekim HMK m. 136, 1'de, "*davacının cevap dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren iki haftalık süre içerisinde cevaba cevap dilekçesi*" verilebileceği düzenlenerek, ortada tebliğ edilecek bir cevap dilekçesi yoksa cevaba cevap dilekçesinin verilmesinin mümkün olmayacağına açıkça işaret edilmiştir³⁰. Dolayısıyla cevap dilekçesi verilmemesi durumunda, davacı bakımından talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, davacı bakımından dava dilekçesinin verilmesi ile başlamış olur³¹. Bu durumda davacının talep sonucunu genişletebileceği veya değiştirebileceği zaman dilimi davalının hareketlerine göre belirlendiğinden, davacının bu hususu dikkate alarak talep sonucunu eksiksiz şekilde ileri sürmesi gerekir³².

25 ÖZKAYA-FERENDEÇİ, Hamide Özden, "Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128'in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları", **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 258-269, s. 263.

26 Bu görüşe göre, hukukî dinlenilme hakkı, davalının tasarrufu ile davacının cevaba cevap dilekçesi verme hakkının elinden alınmaması gereği, avukat ile temsil zorunluluğun bulunmaması hâli ve somutlaştırma yükü göz önünde bulundurulduğunda ikinci dilekçelerin sunulmasına izin verilmesi isabetli olur. Bkz. ÖZKAYA-FERENDEÇİ, s. 263.

27 KARSLI, Abdurrahim/KOÇ, Evren/KONURALP, Cengiz Serhat, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemli Konular**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014, s. 90.

28 KURU, **El Kitabı**, s. 506; PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1269; TANRIVER, s. 674-675; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 396; AKYOL ASLAN, Leyla, **Medenî Usûl Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 212; DİRENİSA, Efe, **Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşamaları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 218.

29 PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1269; TANRIVER, s. 675.

30 TANRIVER, s. 675. Süresinde cevap dilekçesi sunmayan davalının, hangi vakaı ileri sürerek davaya karşı çıktığı belirli olmadığından davacının inkâr sayılma sonucuna (HMK m. 128) yönelik açıklamada bulunmasının zemini mevcut değildir. Bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 411.

31 KURU, **El Kitabı**, s. 506; TANRIVER, s. 675.

32 PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1268; BUDAK/KARAASLAN, s. 216.



II. DAVACININ DİLEKÇELER TEATİSİ AŞAMASI TAMAMLANDIKTAN SONRA TALEP SONUCUNU GENİŞLETMESİ VEYA DEĞİŞTİRMESİ

A. Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değişirmesinin Yasak Olduğu Hâller

1. Kural

Davacı davadaki talebini, kural olarak dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra genişletir veya değiştirirse bu durum yasak kapsamında olur³³. Bu durum şu şekilde de ifade edilebilir: Bir davada değiştirilmek istenen hususun ayrı bir davada ileri sürülmesi durumunda, bu davaya derdestlik veya kesin hüküm itirazı yapabilir ise söz konusu değişiklik yasak kapsamında değildir³⁴. Buna karşılık davalı yeni davaya karşı, derdestlik veya kesin hüküm itirazında bulunamıyorsa, değiştirilmesi istenen husus yasak içerisinde yer alır³⁵.

Örneğin, davacının talep ettiği bir malın yerine bedelini istemesi veya talebini herhangi bir miktarda artırması yasak kapsamına girer³⁶. Keza davacının ikame ettiği tahliye davasını, kira bedelinin tespiti davası olarak değiştirmek istemesi de talep sonucu değişikliği teşkil eder ve yasak kapsamındadır³⁷. Davacının kısmî dava açmış olması durumunda da alacağının dava dışı kalan kısmını aynı dava içerisinde talep etmesi yasak kapsamında kabul edilir³⁸.

7251 sayılı Kanun değişikliğinden evvel, ön inceleme duruşmasına karşı tarafın mazeretsiz şekilde gelmemesi durumunda taraf, talep

33 POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015, s. 477; KURU, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü*, C. II, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001, s. 1697 vd.; KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 25. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 295-296; PEKCANİTEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1256; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 354; YILMAZ, *Şerh*, C. III, s. 3006; UMAR, s. 439; TANRIVER, s. 698; KARSLI, s. 465; ULUKAPI, *Usûl*, s. 262.

34 KURU, C. II, s. 1694.

35 KURU, C. II, s. 1694.

36 ÜSTÜNDAĞ, *Yargılama*, s. 535; KURU, C. II, s. 1698; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 295; PEKCANİTEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1256; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 354; TANRIVER, s. 698; ULUKAPI, *Usûl*, s.262-263;

37 KURU, *El Kitabı*, s. 512.

38 KURU, C. II, s. 1698; ULUKAPI, *Usûl*, s. 262. Hakkında karar verilmesi davacının talebine bağlı olan, bir başka deyişle hâkimin kendiliğinden dikkate alamayacağı yan taleplerin (faiz ve icra tazminatı gibi) sonradan ileri sürülmesi de yasak kapsamındadır. Bkz. KURU, C.II, s. 1698; KURU, *El Kitabı*, s. 512; DİRENİSA, s. 220.



sonucunu serbestçe genişletebilir veya değiştirebilirdi³⁹. Kanun koyucunun bu düzenlemeyi yürürlükten kaldırmasının gerekçelerinden biri, ön inceleme duruşmasında yeni iddia ve savunma sunulduğu zaman, karşı tarafın bu iddia ve savunmalara yönelik açıklama yapmak için dilekçe vermesi nedeniyle oluşan yargılamanın uzaması sonucunun engellenmesidir⁴⁰. Kanaatimizce söz konusu değişikliğin yargılamanın hızlandırılmasına hizmet edeceğini söylemek güçtür. Şöyle ki, ön inceleme duruşmasına taraflardan birinin katılmaması üzerine karşı tarafın serbestçe iddia ve savunmalarını ileri sürebilmesi, uygulamada pek az rastlanan bir durumdu. Zira dilekçeler teatisinde talep sonucunu ileri süren tarafların, ön inceleme duruşmasında bir anda talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi ancak zorunluluk hâlinde söz konusu olabilir. Ayrıca ıslah ile talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi durumunda da karşı taraf, talep sonucu değişikliğine dair savunmada bulunabilir. Islah açısından söz konusu olan bu durum kanun koyucu tarafından yargılamayı sürüncemede bırakan bir neden olarak görülmemiştir. Bu nedenlerle, kanaatimizce ıslaha nazaran çok daha az rastlanan bir durum olan ön inceleme aşamasında talep sonucu değişikliği imkânının yürürlükten kaldırılması isabetli olmamıştır.

Basit yargılama usûlünün geçerli olduğu davalarda, yazılı yargılama usûlünün geçerli olduğu davaların aksine dilekçeler teatisinde ikinci dilekçeler yer almaz (HMK m. 317, III)⁴¹. Davacı açısından talep sonucunu genişletme veya değiştirme yasağı dava açılmasıyla başlamış

39 Değişiklikten önceki düzenlemenin ön inceleme duruşmasına katılan tarafı, karşı tarafa kıyasla daha avantajlı hâle getirmesi nedeniyle adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil ettiği yönünde bkz. ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi'ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi", **TBBD**, 2020, S. 149, s. 77-152, s. 116. Söz konusu düzenlemenin adil yargılanma hakkına aykırılık teşkil etmediği yönünde bkz. DİRENİSA, s. 228 vd.

40 Değişikliğe dair diğer gerekçeler için bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 13. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>. Değişikliğin yerinde olduğuna dair bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 233-234. Değişikliğin isabetli olmadığına dair görüş için bkz. Bkz. PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi", **Lexpera Blog**, 2020, P. 15; PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme", **TBBD**, S. 150, 2020, s. 247-299, s. 274; DİRENİSA, s. 227-230.

41 Böyle bir sınırlamanın nedeni olarak basit yargılama usûlünde görülecek davaların daha kısa sürede karara bağlanması gereği gösterilmektedir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 94. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>. İsviçre hukukunda da basit yargılama usûlünde ikinci dilekçe değişimi yoktur. Bkz. KLINGLER, s. 203, P. 545.



olur (HMK m. 319). Öte yandan uygulamada basit yargılama usulünün geçerli olduğu davalarda dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra davacının, beyan dilekçesi adı altında iddialarına dair genel açıklamaları ileri sürdüğü görülmektedir. Davacının, bu gibi dilekçeler aracılığıyla talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi mümkün değildir⁴².

Talep sonucunun belirsiz veya çelişkili olduğu durumlarda hâkim, davayı aydınlatma ödevi kapsamında dava değişikliğine yol açacak şekilde bir talep değişikliğine işaret edemez⁴³. Bu durum, taraflardan birine aydınlatma ödevi sınırlarını aşacak şekilde yol gösterme nedeniyle hâkimin reddi sebebi teşkil eder⁴⁴. HUMK m. 37, III'te yer alan "*Hâkim... iki tarafın iddiaları hududu dâhilinde olmak üzere...*" ifadesi, HMK m. 31'de yer alması da⁴⁵ hakim aydınlatma ödevinin sınırı tarafların ileri sürdüğü dava malzemeleridir⁴⁶. Hâkimin iddianın genişletilmesine veya genişletilmesine işaret edebilmesi ancak açık bir düzenleme ile mümkün olabilir⁴⁷. HMK m. 31'in gerekçesinde, hâkimin tarafların gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabileceği belirtilse de bu durum tek başına hâkimin talep sonucunun değiştirilmesine işaret edebileceği sonucunu doğurmaz⁴⁸. Hâkim sadece talep sonucunda bulunan belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi giderebilir; bunun dışında uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesine veya dava temelini değiştirilmesine neden olacak bir aydınlatma yapamaz⁴⁹. Örneğin, hâkim aydınlatma

42 UMAR, s. 933.

43 TERCAN, Erdal, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi", *MİHDER*, C. 7, S. 18, 2011, s. 1-56, s. 29; KARAASLAN, Varol, *Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi*, 2. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 132; SİMİL, Cemil, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", *DEÜHFD*, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 2014, Basım Yılı: 2015, s. 1351-1376, s. 1369; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 129-130; YARDIMCI, Taner Emre, *Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 231.

44 KARAASLAN, *Aydınlatma*, s. 132; SİMİL, *Aydınlatma*, s. 1369.

45 SİMİL, *Aydınlatma*, s. 1359.

46 ÜSTÜNDAĞ, *Yargılama*, s. 249; ALANGOYA, Yavuz H., *Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979, s. 148-149; KURU, El Kitabı, s. 454; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 281; PEKCANITEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1138; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 164; ULUKAPI, Ömer, "Yargıtay Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelerden Taraflarca Hazırlama İlkesi", *SÜHFD*, 1998, 1-2, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, s. 713-732, s. 730; DEREN-YILDIRIM, Nevhis, "Teksif İlkesi Açısından İstinaf", *İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı*, Ankara, TBB Yayınları, 2003, s. 267-284 s. 272; ERDÖNMEZ, Güray, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 821; SİMİL, *Aydınlatma*, s. 1359; YARDIMCI, s. 231.

47 KARAASLAN, *Aydınlatma*, s. 127; SİMİL, *Aydınlatma*, s. 1359.

48 KARAASLAN, *Aydınlatma*, s. 127; SİMİL, *Aydınlatma*, s. 1359.

49 ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN YILDIRIM, s. 287; MERİÇ, Nedim, "Hâkimin Davayı



ödevi kapsamında davacıya faiz talep edebileceği konusunda bir yönlendirmede bulunamaz; aksi hâlde tarafsızlığını ihlal etmiş olur⁵⁰.

Belirsiz alacak davasında, iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına dair ayrık bir hüküm bulunmaktadır. Bu hükme göre, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesi mümkün olduğunda, hâkim tarafından tahkikat sona ermeden⁵¹ verilecek iki haftalık kesin süre içinde⁵² davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın talebini tam ve kesin olarak belirleyebilir (HMK m. 107, II). Davacı bu

Aydınlatma Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD Özel Sayı, C. 11 (2009), İzmir, 2010, s. 377-424, s. 394; SİMİL, Aydınlatma, s. 1359. Öğretideki bir görüşe göre ise, dava dilekçesinde bulunan vakalar, davacının talep sonucunu haklı çıkarmakla birlikte davacı aynı olaya dayanarak başka bir talepte bulunma olanağına sahipse ve yeni talep sonucu davacının dava açmaktaki ekonomik amacına hizmet edip aynı konuda ikinci bir davanın açılmasına engel olacaksa, hâkim talep sonucunu değiştirme imkânına işaret edebilmelidir. Bu şekilde, talep sonucunun olay ile uyumu sağlanarak hukuki uyumsuzluk esastan çözümlenir. Aynı zamanda mahkemeler aynı konuda ikinci bir dava ile meşgul olmayacağından usûl ekonomisi ilkesine de hizmet eder. Bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 197. Kanaatimiz bu görüşün aksi yönündedir. Çünkü hâkim tarafsız bir konumda olmalıdır, tarafın talep etmemesine rağmen ona çeşitli şekillerde yol göstermek hâkimin reddi sebebi teşkil eder. Ayrıca gerek HMK m. 119 gerekse m. 141 düzenlemeleri hâkimin böyle bir yetkiyi kullanmasına engel teşkil eder.

50 KARAASLAN, *Aydınlatma*, s. 131-132.

51 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önce Kanun’da talep sonucunun hangi usûl kesitine kadar artırılabilceği açıkça düzenlenmemişti. Bu dönemde öğretilde, mahkemenin yargılama giderlerine hükmedebilmesi ve hükme karşı kanun yollarına başvuru için talep sonucunun tahkikat sona erinceye kadar kesinleştirilmesi gerektiği ifade edilmekteydi. Bkz. PEKCANİTEZ, *Pekcanitez Usûl*, s. 1044.

52 7251 sayılı Kanun ile söz konusu değişiklik yürürlüğe girmiştir. Kanun gerekçesinde İsviçre hukukunda da hâkimin bu konuda süre vermesi gerektiği fikrinin hâkim olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi Metni. Bkz. <https://www2.tbmm.gov.tr/d27/2/2-2735.pdf>. Öğretilde bu değişiklik eleştirilmiştir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, hâkimin tarafa talep sonucunun belirlemesi için süre vermesi, ona yol göstermesi anlamına geleceğinden yerinde değildir. PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Teklif*, P. 7; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Değerlendirme*, s. 270; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 335-336. Kısmî davada hâkimin bu şekilde hatırlatma yapıp süre vermesi söz konusu olamazken, belirsiz alacak davasında bu durumun kabul edilmesi çelişki oluşturur. Ayrıca hâkimin süre vermesinden sonra davayı kazanacağını düşünerek talebini artıran davacı, davanın reddi hâlinde yüksek miktarda yargılama giderlerine mahkûm olacaktır. Bu durum yargıya güvenin zedelenmesine neden olur zira davacı bu sonucun sorumlusu olarak hâkimî görecektir. Bkz. PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, *Teklif*, P. 7. Aksi yöndeki görüşe göre ise, hâkimin bu görevi, Kanun’dan doğduğu için bu husus, hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmayı gerektiren bir durum değildir. Bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 295. Mahkemenin buradaki sorumluluğu, aydınlatma ödevinin bir gereği olarak kabul edilmelidir (HMK m. 31). Burada mahkemenin gerçekleştirdiği işlem, tasarruf ilkesini ihlal etmek değil, kendi görev alanında olan yargılamanın bir aşamasını, yani tahkikatı sona erdireceğini, bunu yapmadan önce iki haftalık kesin süre içinde talebini belirlemesini davacıya bildirmekten ibarettir. Bkz. ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 103. Değişikliğin yerinde olduğuna dair ayrıca bkz. KARSLI, s. 340.



süreden sonra yeniden talep sonucunu artırmak isterse, bu durum talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında kalır. Zira bu durumun sebebi alacağın belirsiz olması değil, davacının kendi ihmâlidir⁵³. Bu durumda davacı talep sonucunu ancak ıslahla veya karşı tarafın açık muvafakati ile artırabilir. Davacının belirsiz alacak davasına özel olarak düzenlenen talep sonucunu belirleme imkânını verilen süre içerisinde kullanmamış olması, ıslah imkânını da kullanamayacağı anlamına gelmez. Belirsiz alacak davasında talep sonucu artırımı ile ıslah birbirinden farklı kurumlar olup, belirsiz alacak davasında ıslahı sınırlayıcı bir düzenleme, Kanun'da yer almamaktadır.

2. Davacının Dilekçeler Teatisi Aşaması Tamamlandıktan Sonra Ortaya Çıkmış Vakıalara Dayalı Olarak Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirilmesi

Dilekçeler teatisinden sonra ortaya çıkmış vakıalara dayalı olarak davacının talep sonucunu ne şekilde genişletebileceği veya değiştirebileceği, tartışılan hususlardan biri olmuştur. Bu konuda verilmiş Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına göre, davacı kendisine ait bir otomobilin zilyetliğinin gaspına dayanarak otomobilin iadesi için dava açmışken, dava sırasında otomobilin yanması nedeniyle, talebini tazminata ancak ıslahla dönüştürebilir⁵⁴. Belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın güncel kararları da bu yöndedir⁵⁵.

Yargıtay'ın bu kararları öğretide eleştiri konusu olmaktadır. Öğretideki görüşe göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararına konu teşkil

53 ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 295; YILMAZ, *Islah*, s. 232. 7251 sayılı Kanun değişikliğinden önce de öğretide talep sonucunun bir kez serbestçe artırılabilirliği kabul edilmekteydi. Bkz. ÖZEKES/BULUT, s. 710; YILMAZ, *Islah*, s. 232; SİMİL, *Belirsiz Alacak*, s. 277; GÜNDÜZ, Okan, "Islahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler", *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, S. 1, 2017, s. 193-214, s. 199; ERCAN ÖZLER, s. 320. Öte yandan yargılama sırasında özellikle delillerin incelenmesi sırasında bir hata ya da eksiklik söz konusuysa ve bu durum davacının talep sonucunu eksik belirlemesine neden olmuşsa, istinaf yargılamasında veya Yargıtay'ın bozma kararında bu tespit edilmişse gerek hükmün kaldırılmasından sonra gerekse bozmadan sonra davacının talebini belirlemesine izin verilmelidir. Yargıtay ve bölge adliye mahkemesi uygulaması bu yöndedir. Bkz. SİMİL, Cemil, "Yargıtay Kararları Işığında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava ile İlgili Sorunlar", *Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları II*, Ed.: Muhammet Özekes, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 93-116, s. 104.

54 "[...] Bir dava açıldıktan sonra teslimi istenen malın telef veya ziyat gibi sebeple tesliminin imkânsızlaştığından dolayı iddiayı, ifa yerine tazminata çevirmek lüzum ve zarureti hasıl olabilir ve iyi niyet sahibi olan taraflar bu yanlışlıkları ve unutulmuş şeyleri ıslah yolu ile düzeltir ve tamamlayabilir [...]" İBK 04.02.1948, E. 10, K. 3 (RG. 17.06.1948, S. 6934; KURU, C. II, s.1734; YILMAZ, *Islah*, s. 179).

55 Y. 9.HD, 04.11.2014, E. 24392, K. 32498 (ÖZEKES, Muhammet, *Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, 15. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 1492).

eden davada, teslimine ilişkin talebin reddedilmesi ve malın bedeline dair yeni bir dava açılması usûl ekonomisi ilkesine aykırıdır⁵⁶. Davacı, dilekçeler teatisinden sonra ortaya çıkmış vakıalara dayalı olarak talep sonucu serbestçe genişletebilmeli veya değiştirebilmelidir⁵⁷.

Bu yöndeki bir diğer görüşe göre, Yargıtay'ın bu tutumu aynı zamanda HMK m. 109, III'deki düzenlemeye de aykırılık teşkil eder. Söz konusu hükme göre, dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu dönemindeki tutumu, büyük bir ihtimalle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde Yargıtay'ın benimsediği -davacının alacağı daha yüksek olsa bile, dava ettiği bölümün dışında kalan bölüm için ayrı dava açacağına ilişkin bir kayıt koymaması, alacağın kalanından feragat anlamına gelir ilkesi-nedeniyleydi⁵⁸. Bu görüşe göre, Yargıtay'ın dilekçeler teatisi aşamasından sonra ortaya çıkmış vakıalara dayalı olarak talep sonucu değişikliğine izin verilmemesi, yeni davaya yol açacağından mahkemenin iş yükünü gereksiz şekilde artırır⁵⁹.

Yargıtay uygulamasını eleştiren bir diğer görüşe göre, İİK m. 24 bu değişikliğe izin verilmesi gerektiğinin bir başka sebebidir. Buna göre, teslimine hükmolunan nesne ilamın icrası sırasında takip sırasında borçlunun malvarlığında bulunmazsa onun yerine ilamda yazılı değerinin takip borçlusundan alınması gerekir⁶⁰.

Kanaatimizce davacının dilekçeler teatisinden sonra ortaya çıkmış vakıalara dayalı olarak talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi hususunda, sonradan ortaya çıkan vakılarda davacının bir dahli olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Nitekim bu husus öğretilde ifade edilmiştir. Şöyle ki, talep sonucunda meydana gelen değişiklikte tarafın kendi bilgi, fiil ya da kusuru mevcut ise talep sonucu ıslahla veya karşı tarafın açık muvafakati ile değiştirilebilir veya genişletebilir⁶¹. Buna karşılık, davacı ayıplı olduğunu iddia ettiği ve değiştirilmesini istediği bir malın, kendi bilgisi dışında, bir doğa olayı ya da terör saldırısı gibi, malın davacının kusuru olmaksızın ortadan kaldırılması hâlinde, ıslah veya karşı tarafın

56 YILMAZ, *Islah*, s. 180.

57 KURU, *C. II*, s. 1735; UMAR, s. 445; YILMAZ, *Islah*, s. 180.

58 UMAR, s. 445.

59 UMAR, s. 445.

60 POSTACIOĞLU, s. 431, dn. 8; ayrıca bkz. BİLGE/ÖNEN, s. 468; KURU, *C. II*, s. 1735.

61 ÖZEKES, *Pekcanitez Usûl*, s. 1492-1493.



açık muvafakati gerekmeksizin mal yerine bedeli istenebilmelidir⁶². Zira böyle bir durumun meydana gelmesinde davacının isteği ve iradesi söz konusu olmayıp davacı dava ikame ederken üzerine düşeni yapmış olmasına rağmen kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple yeni bir durum ortaya çıkmıştır⁶³. Bir diğer deyişle, davacının davayı ikame ettiği sırada dava konusu malın ileride telef ya da tahrip olacağını öngörmesi mümkün değildir⁶⁴. Böyle bir durumda davacıyı ıslah yoluna gitmeye zorlamak, davacıya hiç gereği yokken ıslah masraflarını yüklemek ve bir defa kullanılabilen ıslah hakkının tüketilmesine neden olmak anlamına gelir⁶⁵.

Öte yandan talep sonucunda meydana gelen değişiklikte davacının isteği ve iradesi söz konusuysa, bu durumda davacı talep sonucunu ancak ıslah yoluyla veya karşı tarafın açık muvafakati ile değiştirebilmelidir⁶⁶.

Öğretideki bir görüşe göre benzer sebeplerle, eda davası açmanın şartları henüz mevcut olmadığı için (örnek olarak alacağın henüz muaccel olmama hâli) tespit davası ikame edildikten sonra şartların gerçekleşmesi hâlinde, talep sonucunun dilekçeler teatisinden sonra da serbestçe değiştirilebilmesi gerekir⁶⁷. Bu görüşe göre, talep sonucunun serbestçe değiştirilemeyeceği kabul edilirse, davaya tespit davası olarak devam edilip davacının eda davası ikame etme hakkı söz konusu olur. Eda davası açma imkânı varken tespit davası açılmaz kuralı⁶⁸ söz konusu olduğundan, tespit davasına devam edilememesi gerekir⁶⁹. Bu görüşün diğer bir gerekçesi İİK m. 72, IV'te yer alan düzenlemedir⁷⁰. Bu hükme göre, borçlu, menfi tespit davası devam ederken tedbir kararı almamış ve borç da ödenmiş olursa, davaya istirdat davası olarak devam edilir⁷¹.

62 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1492-1493.

63 BİLGE/ÖNEN, s. 468.

64 KURU, **C. II**, s. 1734 ve ayrıca bkz. s. 1705; ÜSTÜNDAĞ, **Yargılama**, s. 536;

65 YILMAZ, **Islah**, s.180; ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1492.

66 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1492-1493.

67 KURU, **C. II**, s. 1702-1703.

68 Zira eda davası sonunda verilen hüküm, aynı zamanda bir tespiti de içerir. Bkz., PEKCANITEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 980; PEKCANITEZ, Hakan, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011, s. 77; YILMAZ, **Şerh C. II**, s. 2327 vd.; TANRIVER, s. 583.

69 UMAR, s. 446.

70 POSTACIOĞLU, s. 263.

71 POSTACIOĞLU, s. 263.

3. Davacının Talep Sonucunu İslah Yoluyla Genişletmesi veya Değiştirmesi

a. Davacının Talep Sonucunu İslahla Artırması

Davacı, dilekçeler teatisi aşamasının tamamlanmasından sonra başlayan talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını ıslah yoluyla aşabilir (HMK m. 141, II).

Davacı dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra tahkikat sona erinceye kadar ıslahla talep sonucunu artırabilir (HMK m. 177, I). Örneğin, talep sonucunda 20.000 TL maddi tazminat talep eden davacı, ıslahla bu miktarı 40.000 TL'ye artırabilir.

Talep sonucunun ıslahla artırılabilmesi için talebin kısmî talep olması gerekmez. Hakkın kötüye kullanılmaması ve genel dava şartı olan hukukî yararın mevcut olması hâlinde, davacı talep sonucunu ıslahla artırabilir⁷². Bu durumda kısmen ıslahtan bahsedilir⁷³. Kısmen ıslaha başvuran tarafa, ıslah ettiği usûl işlemini yapması için bir haftalık süre verilir. Bu işlemde talep sonucunun artırılması bakımından kastedilen, davacının talep sonucunu artıracığı miktarı açık bir şekilde mahkemeye bildirmesidir. Bu süre içinde ıslah edilen işlem yapılmazsa, ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edilir (HMK m. 181).

Davacının ıslah yoluyla faiz talep ederek de talep sonucunu artırması mümkündür. Davacı, daha önce faiz talep etmekle birlikte ıslah yoluyla talep sonucunda gösterdiği oranı artırabilir veya dava ikame ederken daha yeni bir başlangıç tarihi göstermişse ıslah yoluyla başlangıç tarihini daha eski bir tarih olarak belirleyebilir⁷⁴.

Faize dair tartışmalı olan husus, dava ikame edilirken faiz talep edilmesine rağmen, talep sonucunun ıslahla artırılması durumunda faiz talep edilmemiş olmasıdır. Bu durumda ıslahla talep sonucunun artırılan kısmı için faiz işleyip işlemeyeceği konusunda, Yargıtay'ın önceki yıllarda verdiği farklı kararları mevcuttu⁷⁵. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük

72 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1504; YILMAZ, **Islah**, s. 240 vd.

73 “[...] *Dava dilekçesinde belirtilen dava konusunun (müddeabihin) ıslah yolu ile artırılması ek dava niteliğinde olmayıp dava dilekçesinin kısmi ıslahı niteliğindedir* [...]” 4. HD, 20.12.2011, 11974/13758 (yayınlanmamıştır). Aynı yönde bkz. Y. 4. HD, 09.02.2012, E. 13695 K. 1744 (Lexpera; ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1539 ve s. 1539 dn .3). Ayrıca bkz. YILMAZ, **Islah**, s. 76.

74 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1508; YILMAZ, **Islah**, s. 303-305; TUTUMLU, Mehmet Akif, “Islah ile Faiz Talebinde Bulunulması ve Kısmi Islahta Faizin İşleyeceği Tarih ile İlgili İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S. 128, Nisan 2017, s. 184-191, s. 185.

75 Yargıtay'ın bazı kararları ıslahla artırılan kısım için faiz istenmezse, bu kısım bakımından



Genel Kurulu'nun bu konuya dair vermiş olduğu 24.05.2019 tarihli kararda ise, ıslahla artırılan miktar bakımından da dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedileceği belirtilmiştir⁷⁶. Öğretide bu konuda ileri sürülen ve bizim de katıldığımız göre ise ıslah kural olarak yapıldığı andan itibaren sonuç doğuracağından dava açıldığında faiz istenmiş olsa dahi, ıslah talebinde artırılan kısım için faiz istenmemişse bu kısma faiz yürütülmemesi gerekir⁷⁷. Bu durum, ıslahın amacı, etkisi ve taleple bağlılık ilkesinin gereğidir⁷⁸. Davacı ıslahla artırdığı bu talebini aynı dava içinde istemeyip ayrı bir dava konusu yapmış olsaydı, faiz talep etmemesi hâlinde faize karar verilmeyecekken ilk davasının içinde istediği için ayrıca talep etmediği hâlde faize karar vermek isabetli değildir⁷⁹. Bu nedenlerle Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca anılan kararda dayanak olarak usûl ekonomisi ilkesinin gösterilmesi isabetli olmamıştır. Usûl ekonomisi ilkesine hizmet amacıyla medenî usûl hukukuna hâkim olan diğer ilkelerin ihlal edilmesi mümkün olmamalıdır.

b. Davacının Talep Sonucuna Islahla Yeni Talep Eklemesi

Davacının dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra dava dilekçesiyle ileri sürülen talep sonucuna dâhil talepleri genişletmesinin dışında, ıslahla daha önce talep etmediği bir talebi talep sonucuna ekleyip ekleyemeyeceği tartışmalıdır.

faizin hesaplanmaması yönündeydi. Y. 9. HD, 21.12.2015, E. 25931, K. 36142 (Kazancı ve ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1508). Yargıtay'ın bazı kararları ise aksi yöndeydi. 22. HD, 21.12.2015, E. 25536, K. 35161 (Lexpera ve ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1509).

76 “[...] Islahla artırılan tutar yeni bir dava olmadığından, ilk dava dilekçesinde yer alan bütün unsurlar, faiz istemi de dahil olmak üzere, ıslahla artırılan kısım için de uygulanabilir olmalıdır. Islah dilekçesinde, dava dilekçesindeki iddia ve istemlerin bu arada faiz talebinin tekrarlanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Dava dilekçesindeki faiz istemi, ıslah dilekçesini de kapsar. [...] Bundan başka, kısmî dava dilekçesinde faiz istemi mevcut ise, kısmî ıslah ile artırılan alacak miktarı için de dava dilekçesindeki faiz istemi geçerliliğini koruduğundan HMK'nun 26. Maddesinde hükme bağlanan taleple bağlılık ilkesinin ve bu ilkenin bağlantılı olduğu, Tasarruf, Teksif ve Taraflarca getirilme ilkelerinin ihlal edilmesi söz konusu olmayacaktır. [...] Kısmî dava dilekçesindeki faiz isteminin kısmî ıslah ile artırılan alacak tutarı için de geçerli olduğunun kabulü aynı zamanda Devletimizin imzaladığı Uluslararası Sözleşmeler ve Anayasa ile güvence altına alınan hak arama özgürlüğünün gerçekleşmesine hizmet edeceği gibi, yine yargılamaya hakim olan ilkelere aynı zamanda adil yargılanma hakkı kapsamındaki usul ekonomisi ilkesine de uygun düşecektir [...]”, YİBBGK, 24.05.2019 E. 2017/8, K. 2019/3, (RG. 27.09.2019, S. 30901).

77 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1509. Ayrıca bkz. ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 534.

78 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1509; TUTUMLU, **Faiz**, s. 191; AKİL, Cenk, “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/2, s. 67-107, s. 83-84.

79 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1509.

Yargıtay'ın bir kısım kararlarında ıslahla talep sonucuna yeni talep eklenebileceği belirtilmiştir⁸⁰. Yargıtay'ın bazı kararlarında ise⁸¹, bir dava devam ederken o davanın içerisinde ıslah yoluyla yeni bir dava açılmayacağı gerekçesiyle ıslah yoluyla talep sonucuna ek bir talep eklenemeyeceğine hükmedilmiştir⁸². Yargıtay'ın diğer bir kararının gerekçesinde de HMK m. 176 vd.'nda dava edilmeyen hususun davaya konu edilmesine ilişkin bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir⁸³. Yargıtay'a göre bu tür bir talebin yeni bir davaya konu edilmesi gerekir⁸⁴.

Öğretide Yargıtay'ın ıslahla ek talep ileri sürülemeyeceğine dair kararları eleştirilmiştir. Öğretideki ağırlıklı görüşe göre, davacı ıslah yoluyla talep sonucuna ek talep ileri sürebilir⁸⁵. Yargıtay'ın aksi yöndeki kararları kanunî dayanaktan yoksun olup ıslah kurumunun amacı ve usûl ekonomisi ilkesi ile de bağdaşmaz⁸⁶. Sonradan tamamen yeni bir dava dilekçesi verilmek suretiyle davanın başında hiç talep edilmeyen yeni talep veya taleplerin istenmesi mümkün olduğuna göre, benzer

- 80 Y. 9. HD, 17.07.2007, E. 19071, K. 24482; Y. 2. HD, 22.06.2004, E. 4944, K. 8237 (Kazancı İçtihat Bankası ve ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1504-1505); Y. 20. HD, 13.09.2005, E. 7042, K. 14446 (YILMAZ, **Islah**, s. 244).
- 81 Kararlar için bkz. ÖZEKES, Muhammet/BULUT, Uğur, "Kısmi ve Belirsiz Alacak Taleplerinde Islah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)", **MİHDER**, C. 13, S. 38, 2017/3, s. 635-718, s. 696 dn. 7. Bu yönde kararlar için ayrıca bkz. YILMAZ, **Islah**, s. 245 vd.
- 82 "[...] Davacı kadının, dava dilekçesinde "çeyiz eşyalarına" ilişkin bir talebi bulunmamaktadır. Davacı bu hususa ilişkin talebini 20.05.2014 tarihli dilekçesinde ileri sürmüştür. Bu talep, boşanmadan bağımsız onun fer'isi niteliğinde olmayan asli bir talep niteliğindedir. Islahla dahi, mevcut ve görülmekte olan davaya ondan bağımsız ikinci bir dava ilave edilemez. Davacının sonradan harcını yatırmış olması talebi dava haline getirmez [...]" Y. 2. HD, 30.03.2017, E. 2016/25362, K. 2017/3611 (Lexpera); Y. 10. HD., 26.09.2013, E. 2012/24884 K. 2013/17392 (ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1505 ve Lexpera).
- 83 "[...] HUMK.'nun 87/son maddesinin Anayasa Mahkemesince iptalinden sonra ıslah yoluyla müddeabilhin arttırılması olanaklı hale gelmişse de, dava dilekçesinde dava edilmeyen bir hususun ıslah yoluyla dava konusu haline getirilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nun ıslah müessesesini düzenleyen 176 ve devam eden madde hükümlerinde de bunun aksine bir hükme yer verilmemiştir. [...]" Y. 1. HD., 13.10.2011, E. 2011/8072 K. 2011/10277 (ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1506 ve Lexpera).
- 84 Örnek olarak, Y. 1. HD, 08.06.2015, E. 7340, K. 8440, (Kazancı). Yargıtay'ın boşanma davasında da ıslahla ek talep ileri sürülemeyeceğine dair kararları mevcuttur. Yargıtay, davacının dava dilekçesinde saydıklarının haricinde yeni ziynet eşyaları talep etmesinin, davaya yeni talep eklenmesi niteliğinde olduğuna ve dava dilekçesiyle nitelik ve sayı olarak sınırlanan ziynet eşyalarına ıslah yoluyla yenilerinin eklenemeyeceğine hükmetmiştir. Y. 2. HD, 18.04.2016, E. 2015/20046, K. 2016/7837 (Lexpera).
- 85 ÜSTÜNDAĞ, **Yargılama**, s. 552-557; KURU, C. IV, s. 4015; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 535; UMAR, s. 513-514; YILMAZ, **Islah**, s. 296 vd.; ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1504; TANRIVER, s. 744; BUDAK/KARAASLAN, s. 222; KARSLI, s. 665; ULUKAPI, **Usûl**, s. 294; AKKAYA, Tolga, Medenî Usûl Hukuku Bakımından Boşanma Davası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018, s. 434-435; AKSOY, Elif, "Objektif Dava Birleşmesi", **TBBD**, 2015, S. 117, s. 201-232, s. 217-218; BULUT, **Davaların Yığılması**, s. 85 vd.; ERCAN ÖZLER, s. 450.
- 86 ÖZEKES/BULUT, s. 698.



şekilde daha önceki talebin yanında yeni bir talep getirilmesi de mümkün olmalıdır⁸⁷.

Aksi yöndeki görüşe göre ise, ıslah usûli işlemleri düzeltmenin bir yoludur ve hakkında bir işlem olmayan, hiç ileri sürülmemiş bir talebin de ıslahı mümkün değildir⁸⁸.

Nihayet diğer bir görüşe göre ise, davacının ıslah yoluyla mevcut davada yeni bir talebin ileri sürülmesi, yalnızca bu taleplerin aynı hayat olayından kaynaklanmış olması durumunda kabul edilmelidir⁸⁹. Bu görüşe göre, böyle bir bağlantının mevcut olmadığı talebin sırf taraflar aynı olduğu için aynı davada ıslah yoluyla ileri sürülebilmesi, usûl ekonomisi ilkesine hizmet etmez⁹⁰.

Kanaatimizce davacı dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra tahkikat sona erinceye kadar (HMK m. 177, I) ıslah yoluyla ek talep ileri sürebilir. Zira ıslahın konusu, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında olan hususlardır⁹¹. Talep sonucuna yeni bir talep ekleme de yasak kapsamında olan konulardan biridir. Kanun'da talep sonucuna ıslahla yeni talep eklenemeyeceğine dair bir sınırlama yoktur. Islahın Kanun'da sayılan şartları mevcut ise, davacı ıslahla ek talep ileri sürebilir. Islahla ek talep ileri sürülmesi, talep sonucunun artırılmasında olduğu gibi kısmen ıslah kapsamında yer almaktadır⁹².

Islah yoluyla, davaya yeni talep eklenmesi durumunda, aynı

87 ÖZEKES/BULUT, s. 696-697.

88 DEYNEKLİ, Adnan, **Medenî Usûl Hukukunda Islah**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013, s. 56; TUTUMLU, Mehmet Akif, **Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah**, 3. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 254.

89 MERİÇ, **Tasarruf**, s. 139.

90 MERİÇ, **Tasarruf**, s. 139.

91 ÖZEKES, s. 1489 ve 1847; ÖZEKES/BULUT, s. 695; ATALI, Murat, "Islah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamanaşımının Kesildiği Tarih", **DEÜHFD**, 2009, Özel Sayı, Bilge Umar'a Armağan, C. I, İzmir, 2010, s. 115-127, s. 122-123; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 532; ULUKAPI, Usûl, s. 289; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 412. Islah HMK m. 176'da düzenlendiği gibi usûl işlemlerinin düzeltilmesi için getirilen bir yol olsaydı, ıslah ile delillere, ilk itirazlara ve sürelerle ilişkin usûl işlemlerini değiştirmek de mümkün olurdu. Ancak bu mümkün değildir. Nitekim Kanun'da söz konusu usûl işlemlerine farklı sonuçlar bağlanmıştır. Delillerin sonradan gösterilmesi ve maddi hataların düzeltilmesi konularında ayrı düzenlemeler mevcuttur (HMK m. 145; m. 183). İlk itirazların ise ıslahla ileri sürülmesi mümkün değildir (HMK m. 117, I). Davaya son veren taraf usûl işlemlerinin niteliği gereği düzeltilmesi mümkün değildir. Hukukî sebepler bakımından ise düzeltmeye ihtiyaç yoktur. Zira HMK m. 33'e göre, hâkim Türk hukukunu re'sen uygular. Bkz. ATALI, **Islah**, s. 122-124. *Kuru ve Yılmaz* ise ıslah yolu ile yeni delil de gösterilebileceğini savunmaktadır. Bkz. *Kuru, El Kitabı C. II*, s. 1216; Yılmaz, **Islah**, s. 412.

92 AKKAYA, s. 434-435; BULUT, **Davaların Yiğilmesi**, s. 86.

yargılamada birden fazla talebin ileri sürülmesi durumu söz konusu olacağından davaların yığılmasına ilişkin şartların da sağlanması gerekir (HMK m. 110)⁹³. Fakat bu şartların mevcut olmaması durumunda dahi ıslah talebinin reddi yerine, kural olarak ıslah suretiyle ileri sürülen talebe ilişkin davaların ayrılmasına karar verilmelidir⁹⁴.

c. Davacının Talep Sonucunu İslahla Değiştirmesi

Davacı dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra ıslahla talep sonucunu değiştirebilir. Ancak öğretilerde ve Yargıtay kararlarında, dava açılırken belirtilen talep sonucu ile ıslahla talep edilecek talep sonucu arasında bir bağlantı olması gerekip gerekmediği tartışılan bir konu olmuştur.

Öğretilerdeki bir görüşe göre, dava açılırken ileri sürülen talep sonucu ile ıslahla ileri sürülecek talep arasında bir bağlantı bulunması gerekmez⁹⁵. Örneğin davacı ıslahla malvarlığı haklarıyla ilgili bir davayı, şahıs varlığı hakları ile ilgili bir davaya dönüştürebilir. Zira bu konuda Kanun'da bir sınırlama yoktur⁹⁶. Davanın tamamen ıslahı durumunda, davacı yeni bir dava dilekçesi verir (HMK m. 180). Bu hüküm dikkate alındığında, bu konuda bir sınırlama olmadığı görülmektedir. Bu durumda ıslahın geçerli olup olmamasında dikkate alınacak ölçütler, her talepte olduğu gibi hukukî yararın mevcut olup olmadığı ve ıslahın kötü niyetli olup olmadığıdır (HMK m. 182)⁹⁷.

Aksi yöndeki görüşe göre, ıslah kurumunun amacı, taraflar arasında görülmekte olan bir dava ile bağlantılı hususların o davanın açılması ile doğan sonuçların korunarak karara bağlanabilmesidir⁹⁸. Bu sebeple davanın tamamen ıslahında dahi ilk talep ile sonradan ileri sürülen talep arasında bir bağlantı bulunmalıdır. Bu anlamda boşanma davası ıslah yoluyla alacak davasına dönüştürülemez⁹⁹.

Bu konuya dair ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, olması gereken hukuk bakımından hâkime, iki talep sonucu arasında bağlantı olup

93 ÖZEKES, *Pekcanıtez Usûl*, s. 1507; AKSOY, s. 218; ÖZEKES/BULUT, s. 698.

94 ÖZEKES/BULUT, s. 698.

95 POSTACIOĞLU/ALTAY, s. 538; ÖZEKES, *Pekcanıtez Usûl*, s. 1511; YILMAZ, *Islah*, s. 196; AKKAYA, *Boşanma*, s. 436; ERCAN ÖZLER, s. 452.

96 ÖZEKES, *Pekcanıtez Usûl*, s. 1511; YILMAZ, *Islah*, s. 196.

97 ÖZEKES, *Pekcanıtez Usûl*, s. 1512.

98 BUDAK/KARAASLAN, s. 223

99 BUDAK/KARAASLAN, s. 223.



olmadığı hususunda inceleme yapma yetkisi verilmelidir¹⁰⁰. Bu görüşe göre, hâkime ıslah üzerinde daha etkin karar verme yetkisi tanınması gerekir. Örneğin, hâkim davanın son aşamasında yapılan bir ıslahın karşı tarafın zararına olup olmadığını inceleyebilmelidir¹⁰¹.

Yargıtay'ın talep sonucunun ıslahla değiştirilmesi konusunda farklı kararları söz konusudur. Yargıtay bazı kararlarında ıslahla talep sonucunun değiştirilebileceğine hükmetmiştir¹⁰². Yargıtay'ın diğer bazı kararlarındaki görüşü ise, talep sonucunun ıslah edilebilmesi için ilk talep sonucu ile ıslahla değiştirilmek istenen talep sonucunun dayandığı hukukî ilişki ve maddi olaylarda bağlantının bulunmasının zorunlu olduğu şeklindedir¹⁰³. Bu bağlamda Yargıtay vermiş olduğu bir kararında boşanma davasının ıslah ile yanlış evlilik kaydının terkinin davasına dönüştürülemeyeceğine karar vermiştir¹⁰⁴.

Kanaatimizce Yargıtay'ın dava açılırken ileri sürülen talep sonucu ile değiştirilmek istenen talep sonucu arasında bağlantı olmasını araması isabetli değildir. Zira tamamen ıslahın düzenlendiği HMK m. 180'de bu konuda bir sınırlama olmadığı gibi¹⁰⁵ ıslahın iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını aşma yolu olarak düzenlendiği HMK m. 141'de de bir sınırlama yoktur. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu kabulünün Kanun'un hükmüne aykırı olduğu söylenebilir¹⁰⁶. Yürürlükteki hükümler çerçevesinde Özekes'in ifade ettiği gibi davacının ıslahla talep sonucunu değiştirmesi ancak hukukî yarar eksikliği veya kötü niyetli ıslah ile sınırlanabilir¹⁰⁷.

d. Kanun Yolu Denetimi Sırasında Talep Sonucunun ıslahla Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Meselesi

İstinaf kanun yolu aşamasında ıslah yapılamayacağı, Kanun'da düzenlenmiştir (HMK m. 357, I)¹⁰⁸. Öğretide istinaf aşamasında verilen

100 YILMAZ, **Islah**, s. 198 ve 748.

101 YILMAZ, **Islah**, s. 198 ve 748.

102 Y. 1. HD, 18.09.1975, E. 8005, K. 8345; Y. HGK, 11.09.1963, E. 1962/60, K. 1963/68 (YILMAZ, **Islah**, 197 dn. 708).

103 Y. 2. HD, 02.03.1978, E. 1209, K. 1624 (YILMAZ, **Islah**, s. 196); Y. 2. HD, 07.04.2014, E. 24793, K. 8196 (ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1507).

104 Y. 2. HD, 24.02.1972, E. 950, K. 990 (YILMAZ, **Islah**, s. 196). Kararın yerinde olmadığına dair bkz. POSTACIOĞLU, s. 461.

105 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1512; AKKAYA, s. 436.

106 YILMAZ, **Islah**, s. 197 vd.

107 ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1512.

108 Bu düzenlemenin ve istinaf yargılamasındaki yeni vakıa getirme yasağının, bu yargılamada hukuka uygunluk denetiminin ağır bastığının somut bir delili olduğu yönünde bkz. TANRIVER, s. 743.

ıslah dilekçesinin karşı tarafa tebliğe dahi çıkarılmaması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁹. Yasak olan ıslah talebi üzerine, bölge adliye mahkemesi, ıslahın istinaf aşamasında caiz olmadığına dair bir ara arar tesis ederek ıslah talebini reddetmelidir¹¹⁰.

Kanun'daki düzenleme açık olsa da olması gereken hukuk açısından istinaf yargılamasında ıslahla talep sonucunun değiştirilmesine olanak tanınması gereken çeşitli hâllere işaret etmemiz gerekir. İlk derece mahkemesinde usûlüne uygun olarak gösterildiği hâlde incelenmeden reddedilen veya mücbir bir sebeple gösterilmesine olanak bulunmayan deliller, bölge adliye mahkemesince incelendikten sonra (HMK m. 357, III) talebin daha fazla olduğu ortaya çıkabilir. Bu durumda davacının ıslahla talep sonucunu artıramaması isabetli olmaz¹¹¹. Yine istinaf aşamasında kendisine başvurulana bilirkişinin raporu kapsamında, daha yüksek bir miktar talep edebileceğini gören davacının, ıslah yapmasına izin verilmelidir¹¹².

İstinaf kanun yolundan sonra işlerlik kazanabilecek temyiz aşamasında yapılacak denetim, yalnızca hukuka uygunluk denetimi ile sınırlı olduğundan vakialara uygunluk denetimi ile ilgili bir kurum olan ıslaha ihtiyaç yoktur¹¹³.

e. Kanun Yolu Denetiminden Sonra Yargılamanın İlk Derece Mahkemesinde Devam Ettiği Durumlarda Talep Sonucunun Islahla Değiştirilip Değiştirilemeyeceği Meselesi

Kanun yoluna başvurulduktan sonra çeşitli durumlarda yargılama ilk derece mahkemesinde devam eder. Bu hâllerden ilki şu şekildedir: İstinaf başvurusu sonrası bölge adliye mahkemesi, ağır usûl hataları olması durumunda, esası incelemeyen kararın kaldırılmasına ve davanın yeniden görülmesi için dosyanın kararı veren mahkemeye veya kendi

109 GÖZÜTOK, Zeki, **Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 176. Ayrıca bkz. ÖZTEK, Selçuk, **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 478.

110 Bölge adliye mahkemesi duruşma yapmadan karar verecekse, bu tespitin gerekçede yapılması gerekir. Bkz. GÖZÜTOK, s. 176; ÖZTEK, s. 478.

111 Öğretideki bir görüş yürürlükteki kanun maddelerinin bu hâllerde ıslah yapılabilmesini mümkün kıldığı ileri sürmektedir. HMK m. 176, II'de ıslahın aynı davada bir kez kullanılabilmesi düzenlenmiştir. Bu görüşe göre, buradaki dava ifadesinden ıslahın istinaf yargılamasında da yapılabileceği kabul edilebilir. Bu durum aynı zamanda hak arama özgürlüğünün de bir gereğidir. Bkz. ÖZEKES, s. 2248 vd.

112 AKKAYA, s. 298; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 624. bkz. ÖZEKES, s. 2249. Öğretideki diğer bir görüş de olması gereken hukuk açısından maddi gerçeğin tespiti için ıslah imkânının tanınmasının yerinde olacağı savunmuştur. Bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 225.

113 TANRIVER, s. 743.

yargı çevresinde uygun göreceği başka bir yer mahkemesine ya da görevli ve yetkili mahkemeye gönderilmesine duruşma yapmadan kesin olarak karar verir (HMK m. 353, I). Yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ettiği ikinci durum ise şu şekildedir: Yargıtay ilgili dairesinin tamamen veya kısmen bozma kararı, başvurunun bölge adliye mahkemesi tarafından esastan reddi kararına ilişkin ise bölge adliye mahkemesi kararı kaldırılarak dosya, kararı veren ilk derece mahkemesine veya uygun görülecek diğer bir ilk derece mahkemesine, kararın bir örneği de bölge adliye mahkemesine gönderilir (HMK m.373, I).

7251 sayılı Kanun değişikliği ile ıslahın zamanı ve şeklinin düzenlendiği HMK m. 177'ye konu ile ilgili bir hüküm eklenmiştir. Bu hükme göre, Yargıtay'ın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması hâlinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durum ortadan kaldırılamaz (HMK m. 177, II)¹¹⁴. Kanun koyucu hükmün gerekçesinde, bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukukî durumun ortadan kaldırılamamasından anlaşılması gerekenin usûlî müktesep hak ile aleyhe bozma yasağı olduğunu ifade etmiştir¹¹⁵. Söz konusu düzenleme,

114 Söz konusu kanun değişikliği öncesi, bozmadan sonra ıslah yapılıp yapılamayacağına dair öğretide bir tartışma söz konusuydu. Yargıtay'ın bu konuya dair 1948 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararına göre, bozma kararına uyulmasından sonra oluşan usûlî müktesep hakkın ihlâl edilmemesi için ıslah yoluna gidilemez (İBK, 04.02.1948, E. 13, K. 5, RG, 17.06.1948, S. 6934). Ancak söz konusu karar davanın esastan karara bağlanması durumuna ilişkin olduğundan, konuya dair tartışma sürmüştür. Bir görüşe göre bozmadan sonra ıslah yapılamaz. Bkz. KARAFAKİH, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952, s. 235-236. Diğer bir görüşe göre, bozmadan sonra yapılacak tahkikat sırasında ıslah mümkündür. Bozmadan sonra ıslahı kabul etmemek, hem davaların uzamasına yol açar hem de hukukî dinlenilme hakkına aykırılık oluşturur. Bkz. BELGESAY, Mustafa Reşit, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, C. II, 1. Fasikül, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1945, s. 95; ANSAY, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. B., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960, s. 189-190; ANSAY, Sabri Şakir, "Islah", **AÜHFD**, C.VII, S. 1- 2, 1950, s. 122-129, s. 127-128; BİLGE/ÖNEN, s. 360-361; KURU, **El Kitabı C. II**, s. 1197; TANRIVER, s. 743; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 416. Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, bozma kararı usûle ilişkin ise ıslah yapılabilir. Zira usûle ilişkin bozma kararına uyulması hâlinde esasa ilişkin bir tahkikattan bahsedilemez. Bkz. ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1526-1527. Nihayet diğer bir görüşe göre, bozmadan sonra yapılacak tahkikat hangi konulara ilişkin ise o konular bakımından ıslah yapılabilir. Bozma dışında kalan konular bakımından ıslah yapılamaz zira bu konular hakkında usûlî müktesep hak doğar. Bkz. YILMAZ, **Islah**, s. 517.

115 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 14. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>. Bir görüşe göre, usûlî müktesep hak kavramının ve istisnalarının

öğretide usûlî müktesep hakkın ne zaman kaldırıldığı konusunda tereddütler yaratacağından bahisle eleştirilmiştir¹¹⁶. Değişikliğe dair ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, bozmadan ve kaldırma kararından sonra ıslahın yapılabileceği düzenlenseydi tartışmalar sona ererdi¹¹⁷.

Kanun'da söz konusu düzenlemenin gerekçesinde, hangi durumda ıslahın kabul edilebileceğine dair bir örnek verilmiştir. Buna göre, ilk derece mahkemesinin anapara ve faizin tahsiline ilişkin kararına karşı istinaf yoluna başvurulmuş, bu başvuru reddedilmiş, ret kararı aleyhine temyiz yoluna müracaat edilmiş, karar sadece faizin yanlış oran uygulanarak hesaplanması açısından bozulmuş ve ilk derece mahkemesince bozmaya uyulmuş ise bozmaya uyulmasından sonra yapılacak tahkikatta anapara miktarını artıracak şekilde ıslah yapılamaz¹¹⁸.

Yargıtay'ın 7251 sayılı Kanun değişikliğinden sonra verdiği kararlar¹¹⁹ ise HMK m. 177, II hükmünün geniş yorumlanacağı ve bozma sonrası ıslahın kabul edileceği istikametinde bir izlenim vermektedir¹²⁰.

-
- tartışmalı olması nedeniyle, Kanun'un lafzında daha genel bir ifade tercih edildiğini söylemek mümkündür. Bkz. ÖZTEK/TAŞPINAR AYVAZ/KALE, s. 126.
- 116 PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, **Teklif**, P. 19; YILMAZ, **Islah**, s. 518.
- 117 ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 416. Söz konusu düzenlemenin tartışmaları büyük ölçüde sona erdirdiği yönünde bkz. ÖZTEK, s. 479.
- 118 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi (2/2735) ve Adalet Komisyonu Raporu, s. 15. Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>.
- 119 "[...] Dosyanın incelemeesinde; mahkemece davanın reddine dair verilen ilk karar Dairemizin 04/06/2012 tarihli ve 2011/6286 Esas, 2012/9709 Karar sayılı ilamıyla eksik inceleme nedeniyle bozulduğu, bozma sonrası bozma ilamında belirtilen dava konusu taşınmazın kamulaştırılmasına ilişkin belgeler, dava dosyaları ve tapu kayıtları getirilerek taşınmaz başında keşif yapıldığı, davacının belediyeye ve davalıya yapmış olduğu ödeme miktarlarının belirlenmesi için bilirkişiden rapor alındığı, bozma sonrası alınan 20/03/2014 tarihli bilirkişi raporunun sunulmasından sonra 21/10/2014 tarihinde 2.037.226,57 TL üzerinden eksik harcın tamamlandığı ve mahkemece bu miktar üzerinden alacağın tahsili yönünde hüküm tesis edildiği, böylelikle bozma sonrası bilirkişi raporunda belirlenen miktar üzerinden eksik harcın tamamlanması suretiyle ıslahın bozma sonrası yapıldığı anlaşılmaktadır.22/07/2020 tarihinde kabul edilen ve 31199 sayılı Resmi Gazete'de 28/07/2020 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile 6100 sayılı HMK'nun 177. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere "Yargıtayın bozma kararından veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararından sonra dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar da ıslah yapılabilir. Ancak bozma kararına uymakla ortaya çıkan hukuki durum ortan kaldırılamaz." fıkrası eklenmiştir. Bu yasal düzenleme karşısında Yargıtay'ın bozma kararı veya bölge adliye mahkemesinin kaldırma kararı sonrası dosya ilk derece mahkemesine gönderildiğinde, ilk derece mahkemesinin tahkikata ilişkin bir işlem yapması halinde tahkikat sona erinceye kadar ıslah yapılabilmesine imkân getirilmiştir. Şu durumda söz konusu değişiklik gözetilerek Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 440-442. maddeleri uyarınca davacı vekilinin karar düzeltme istemi kabul edilmeli [...]", Y. 4. HD., 2.11.2020, E. 2020/2768 K. 2020/3649 (YILMAZ, **Islah**, s. 519 ve Lexpera). Benzer yönde bir karar için bkz. Y. 14.09.2020, E. 2018/3982, K. 2020/5088 (YILMAZ, **Islah**, s. 519 ve Lexpera).

120 YILMAZ, **Islah**, s. 519.



Kanaatimizce Yargıtay'ın bozma kararından sonra yargılamanın ilk derece mahkemesinde devam ettiği durumlarda talep sonucunun ıslahla değiştirilip değiştirilemeyeceği meselesinde dikkate alınacak ölçüt, usûlî müktesep hak değil, kesin hüküm kurumudur¹²¹. Daha açık anlatımla, hükmün kesinleşmeyen kısımları için ıslah yolu mümkün olmalıdır¹²².

4. Davacının Talep Sonucunu Karşı Tarafın Açık Muvafakati ile Genişletmesi veya Değiş-tirmesi

Davacının dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra başlayan talep sonucunu genişletme veya değiştirme yasağını aşma yollarından ikincisi, karşı tarafın açık muvafakatidir (HMK m. 141, II)¹²³. Eğer davacı yalnızca bir kez kullanılabilen ıslah hakkını (HMK m. 176, II) kullanmış ise davacının talep sonucunu genişletebilmesi veya değiştirebilmesi için elindeki tek imkân karşı tarafın açık muvafakatidir.

Hukukumuzda talep sonucunun genişletilebilmesi veya değiştirilebilmesi için muvafakat verme yetkisi yalnızca taraflara ait olup mahkemenin değişikliğe onay vermesi söz konusu değildir¹²⁴. Mahkeme karşı tarafın açık muvafakatinden sonra, değişikliğin faydalı olmadığı veya yargılamayı uzatacağı gerekçesiyle değişikliğe engel olamaz¹²⁵.

Belirtmek gerekir ki, davacı karşı tarafın muvafakati ile talep sonucunu

121 AKKAYA, Tolga, **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 234; ERDOĞAN, Ersin/KORKMAZ, Cansu, "Yargıtayca Verilen Bozma yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu", **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2016/2, s. 249-290, s. 283-284. Usûlî müktesep hak kurumunun usûl hukukuna yabancı olduğu, bu kavrama duyulan ihtiyacın bozma kararına tanınan kesin hüküm etkisi sayesinde ortadan kalkacağı yönünde bkz. ATALI, Murat, "Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı", **Yargıtay Dergisi**, C. 44, S. 3, Temmuz 2018, s. 1-46, s. 39.

122 ERDOĞAN/KORKMAZ, s. 283-284.

123 Alman hukukunda ise dava değişikliğine davalının muvafakati, açık veya zımnî olabilir (ZPO § 267). Davalı meydana gelmiş olan dava değişikliğine sözlü yargılamada bu değişikliklerle çelişkiye düşmeden cevap verirse bu durum, davalının dava değişikliğine izin verdiği anlamına gelir. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, P. 100, kn. 17; ASSMANN, P. 267 kn. 4; FOERSTE, P. 263 kn. 6a; PAULUS, Christoph G., **Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Aufl., Berlin, Springer Verlag, 2016, kn. 537. İsviçre hukukunda da kanun koyucu dava değişikliği için karşı tarafın açık muvafakatini aramamıştır (SchZPO Art. 227, I, b). Öğretide zımnî muvafakatin yeterli olduğu ifade edilmektedir. Bkz. PAHUD, Eric, **Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar**, Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, Dike Verlag, 2016, Art. 227 kn. 8.

124 ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 118-119.

125 ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 209. Alman hukukunda ise mahkeme, değişikliği amaca uygun (*sachdienlich*) görürse dava değiştirilebilir (ZPO § 263). Bu konuda bkz. GETHMANN, Alfons, **Der Begriff der Sachdienlichkeit im Rahmen des P. 264 ZPO**, Diss., Heidelberg, 1975, s. 7.

birden fazla kez genişletebilir veya değiştirebilir. Kanun'da bu konuda bir sınırlama yer almamaktadır. Bu konuda bir sınırlama olmamasının nedeni, söz konusu değişikliğe karşı tarafın bizzat muvafakat etmesi nedeniyle menfaatine zarar gelmeyecek olmasıdır¹²⁶. Karşı taraf, bir davada ikinci kez talep sonucu değişikliğine muvafakat ederek talep sonucunun ilk hâline dönüşmesini sağlayabilir. Zira talep sonucunun eski hâline dönüştürülmesi de yasak kapsamında olduğundan, bu yöndeki bir değişikliğin mahkeme tarafından incelenebilmesi için karşı tarafın açık muvafakati gerekir¹²⁷.

Karşı tarafın, talep sonucunun genişletilmesine veya değiştirilmesine ne zamana kadar muvafakat edebileceğine dair Kanun'da bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysaki iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının diğer istisnası olan ıslahın tahkikat sona erinceye kadar yapılabileceği açıkça düzenlenmiştir (HMK m. 177, I). Talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra başladığı ve bu yasağı aşma yollarından biri olan ıslahın tahkikatın sona ermesine kadar yapılabileceği dikkate alındığında, karşı tarafın açık muvafakatının ön inceleme ve tahkikat aşamasında yapılabilmesi konusunda şüphe yoktur.

Öğretideki bir görüşe göre, karşı taraf hüküm verilinceye kadar talep sonucu değişikliğine muvafakat edebilir¹²⁸. Kanaatimizce sözlü yargılama aşamasında karşı tarafın açık muvafakatının söz konusu olup olamayacağının tartışılması gerekir. Sözlü yargılama aşamasında, hâkimin her iki tarafa, mevcut vakıalar bakımından iddia ve savunmada ileri sürülen taleplerin hukukî açıdan karşılanabilir olup olmadığı hususundaki değerlendirmelerini mahkemeye sunabilmeleri için söz vermesi gerekir (HMK m. 186, II). Mahkemenin bu işlemi atlatma faaliyeti olarak isimlendirilir¹²⁹.

Görüldüğü üzere, sözlü yargılama aşamasında bir tahkikat faaliyetinden ziyade dosyada varlığı tespit edilen vakıaların ilgili

126 ÜSTÜNDAĞ, *Yasak*, s. 210.

127 Y. 8. HD, 25.10.1979, E. 1979/9270, K. 1979/10288 (KURU, C. II, s. 1728).

128 KURU, C. II, s. 1726; KURU, *El Kitabı*, s. 529. Tahkikat sona erdikten sonra karşı tarafın açık muvafakati ile talep sonucunun genişletilebileceği yönünde bkz. YILMAZ, *Islah*, s. 43.

129 ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 306; UMAR, s. 379; ATALAY, Oğuz, *Medenî Usûl Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 58; SİVRİHİSARLI, Ömer, *Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı*, Doktora Tezi, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978, s. 20; GÖKSU, Mustafa, "Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk", *Doç. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 323-350, s. 327.



hukuk kuralını karşılayıp karşılamadığı belirlenmektedir. Taraflar, sözlü yargılamada, tahkikat sonucunda ortaya çıkan durumun kendi talep sonuçlarını nasıl haklı çıkardığını hukukî sebeplere de değinerek ifade ederler¹³⁰. Yoksa sözlü yargılamada artık tahkikata ilişkin bir işlem yapılmaz. Bu nedenle bu aşamada karşı tarafın açık muvafakati ile talep sonucunun genişletilmesine veya değiştirilmesine izin verilmesi, sözlü yargılama aşamasının niteliği ve amacı ile bağdaşmaz¹³¹. Ayrıca iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının tahkikat sona erdikten sonra ıslahla aşılması mümkün değilken, karşı tarafın açık muvafakatine cevaz verilmesi çelişki oluşturur.

Bu başlıkta son olarak davacının istinaf kanun yolunda talep sonucunu karşı tarafın açık muvafakati ile genişletip genişletemeyeceği tartışılmalıdır. Davacının istinaf yargılamasında ilk derece yargılamasındaki talep sonucunu genişletmesi mümkün değildir¹³². Öyle ki kanun koyucu bölge adliye mahkemesince re'sen göz önünde tutulacak hususlar dışında ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddiaların dinlenmeyeceğini düzenlemiştir (HMK m. 357). Söz konusu hükümdeki "iddia" ifadesinden anlaşılması gereken kanaatimizce iddianın dayanağını oluşturan vakıalar ve talep sonucudur. Zira kanun koyucu bu hükümde, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının düzenlendiği HMK m. 141'deki gibi "iddia" kelimesini tercih etmiştir¹³³. Söz konusu yasağın kapsamına iddianın dayanağını oluşturan vakıalar ve talep sonucunun dâhil olduğu dikkate alındığında, HMK m. 357 uyarınca istinaf yargılamasında davacının talep sonucunu karşı tarafın açık muvafakati ile dahi değiştiremeyeceği anlaşılır¹³⁴.

130 ÖZKAYA-FERENDECI, Hamide Özden, *Alman Hukuku'ndaki Örneği ile Sözlülük İlkesi*, İstanbul, Beta Yayınları, 2019, s. 147.

131 Tahkikat ile sözlü yargılamanın aynı duruşmada gerçekleştiği dikkate alındığında (HMK m. 186), talep sonucunu genişletmek isteyen davacının ve buna muvafakat edecek davalının, bu işlemi duruşmanın başında, mahkemenin tahkikatın bittiğini tefhim etmeden yapması gerekir.

132 AKKAYA, s. 297-298; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 618. Aksi yöndeki görüşe göre ise istinaf aşamasında karşı tarafın açık muvafakati ile talep sonucu genişletilebilir. Bkz. ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 623.

133 Nitekim HMK m. 357'nin gerekçesinde de bölge adliye mahkemesinin iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına aykırılığı kendiliğinden gözeteceği ifade edilmiştir. Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/574), s. 105. Bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yılı/kanmetni/6100ss.pdf>.

134 Bununla birlikte olması gereken hukuk açısından yukarıda ifade ettiğimiz istinaf yargılamasında ıslahla cevaz verilmesi gereken durumlarda, karşı tarafın açık muvafakati de mümkün olmalıdır. Söz konusu değerlendirme için bkz. yuk. II, A, 3, e.

B. Davacının Talep Sonucunu Genişletmesi veya Değiştirmesinin Yasak Olmadığı Hâller

Mahkemenin talep edilenden başka bir şeye de hüküm vermeye yetkili olduğu hâllerde, davacının talep sonucunu değiştirmesi veya genişletmesi yasak kapsamında değerlendirilmez¹³⁵. Zira bu hâllerde hâkim, davacının değiştirme hakkında bir talebi olmasa bile kendiliğinden talep edilenden başka bir şeye hüküm verebilir (HMK m. 26, II)¹³⁶. Bu duruma en bilinen örnek, TMK m. 170, III uyarınca boşanma yerine ayrılığa karar verilebilmesidir¹³⁷. Bu durumda davacı dilekçeler teatisinden sonra da boşanma olan talep sonucunu ayrılık olarak serbestçe değiştirebilir¹³⁸.

Keza TBK m. 58'e göre, kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören tarafın manevi tazminat talebi olarak bir miktar para istemesi hâlinde, hâkim bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir giderim biçimini kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararı yayımlanmasına hükmedebilir¹³⁹. Bu durumda davacı dilekçeler teatisinden sonra bir miktar para olarak

135 ÜSTÜNDAĞ, *Yasak*, s. 72-73; KURU, C. II, s. 1705; KURU, *Ei Kitabı*, s. 517; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYVAZ/HANAĞASI, s. 355; BUDAK/KARAASLAN, s. 218; TAHİROĞLU, Fatih, *Medenî Usûl Hukukunda Re'sen Araştırma İlkesi*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 83.

136 KURU, C. II, s. 1705-1706; BUDAK/KARAASLAN, s. 218.

137 KURU, *Ei Kitabı*, s. 517; YILMAZ, *Islah*, s. 324; ERCAN, İbrahim, "Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri", *SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı*, C. 4, S. 2, 2014, s. 249-269, s. 254; ATALI, Murat, *Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014, s. 141; DURAN, s. 291.

138 GÜRDOĞAN, Burhan, "Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri", *AÜHF 50. Yıl Armağanı*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 157 vd. Yargıtay'ın da bu yönde kararı bulunmaktadır: "[...] Davacı vekili temyiz dilekçesinde "ayrılığa karar verilmiş olsaydı bir araya gelme olasılığının mevcut olduğunu" ileri sürerek ayrılık kararı verilmek üzere hükmün bozulmasını talep etmiştir. Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hakim boşanmaya veya ayrılığa karar verebilir. (TMK. m. 170/1) Dava ayrılığa ilişkin ise boşanmaya karar verilemez. Şu halde, dava boşanmaya ilişkin ise, sebebin ispatlanmış olması koşuluyla ıslaha gerek bulunmaksızın, hakim boşanma yerine ayrılığa karar vermesi mümkündür. Dava ayrılığa ilişkin ise, ıslah edilmeden boşanma kararı verilemeyecektir. Yasal düzenleme böyle olunca davacı, her aşamada davasını ayrılığa hasredebilir. [...] Y. 2. HD., 31.1.2013, E. 2012/16486 K. 2013/2713 (Lexpera). Alman hukukunda da TMK m. 170, III'e benzer bir düzenleme bulunur. Hâkimin, evliliğin devamı hususunda somut emareler bulması hâlinde, evliliğin devamını sağlamak adına kendiliğinden boşanma davasının ertelenmesine karar verilebilir (FamFG § 136). Ancak eşlerin bir yıldan daha uzun süre ayrı yaşamaları durumunda, hâkim eşlerin rızalarının aksine davanın ertelenmesine karar veremez. Boşanma talebinde bulunan eşin talebi durumunda da hâkim, davanın ertelenmesine karar vermek zorundadır. Bkz., EICKELMANN, Sarah, *Haußleiter*, FamFG, 2. Aufl., 2017, § 136, kn. 1 vd.; ERCAN, *Boşanma*, s. 258.

139 ATALI, *Aleyhe Bozma*, s. 141; DURAN, s. 298. Taleple bağıllık ilkesinin istisnasını oluşturan bu hâllere dair farklı örnekler için bkz. BUDAK/KARAASLAN, s. 218; DURAN, s. 290 vd.



belirlediği manevi tazminat talebini başka bir giderim biçimi olarak serbestçe değiştirebilir.

Bu örnekler, taleple bağlılık ilkesinin istisnalarını oluşturur. Zira talep edilmeyenden başka bir şeye hâkimin karar vermesi mümkündür. O halde diyebiliriz ki taleple bağlılık ilkesinin geçerli olmadığı durumlarda, talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kanunda hâkimin karar vermeye yetkili kılındığı hususlar bakımından uygulama alanı bulmaz¹⁴⁰. Bu nedenle söz konusu hâllerde talep sonucu değişikliği için karşı tarafın açık muvafakatine veya islaha başvurmaya gerek yoktur.

Davacının talep sonucunu genişletmesinin veya değiştirmesinin yasak teşkil etmediği bir diğer hâl, yargılama giderlerine ilişkindir. HMK m. 332, I'e göre, mahkeme yargılama giderlerini re'sen hükmedeceğinden, davacının dilekçeler teatisinden sonra bu durumu ileri sürmesi yasak teşkil etmez¹⁴¹. Esasında söz konusu hüküm gereği, mahkeme yargılama giderlerine davacının talebi olmaksızın re'sen hükmedeceğinden davacının bu talebi ileri sürmesine gerek bulunmaz¹⁴².

III. DAVACININ DİLEKÇELER TEATİSİ AŞAMASI TAMAMLANDIKTAN SONRA TALEP SONUCUNU DARALTMASI

Davacının dilekçeler teatisi aşaması tamamlandıktan sonra talep sonucunda yapacağı değişiklik, talep sonucunun daraltılması şeklinde de söz konusu olabilir. Davacının talep sonucunu daraltması miktar olarak azaltma şeklinde olabileceği gibi, dava ikame ederken talep sonucunda birden fazla talep ileri sürdükten sonra bu taleplerden biri veya birkaçından vazgeçme şeklinde de olabilir. Ayrıca davacı talep sonucunu değiştirip içerik anlamında daha dar bir talep sonucu ileri sürerek de talep sonucunu daraltabilir¹⁴³.

140 Re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda ise dava sebebinin genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının aksine talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı uygulama alanı bulabilir. Bununla birlikte re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davada taleple bağlılık ilkesi sınırlanmış veya kaldırılmışsa yasak, ilgili sınırlama bakımından uygulama alanı bulmaz. Bkz. TAHİROĞLU, s. 83-84.

141 Bu husus taleple bağlılık ilkesinin usûl hukukundan kaynaklanan bir istisnasıdır. Bkz., ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 104. Alman hukukunda da bu hükme paralel bir düzenleme bulunur. ZPO § 308 II'ye göre mahkeme, yargılama giderlerine ayrıca talep edilmeksizin re'sen hükmeder. Bkz. MUSIELAK, Hans-Joachim, *Münchener Kommentar zur ZPO*, 6. Aufl., 2020, kn. 28-29. HMK m. 331, II'ye göre ise, görevsizlik veya yetkisizlik kararından sonra davaya bir başka mahkemede devam edilmemiş ise talep üzerine davanın açıldığı mahkeme dosya üzerinden bu durumu tespit ile davacıyı yargılama giderlerini ödemeye mahkûm eder. Söz konusu hükme dair tartışma için bkz. DURAN, s. 310 vd.

142 DURAN, s. 308.

143 HEUSSER, Jakob, *Die Klageänderung im Schweizerischen Zivilprozessrecht*, Diss.,

Davacının dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra talep sonucunu miktar olarak azaltmasının HMK m. 141 anlamında yasak olmadığı söylenebilir. Zira anılan hükümle talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasaklanmış olup talep sonucunun miktar olarak azaltılması, örneğin talep sonucunun 30.000 TL'den 5.000 TL'ye düşürülmesi, yasak kapsamında değildir¹⁴⁴. Nitekim Yargıtay da talep sonucunun miktar olarak azaltılması konusunda vermiş olduğu kararlarda, davacının bu işleminin dava değiştirme sayılmadığına, bu nedenle ıslah yoluna da başvurmasına gerek olmadığına hükmetmiştir¹⁴⁵.

Öte yandan davacının talep sonucunu azaltması, azalttığı talebi takip etmekten şimdilik vazgeçmek, yani azalttığı talebe dair davasını geri almak anlamına geliyorsa karşı tarafın açık rızası gerekir¹⁴⁶. Bununla birlikte davacının dava kapsamı dışına çıkardığı kısmı bir daha dava etmeme amacıyla hareket ettiği açıkça anlaşılıyorsa (HMK m. 309, III) davacının o kısımdan feragat ettiği sonucuna varılmalıdır¹⁴⁷. Bu

Zurich, 1924, s. 11; FOERSTE, P. 264 kn. 3; ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 157; UMAR, **Şerh**, s. 439. YILMAZ, **Islah**, s. 309 vd. Bu konuya dair ayrıca bkz. BULUT, Uğur, "Islah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması", **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2018, s. 15-43; AKİL, Cenk, "Medeni Yargıda İddianın Daraltılması ve Bu Nedenle Ortaya Çıkan Sorunlar", **TAAD**, Yıl: 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 47-56.

144 YILMAZ, **Islah**, s. 309 vd.; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 408; ASLAN, Kudret, **Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 508.

145 Y. 3. HD, 21.02.2005, E. 1257, K. 1591, bkz. YILMAZ, **Islah**, s. 312. "[...] Davacı tarafasıl dosyada dava dilekçesi ile 66.000 TL ecrimisil talep etmiş, 20.04.2010 tarihli dilekçesi ile talebini 207.586 TL olarak ıslah etmiş ve bu rakam üzerinden harcı tamamlamış, daha sonra 05.06.2014 tarihli dilekçesi ile 74.257,42 TL ecrimisil alacağını hüküm altına alınmasını istemiştir. Birleşen dosyada ise dava dilekçesi ile 237.000 TL ecrimisil talep etmiş, 05.06.2014 tarihli dilekçesi ile ecrimisilin 101.868,11 TL olarak hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Davacının talep sonucunu azaltması davayı değiştirme sayılmaz. Bu nedenle talep sonucunun azaltabilmesi için kural olarak davalının muvafakatine ihtiyaç olmadığı gibi, ıslah yoluna başvurulmasına da gerek yoktur [...]" Y. 8. HD, 04.03.2020, E. 2018/6871, K. 2020/2120 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> ve AKİL, **İddianın Daraltılması**, s. 53-54). Bu durumda davacının ıslah yoluna başvurmakta hukuki yararı yoktur. Bkz. ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1515. Talep sonucunun ıslah yoluyla daraltılmayacağına dair ayrıca bkz. UMAR, s. 400; ALANGOYA/YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 274; PEKCANİTEZ, **Pekcanitez Usûl**, s. 1514, 1517; ÖZEKES/BULUT, s. 710 dn. 39; BULUT, **Talep Sonucu**, s. 30. *Kuru* ise kısmen ıslah yapılarak talep sonucunun daraltılabileceği görüşündedir. KURU, **El Kitabı C. II**, s. 1208. Aynı yönde bkz. MERİÇ, **Tasarraf**, s. 136.

146 ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 158; YILMAZ, **Islah**, s. 309 vd.; ÖZEKES, **Pekcanitez Usûl**, s. 1515; KARSLI, s. 657; ATALI/ERMENEK/ERDOĞAN, s. 408; ASLAN, s. 508-509.

147 YILMAZ, **Islah**, s. 309 vd.; AKYOL ASLAN, **Feragat**, s. 129-131; BULUT, **Talep Sonucu**, s. 20; AKİL, **İddianın Daraltılması**, s. 53; DURAN, s. 119. Yargıtay, davacının talep sonucunu miktar olarak daraltmasını kısmî feragat olarak yorumlamıştır. Y. 7. HD, 07.04.2014, E. 27378, K. 7482 (Kazancı ve BULUT, **Talep Sonucu**, s. 29). Y. HGK 22.01.2016, E. 17161, K. 73; Y. 7. HD, 14.05.2015, E. 3087, K. 9063, Y. 13. HD, 26.03.2012, E. 6887, K. 8246 (ÖZEKES/BULUT, s. 710 dn. 39). "[...] 6100 sayılı HMK'nın 176/1. maddesine (HUMK' un 83. maddesi) göre, "tarafardan her biri yapmış olduğu usul işlemlerini kısmen veya tamamen ıslah edebilir." Davacının beyanı bir usul işlemi olmayıp maddi hukuka taalluk eden kısmi feragattir. Doktrinde



durumda feragatin hüküm ifade etmesi, karşı tarafın ve mahkemenin muvafakatine bağlı olmaz (HMK m. 309, II).

Davacının talep sonucunu daraltması, talep sonucundaki taleplerinin birinden ya da birden fazlasından vazgeçmesi şeklinde de olabilir¹⁴⁸. Örneğin, davacı ödenmeyen kira bedellerinin tahsili ve tahliye için ikame ettiği davada talebini yalnızca tahliye olarak daraltabilir. Davacının talep sonucunda yaptığı bu daraltma da yasak kapsamında değerlendirilemez¹⁴⁹. Zira HMK m. 141’de talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasaklanmıştır. Burada ise birden fazla talep sonucundan bazılarında vazgeçilmesi, yani talep sonucunun daraltılması söz konusudur. Bu durum da talep sonucunda gerçekleşen bir değişiklik olarak ifade edilebilirse de iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının amaçlarından biri¹⁵⁰, iddianın sonradan yapılacak değişikliklerle davalının durumunu daha aleyhe bir duruma sokmamaktır. Talep sonucunun bu şekilde daraltılmasında ise davalının durumunu zorlaştıran değil, kolaylaştıran bir nitelik söz konusudur. Zira davacı, taleplerinin bir kısmından vazgeçerek davalıya karşı daha az talepte bulunmuş olur¹⁵¹.

Dolayısıyla bu durumda talep sonucunun miktar olarak azaltılmasında olduğu gibi ıslaha başvurmakta hukukî yarar yoktur. Talep sonucundaki

*buna talep sonucunun daraltılması da denilmektedir. Davacının talep sonucunu azaltması davayı genişletme ya da değiştirme sayılmaz. Tam veya kısmi feragat için karşı tarafın iznine ve ayrıca bunun için ıslah yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Davacı talebini 7.350,00 TL olarak belirterek talebini küçültmüştür. O halde, mahkemece, davacının kısmi feragat niteliğindeki beyanı dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir [...]” Y. 13. HD, 30.06.2020, E. 2017/4147, K. 2020/5500 (<https://karararama.yargitay.gov.tr> ve AKİL, **İddianın Daraltılması**, s. 54). Öğretide feragat beyanının açık olması gerektiğinden ve HMK m. 109, III hükmünden hareketle davacının talep sonucunu azaltmasının kısmî feragat olarak yorumlanmaması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. BULUT, **Talep Sonucu**, s. 33-34; AKİL, **İddianın Daraltılması**, s. 54.*

148 YILMAZ, **Islah**, s. 316; BULUT, **Davaların Yığılması**, s. 362 vd.

149 ÜSTÜNDAĞ, **Yasak**, s. 157; TANRIVER, s. 696; YILMAZ, **Islah**, s. 316; BULUT, **Davaların Yığılması**, s. 362 vd.

150 İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı uyarınca, uyumsuzluk konusu iddialar, taraflarca belirli bir usûl kesiti içerisinde mahkemeye sunulurken hukuk güvenliği sağlanmış olur. Yine bu yasak sayesinde, taraflar iddia ve savunmalarını mahkemeye sunarken daha özenli davranırlar. Bu durum, yargılamanın hızlı işlemesine, tarafların ve hâkimin yargılamayı ilerletme yükümlülüğünü yerine getirmesine ve usûl ekonomisine hizmet eder. Bkz. HEUSSER, s. 4; ÜSTÜNDAĞ, s. 5-7; MERİÇ, Nedim, “Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar”, **MİHDER**, C. 9, S. 26, 2013/3, s. 57-81, s. 58.

151 WALTHER, Richard, **Klageänderung und Klagerücknahme**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1969, s. 76; TANRIVER, s. 696; YILMAZ, **Islah**, s. 316; BULUT, **Talep Sonucu**, s. 19.



taleplerin sayısının azaltılmasında şartların mevcudiyetine göre davadan kısmî feragat veya davanın kısmen geri alınması gündeme gelir¹⁵².

Nihayet davacı talep sonucunu içerik itibariyle daraltabilir. Bu duruma örnek olarak edim talebinin tespit talebine, mirasta iade talebinin tenkis talebine, alacağın ödenmesine dair talebin tevdi talebine dönüşmesi gösterilebilir¹⁵³. Dava konusunun içerik itibariyle daraltıldığı bu tür durumlarda, talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağının geçerli olup olmadığı tartışılmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre, talep sonucunun içerik olarak daraltıldığı bu gibi durumlar, yasak kapsamında olmalıdır. Zira davacı talep sonucunu içerik olarak daralttığına, davalı yeni talep karşısında yeni bir savunma hazırlaması gerektiğinden daha aleyhe bir durumla karşılaşmış olur¹⁵⁴. Dolayısıyla örneğin, mirasta iade olan talep sonucu tenkise dönüştürülürse, bu durum yasak kapsamında olmalıdır¹⁵⁵.

Öğretideki diğer bir görüş ise, talep sonucunun daraltılması bakımından talep sonucunun miktar olarak azaltılması, taleplerden birinden vazgeçilmesi ve içerik bakımından daraltılması gibi ayırım yapmamıştır. Bu görüş talep sonucunun içerik olarak daraltıldığı edim talebinin tespit talebine dönüştürülmesi veya mirasta iade talebinin tenkis talebine dönüştürülmesinin talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı kapsamında olmadığını savunmaktadır¹⁵⁶.

Talep sonucunun içerik olarak daraltıldığı durumlarda yasağın söz konusu olup olmayacağı konusunda Yargıtay'ın farklı kararları vardır. Davacının mirasta iade talebini tenkis talebi olarak değiştirmesi durumunda Yargıtay, bazı kararlarında ıslaha gerek görmüş¹⁵⁷ bazılarında

152 YILMAZ, *Islah*, s. 316.

153 Bu konuya dair bkz. Bkz., HEUSSER, s. 12; MEYER, Hans Rudolf, *Die Klageänderung nach Solothurnischem Zivilprozessrecht*, Diss., Bern, 1956, s. 29; BINKERT, Leo, *Die Klage- und Parteiänderung im aargauischen Zivilprozessrecht*, Freiburg, 1950, s. 20; ÜSTÜNDAĞ, *Yasak*, s. 159; KURU, C. II, s. 1703; YILMAZ, *Islah*, s. 318.

154 YILMAZ, *Islah*, s. 319. Diğer bir görüşe göre ise, talep sonucunun daralması, içerik itibariyle değişmesi anlamına geliyorsa, bu husus yasak kapsamında olmalıdır. AKİL, *İddianın Daraltılması*, s. 51.

155 YILMAZ, *Islah*, s. 319. Zira mirasta iade davasında davacı tarafından mirasçılardan, miras bırakandan miras paylarına mahsuben elde ettikleri sağlar arası karşılıksız kazandırmaların, denkleştirmeyi sağlamak için terekeye geri verilmesi (TMK m. 669); tenkis davasında ise saklı pay sahibi mirasçılardan saklı paylarına tecavüz eden kısmın iadesi talep edilmektedir (TMK m. 508). Bkz., BUDAK/KARAASLAN, s. 222.

156 KURU, C. II, s. 1703.

157 Y. 2. HD, 20.12.1979, E. 9094, K. 9341 (YHD 1980/1, s. 106-17; YILMAZ, *Islah*, s. 320):



ise yasak kapsamında değerlendirmeyerek ıslaha gerek görmemiřtir¹⁵⁸. Yargıtay, dünyaca tanınmış marka sayılma talebinin Türkiye’de tanınmış marka olarak daraltılmasının ıslahla mümkün olduğuna hükmetmiřtir¹⁵⁹. Yine Yargıtay, tahliye ve kira alacağının tahsili talebinin kira bedelinin tespiti talebine ıslahla daraltılabileceğine hükmetmiřtir¹⁶⁰. Öte yandan Yargıtay, muvazaa nedeniyle açılan ve terekeye döndürülmesinin tereke adına istendiği muvazaa davasının, pay oranında iptal ve tescile dönüştürülmesi talebi için ıslaha gerek olmadığına karar vermiřtir¹⁶¹.

Kanaatimizce davacının yukarıda sayılan durumlara benzer şekilde talep sonucunu daraltması durumunun, talep sonucunun miktar olarak azaltıldığı durumlardan ayrılması gerekir. şöyle ki, talep sonucu içerik itibariyle daraltıldığında aslında talep sonucu değişikliği söz konusudur. Bu durum HMK m. 141 anlamında yasak teşkil eder¹⁶². Zira anılan hükümde dilekçeler teatisinden sonra iddianın değiştirilmesi yasak kapsamındadır. Bu durumda davacı söz konusu değişikliği ıslahla veya karşı tarafın açık muvafakati ile yapabilir.

SONUÇ

Davacının talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi kural olarak, cevaba cevap dilekçesi sunma süresi sona erdikten sonra yasaktır. Davalının cevap dilekçesi sunmaması durumunda ise dilekçeler teatisi sona ereceğinden, davacı bakımından talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı dava dilekçesinin verilmesi ile başlamış olur.

Talep sonucunun genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı, hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile aşılamaz. Hâkim sadece talep sonucunda bulunan belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi giderebilir; bunun dışında uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesine veya dava temelinin değişmesine neden olacak bir aydınlatma yapamaz. Zira hâkim tarafsız bir konumda olmalıdır, tarafın talep etmemesine rağmen ona çeşitli şekillerde yol göstermek, hâkimin reddi sebebi teşkil eder.

158 “[...] Oysa tenkis isteği müddeabihin arttırılması niteliğinde kabul edilemez. Çünkü çoğun içerisinde azım da bulunduğu kuralı göz önünde tutulursa muvazaa isteklerinin tenkise dönüştürülmesinde usûl ve yasaya aykırı bir yön yoktur. [...]”, Y. 1. HD, 28.12.1987, E. 10273, K. 13038 (YKD 1988/4, s. 470-471; KURU, C. II, s. 1703-1704); Y. 2. HD, 27.02.1979, E. 1483, K. 1617 (ABD 1979/3, s. 79; KURU, C. II, s. 1703).

159 Y. 11. HD 02.03.1999, E. 1999/1154, K. 1999/1718 (YILMAZ, *Islah*, s. 320-321; AKİL, *İddianın Daraltılması*, s. 51 dn. 19).

160 Y. 3. HD, 26.04.2005, E. 2005/4390, K. 2005/4612 (YILMAZ, *Islah*, s. 321; AKİL, *İddianın Daraltılması*, s. 52 dn. 20).

161 Y. 1. HD, 26.06.2000, E. 8666, K. 8548 (YILMAZ, *Islah*, s. 321-322).

162 ASLAN, s. 514.

Davacının dilekçeler teatisinden sonra iradesi söz konusu olmaksızın ortaya çıkmış vakialara dayalı olarak talep sonucunu genişletmesi veya değiştirmesi serbest olmalıdır. Yargıtay ise bu konuda tarafın iradesi olup olmadığını incelemeksizin talep sonucu değişikliğinin ancak ıslahla veya karşı tarafın muvafakati ile yapılabileceğine hükmetmektedir.

Davacı dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra ıslahla talep sonucunu miktar olarak artırabilir. Davacının ıslah yoluyla faiz talep ederek de talep sonucunu artırması mümkündür. Öte yandan davacı, dava açarken faiz talep edip talep sonucunu artırırken faiz talep etmiyorsa, davacı lehine artan miktar bakımından faize hükmedilmemesi gerekir. Bu durum, ıslahın amacı, etkisi ve taleple bağlılık ilkesinin gereğidir. Ancak 2019 yılında bu konuya dair verilen İçtihadı Birleştirme Kararına göre, ıslahla artırılan miktar bakımından da dava dilekçesindeki faiz talebine bağlı olarak faize hükmedilmesi gerekir.

Davacı dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra talep sonucuna ıslahla ek bir talep de ekleyebilir. Zira Kanun'da iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını aşma yolu olarak düzenlenen HMK m. 141'de bu konuda bir sınırlama bulunmamaktadır. Yargıtay'ın ise bu kabulün aksi yönünde kararları mevcuttur. Davacının dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra talep sonucunu ıslahla değiştirmesi konusunda da Yargıtay'ın Kanun'a uygun olmayan bir yaklaşımı bulunmaktadır. Şöyle ki Yargıtay, dava açılırken ileri sürülen talep sonucu ile değiştirilmek istenen talep sonucu arasında bağlantı olmasını aramaktadır. Oysaki HMK m. 180'de bu konuda bir sınırlama olmadığı gibi ıslahın iddianın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını aşma yolu olarak düzenlendiği HMK m. 141'de de bir sınırlama yoktur.

Davacı dilekçeler teatisi tamamlandıktan talep sonucunu karşı tarafın açık muvafakati ile de aşabilir. Bu muvafakat, tahkikat sona erinceye kadar verilebilir. Sözlü yargılamanın niteliği ve sözlü yargılamada yapılan usûl işlemleri dikkate alındığında, açık muvafakatin bu aşamada verilemeyeceği sonucuna varmak gerekir.

Taleple bağlılık ilkesinin geçerli olmadığı hâllerde, dilekçeler teatisi tamamlandıktan sonra da talep sonucu serbestçe değiştirilebilir. Talep sonucunun miktar olarak daraltılması halinde de yasak söz konusu değildir. Bununla birlikte talep sonucu içerik olarak daraltılıyorsa, bu durum bir talep sonucu değişikliği teşkil edeceğinden yasak söz konusu olmalıdır.



KAYNAKLAR

- AKSOY, Elif: “Objektif Dava Birleşmesi”, **TBBĐ**, 2015, S. 117, s. 201-232.
- ALANGOYA, H. Yavuz: **Medenî Usûl Hukukunda Vakıa ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1979.
- ALANGOYA, H. Yavuz/YILDIRIM, M. Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis: **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. B., İstanbul, Beta Yayınları, 2009.
- AKİL, Cenk: “Medeni Yargıda İddianın Daraltılması ve Bu Nedenle Ortaya Çıkan Sorunlar”, **TAAD**, Yıl: 12, S. 47, Temmuz 2021, s. 47-56 (İddianın Daraltılması).
- AKİL, Cenk: “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Muhakeme Hukuku Bağlamında Faize İlişkin Bazı Meseleler”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/2, s. 67-107.
- AKKAYA, Tolga: **Medenî Usûl Hukukunda İstinaf**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.
- AKYOL ASLAN, Leyla: **Medenî Usûl Hukukunda Cevap Dilekçesi Verilmemesinin Sonuçları**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019
- AKYOL ASLAN, Leyla: **Medenî Usûl Hukukunda Davadan Feragat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2010 (Feragat).
- ANSAY, Sabri şakir: **Hukuk Yargılama Usûlleri**, 7. B., Ankara, Güzel Sanatlar Matbaası, 1960.
- ANSAY, Sabri şakir: “İslah”, **AÜHFD**, C. VII, S. 1- 2, 1950, s. 122-129.
- ARSLAN, Ramazan: “Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, **Ankara Barosu Dergisi**, 1988/5-6, s. 722 vd.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel: **Medenî Usûl Hukuku**, 6. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- ASLAN, Kudret: **Medenî Usul Hukukunda Davanın Geri Alınması**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- ASSMANN, Dorothea: **Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Aufl, De Gruyter Verlag, 2014, P. 263.
- ATALI, Murat: **Medeni Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014 (Aleyhe Bozma).



ATALI, Murat: “İslah Yoluyla İleri Sürülen Talep Bakımından Zamaşımının Kesildiği Tarih”, **DEÜHFD**, 2009, Özel Sayı, Bilge Umar’a Armağan, C. I, İzmir, 2010, s. 115-127 (İslah).

ATALI, Murat: “Usûlî Müktesep Hak Kavramı ve Bozma Kararının Bağlayıcılığı”, **Yargıtay Dergisi**, C. 44, S. 3, Temmuz 2018, s. 1-46.

ATALI, Murat/ERMENEK, İbrahim/ERDOĞAN, Ersin: **Medenî Usûl Hukuku**, 3. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

BELGESAY, Mustafa Reşit: **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku**, C. II, 1. Fasikül, İstanbul, Üniversite Kitabevi, 1945.

BERKİN, M. Necmeddin: **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1981.

BİLGE, Necip/ÖNEN, Ergun: **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. B., Ankara, Sevinç Matbaası, 1978.

BOLAYIR, Nur: **Hukuk Yargılamaında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

BÖRÜ, Levent: **Dava Konusunun Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.

BRÖNNIMANN, Jürgen: “Die Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19.12.2008- ein Überblick”, **Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis**, s. 79-99.

BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol: **Medenî Usûl Hukuku**, 5. B. İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

BULUT, Uğur: **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması (Objektif Dava Birleşmesi)**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017 (Davaların Yığılması).

BULUT, Uğur: “İslah Yoluyla Talep Sonucunun Daraltıl(ama)ması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Mayıs 2018, s. 15-43 (Talep Sonucu).

DEREN-YILDIRIM, Nevhis: “Teksif İlkesi Açısından İstinaf”, **İstinaf Mahkemeleri Uluslararası Toplantı**, Ankara, TBB Yayınları, 2003, s. 267-284.

DEYNEKLİ, Adnan: **Medenî Usûl Hukukunda İslah**, Ankara, Bilge Yayınevi, 2013.

DİRENİSA, Efe: **Medenî Yargılamada Ön İnceleme Aşaması**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

DURAN, Osman : **Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2020.

EICKELMANN, Sarah: **Hausleiter, FamFG**, 2. Aufl., 2017.



ERCAN, İbrahim : “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, **SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı**, C. 4, S. 2, 2014, s. 249-269.

ERCAN ÖZLER, Meltem: **Medenî Usûl Hukuku’nda Dava Konusu**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

ERDOĞAN, Ersin/KORKMAZ Cansu: “Yargıtayca Verilen Bozma yahut Bölge Adliye Mahkemelerince Verilen Gönderme Kararlarından Sonra İslah Yapılıp Yapılamayacağı Sorunu”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, 2016/2, s. 249-290.

ERDÖNMEZ, Güray: **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 15. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

FOERSTE, Ulrich: **Musielak/Voit Zivilprozessordnung Kommentar**, 16. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2019.

GALLI, Andreas: “Veränderungen im erstinstanzlichen Zivilverfahren”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, 21-22/2010, s. 81-149.

GETHMANN, Alfons: **Der Begriff der Sachdienlichkeit im Rahmen des P. 264 ZPO**, Diss., Heidelberg, 1975.

GÖKSU, Mustafa: “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, **Do. Dr. Haluk Konuralp Anısına Armağan**, C. I, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009, s. 323-350.

GÖRGÜN, L. şanal/BÖRÜ,Levent/TORAMAN,Barış/KODAKOĞLU, Mehmet: **Medenî Usûl Hukuku**, 9. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

GÖZÜTOK, Zeki: **Hukuk Davalarında İstinaf ve Temyiz Uygulama Rehberi**, 2. Bs., Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.

GÜNDÜZ, Okan: “İslahla Dava Değerinin Artırılması Sonucunda Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi**, S. 1, 2017, s. 193-214.

GÜRDOĞAN, Burhan: “Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri”, **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, Ankara, 1977, s. 205-218.

HABSCHIED, Walther J.: **Schweizerisches Zivilprozess und Gerichtsorganisationsrecht**, 2.Aufl., Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 1990.

HANAĞASI, Emel: **Davada Menfaat**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2009.

KARAASLAN, Varol: **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, 2. B., Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

KARAFAKİH, İsmail Hakkı: **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1952.

KARSLI, Abdurrahim: **Medenî Muhakeme Hukuku**, 5. B., İstanbul, Filiz Kitabevi, 2020.

KARSLI, Abdurrahim/KOÇ, Evren/KONURALP, Cengiz Serhat: **Hukuk Muhakemeleri Kanununda Problemler Konular**, İstanbul, Alternatif Yayıncılık, 2014.

KLINGLER, Rafael: **Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung**, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2010.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, 25. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

KURU, Baki: **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, C. II, C. IV, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001 (C. II; C. IV).

KURU, Baki: **Medenî Usûl Hukuku El Kitabı**, C. I, C. II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020 (El Kitabı).

MERİÇ, Nedim: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, DEÜHFD Özel Sayı**, C. 11 (2009), İzmir, 2010, s. 377-424 .

MERİÇ, Nedim: **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara, Yetkin Yayınevi, 2011 (Tasarruf).

MERİÇ, Nedim: “Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar”, **MİHDER**, C. 9, S. 26, 2013/3, s. 57-81.

MEYER, Hans Rudolf: **Die Klageänderung nach Solothurnischem Zivilprozessrecht**, Diss., Bern, 1956.

MUSIELAK, Hans-Joachim: **Münchener Kommentar zur ZPO**, 6. Aufl., 2020.

ÖZEKES, Muhammet: “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, 2014, Basım Yılı: 2015, s. 263-300 (Eksiklik).

ÖZEKES, Muhammet: **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. B., İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Pekcanitez Usûl).

ÖZEKES, Muhammet/BULUT, Uğur: “Kısmî ve Belirsiz Alacak Taleplerinde İslah Sorunu (Bir HGK Kararı Işığında İnceleme)”, **MİHDER**, C. 13, S. 38, 2017/3, s. 635-718.



ÖZTEK, Selçuk/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/KALE, Serdar: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifi’nin Değerlendirilmesi”, **TBBĐ**, 2020, S. 149, s. 77-152.

ÖZKAYA-FERENDECI, Hamide Özden: “Davalının Cevap Dilekçesi Vermemesi Halinde M. 128’in Uygulanması ve Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Arayışları”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, s. 258-269.

ÖZKAYA-FERENDECI, Hamide Özden: **Alman Hukuku’ndaki Örneği ile Sözlülük İlkesi**, İstanbul, Beta Yayınları, 2019.

ÖZKAYA-FERENDECI, Hamide Özden: **Kesin Hükümün Objektif Sınırları**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2009.

ÖZTEK, Selçuk: **Türk Medeni Yargılama Hukukunda İstinaf ve Temyiz**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

ÖZTÜRK, Ali: **Aile Hukukunda Ayrılık**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015

PAHUD, Eric: **Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar**, Alexander Brunner, Dominik Gasser, Ivo Schwander, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen, Dike Verlag, 2016.

PAULUS, Christoph G.: **Zivilprozessrecht, Erkenntnisverfahren, Zwangsvollstreckung und Europäisches Zivilprozessrecht**, 6. Aufl., Berlin, Springer Verlag, 2016

PEKCANITEZ, Hakan: **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011 (Belirsiz Alacak)

PEKCANITEZ, Hakan: **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. II, 15. B, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017 (Pekcanitez Usûl).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin (2020) Değerlendirilmesi”, **Lexpera Blog**, 2020 (Teklif).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet: “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair 7251 Sayılı Kanun Hakkında Değerlendirme”, **TBBĐ**, S. 150, 2020, s. 247-299 (7251).

POSTACIOĞLU, İlhan E. : **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. B., İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1975.

POSTACIOĞLU, İlhan E./ALTAY, Sümer : **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 7. B., İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2015.



ROSENBERG, Leo/SCHWAB Karl Heinz/GOTTWALD, Peter: **Zivilprozessrecht**, 18. Aufl., München, Verlag C. H. Beck, 2018.

SİMİL, Cemil: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, **Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan**, 2014, Basım Yılı: 2015, s. 1351-1376 (Aydınlatma).

SİMİL, Cemil: **Belirsiz Alacak Davası**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013 (Belirsiz Alacak).

SİMİL, Cemil: “Yargıtay Kararları Işığında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava ile İlgili Sorunlar”, **Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukunun Güncel Sorunları II**, Ed.: Muhammet Özekes, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 93-116 (Sorunlar).

SİVRİHİSARLI, Ömer: **Hukuk Yargılamasında Maddî Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, Doktora Tezi, İÜHF Yayınları, İstanbul, 1978

TAHİROĞLU, Fatih: **Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021

TANRIVER, Süha: **Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 3. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.

TERCAN, Erdal: “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi”, **MİHDER**, C. 7, S. 18, 2011, s. 1-56.

TUTUMLU, Mehmet Akif: **Kuram ve Uygulama Işığında Medeni Usul Hukukunda Islah**, 3. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.

TUTUMLU, Mehmet Akif: “Islah ile Faiz Talebinde Bulunulması ve Kısmi Islahta Faizin İşleyeceği Tarih ile İlgili İçtihatlarda Yeni Gelişmeler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C. 12, S.128, Nisan 2017, s. 184-191 (Faiz)

ULUKAPI, Ömer: **Medenî Usûl Hukuku**, Konya, Mimoza Yayıncılık, 2015 (Usûl).

ULUKAPI, Ömer: “Yargıtay Kararları Işığında Medenî Usûl Hukukunda Yargılamaya Hâkim Olan İlkelere Tarafarla Hazırlama İlkesi”, **SÜHFD**, 1998, 1-2, **Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan**, s. 713-732.

UMAR, Bilge: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: **İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1967 (Yasak).



ÜSTÜNDAĞ, Saim: **Medenî Yargılama Hukuku**, 7. B., İstanbul, Nesil Matbaacılık, 2000 (Yargılama).

WALTHER, Richard: **Klageänderung und Klagerücknahme**, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1969.

YILDIRIM, M. Kâmil: “Medeni Usul Hukukunda Dava Konusu Teorileri”, **MÜHF-HAD**, 1991/1-3, s. 23-50.

YILMAZ, Ejder: **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, C.II, C. III, 4. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021 (Şerh).

YILMAZ, Ejder: **Islah**, 5. B., Ankara, Yetkin Yayınları, 2021 (Islah).



ATANMIŞ MİRASÇILIK BELGESİ VE VASİYET ALACAKLISI BELGESİ

(*Appointed Heir Certificate and Legatee Certificate*)

Dr. Furkan OLGAÇ¹

ÖZ

Türk hukukunda düzenlenen maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasında en sık tercih edilenler, mirasçı atama ve belirli mal bırakma (vasiyet) olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak zaman içerisinde söz konusu tasarruf lehdarlarının, ölüme bağlı tasarrufa dayalı haklarını ortaya koyabilmeleri ile bu haklarını üçüncü kişilere karşı ileri sürebilmeleri ve ispat edebilmeleri için, hakkın dayanağını teşkil eden şekli anlamda ölüme bağlı tasarrufun yanında bazı belgelerin düzenlenmesi ihtiyacı oluşmuştur. İşte çalışmanın konusunu oluşturan atanmış mirasçılık belgesi ve vasiyet alacaklısı belgesi, ölüme bağlı tasarruf lehdarlarının muhtemel hak kayıplarını önlemek ve ispat kolaylığı sağlamak amacıyla hukuk düzenlerinde öngörülen çözümlerdendir. Eldeki çalışmada, bahse konu mirasçı atama ve belirli mal bırakma (vasiyet) kavramları açıklandıktan sonra, bu iki belgenin fonksiyonu irdelenmiş ve atanmış mirasçılık belgesi ve vasiyet alacaklısı belgesinin düzenlenme usullerine ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Ölüme bağlı tasarruf, mirasçı atama, belirli mal bırakma, atanmış mirasçılık belgesi, vasiyet alacaklısı belgesi.

ABSTRACT

The most preferred ones among the death-related dispositions in the material sense regulated in Turkish law are the appointment of heirs and leaving certain property (testament). However, over time, in order for the beneficiaries of the aforementioned disposition to demonstrate their rights based on testamentary disposition and to assert and prove these rights against third parties, it has become necessary to arrange some documents in addition to the testamentary disposition in the formal sense constituting the basis of the right. Here, the appointed heir certificate

1 Hâkim, Balıkesir Adliyesi, e-posta: olgacfurkan@gmail.com, ORCID ID: 0000-0003-4155-925X

and the legatee certificate, which are the subject of the study, are among the solutions foreseen in the legal systems in order to prevent possible loss of rights of the beneficiaries of death-related savings and to provide ease of proof. In the present study, after the concepts of appointing heir and leaving certain property (testament) are explained, the functions of these two documents are examined and explanations are given about the issuance of the appointed heir certificate and the legatee certificate.

Keywords: Testamentary disposition, Appointed Heir, Legatee, Appointed Heir Certificate, Legatee Certificate

GİRİŞ

Kanun koyucu, yasal veya atanmış mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına, söz konusu sıfatlarını ortaya koyan resmî bir belge düzenlenmesini talep hakkı tanımıştır. Buna göre 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu² (TMK) md.598'de sulh hukuk mahkemesi veya noterlik tarafından, başvuru üzerine yasal mirasçı oldukları saptanan kişilere mirasçılık sıfatlarını gösteren bir belge verileceği; mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye sulh hukuk mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verileceği; mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği ve ölüme bağlı tasarrufun iptaline ilişkin dava hakkının saklı olduğuna ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Keza Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük³ (VVMT) md.36/8'de aynı yönde bir hüküm mevcuttur.

Çalışma konusuna ilişkin 743 sayılı mülga Türk Kanunu Medenîsi⁴ md.538'de de *“Vasiyetnamede mirasçı nasbedilmiş olup ta hakları kanuni mirasçılar yahut tarihi mukaddem bir tasarruf ile lehlerine teberru vaki olanlar tarafından sarahaten itiraza uğramayan kimseler, tebliğ tarihinden itibaren bir ay geçtikten sonra mirasçılık sıfatları hakkında ellerine resmî bir vesika verilmesini, sulh hâkiminden isteyebilirler. Her nevi butlan ve miras sebebi ile istihkak davaları hakkı mahfuzdur.”* biçiminde benzer mahiyette bir düzenleme söz konusuydu. Ancak kanun hükmünün lafzı gereğince madde, yalnızca atanmış mirasçılar yönünden mirasçılık belgesi

2 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı RG.

3 10.08.2003 tarih ve 25195 sayılı RG.

4 04.04.1926 tarih ve 339 sayılı RG.

talep edilmesi ve tanzimi hususunu düzenlemektedir. Buna rağmen yargı uygulamasında, en fazla yasal mirasçılar için mirasçılık belgesi verilmekteydi. Sonraki dönemlerde hâsıl olan ihtiyaçlar sebebiyle açıkça yasal mirasçılar ve vasiyet lehdarları için de hak sahipliğini ortaya koyan bir belge düzenlenmesi imkânı getirilmiştir⁵.

I. ATANMIŞ MİRASÇI VE VASİYET ALACAKLISI KAVRAMLARI

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufların muhteviyatını oluşturan, mirasbırakanın ölümünden sonra geçerli olmasını talep ettiği emir, istek, dilek ve arzularıdır⁶. Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, kural olarak, Miras hukuku kitabı birinci kısım üçüncü ayırında ölüme bağlı tasarrufların çeşitleri başlığıyla TMK md.514 ila 530 arasında düzenlenmiştir. Ancak söz konusu maddeler haricinde örneğin cezai veya koruyucu mirastan çıkarma (TMK md.510-513), vasiyeti yerine getirme görevlisi tayin etme (TMK md.550 vd.) ya da evlilik dışı çocuğun tanınması (TMK md.295) gibi Miras hukuku

- 5 Bu hususta TMK md.598. madde gerekçesinde aynen “Yürürlükteki Kanununun 538 inci maddesini karşılamaktadır. Maddenin kaynak Kanundaki ve yürürlükteki kenar başlığı içeriğiyle uyumlu değildir. Bu nedenle bu kenar başlık “Malların itası” yerine, “Mirasçılık belgesi” şeklinde değiştirilmiştir. Yürürlükteki madde, kaynak Kanunda olduğu gibi, sadece atanmış mirasçılara mirasçılık belgesi verilmesini düzenlemiştir. Oysa uygulamada yasal mirasçılara mirasçılıklarını belirleyen belge verilmesi büyük bir gereksinim olarak görülmektedir. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasında yasal mirasçılara, ikinci fıkrasında ise, atanmış mirasçılara ve vasiyet alacaklılarına belge verilmesi düzenlenmiştir. (...)” açıklamalarına yer verilmiştir. Madde gerekçesi için bkz. EM Ali/SÖZEN Ayten/YILMAZ Zümra/KAÇAK Nazif, **Açıklamalı-Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu**, Ankara, 2002, s.770; KAÇAK Nazif, **Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku**, 1.Bası, Ankara, 2006, s.278-279; HELVACI İlhan, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu, C.3, Miras Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul, 2013, s.243; “<https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TBMM/d21/c073/tbmm21073011ss0723.pdf>” (Erişim Tarihi: 20.09.2021).
- 6 Maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufların türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. ESCHER Arnold, **Medeni Kanun Şerhi-Miras Hukuku**, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1949, s.207 vd.; TUOR Pierre, **İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı**, Birinci Kısım, Çev. Amil Artus, Ankara, 1956, s.386 vd.; DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku**, 13.Bası, İstanbul, 2019, s.137 vd.; İMRE Zahir/ERMAN, Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 14.Basım, İstanbul, 2018, s.121 vd.; SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkey, **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2018, s.360 vd.; İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ Hakan, **İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9.Baskı, Ankara, 2015, s.207 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 8.Bası, Ankara, 2018, s.139 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3.Bası, İstanbul, 1987, s.258 vd.; OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul, 1995, s.138 vd.; ANTALYA O.Gökhan/SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku**, 3.Baskı, İstanbul, 2015, s.229 vd.; EREN Fikret/YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, 2019, s.143 vd.; ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablolara ve Örneklerle)**, 7.Bası, Ankara, 2016, s.276 vd.; ŞENER Esat, **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu**, Ankara, 1991, s.764 vd.



kitabının farklı maddelerine ya da Medeni Kanun'un farklı kitaplarına serpiştirilmiş maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar mevcuttur. Ancak bahse konu maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar arasından en sık başvuru alanları, şüphesiz ki mirasçı atama (TMK md.516) ve belirli mal bırakmadır (vasiyet) (TMK md.517).

Mirasçı atama, kanundan kaynaklanan yasal mirasçılığın aksine, mirasbırakanın iradesine dayanmaktadır. Farklı bir söyleyişle atanmış mirasçı, mirasbırakanın, şekli anlamda ölüme bağlı tasarruf marifetiyle terekesinin tamamı veya kesirli bir oranı için hak sahibi kıldığı kimsedir⁷. Atanmış mirasçı, aynen yasal mirasçılar gibi, mirasın açılmasıyla birlikte mirasbırakanın küllî halefi olması sebebiyle mirası kendiliğinden ve doğrudan doğruya kazanır (TMK md.599/3). Buna karşın vasiyet (belirli mal bırakma) alacaklısı ise, mirasbırakanın, mirasçı olarak atamaksızın terekesi üzerinde mirasçılara karşı nispi hak oluşturduğu kişidir⁸.

Atanmış mirasçıdan farklı olarak vasiyet alacaklısı, mirasbırakanın cüzî halefi olduğundan, mirasbırakanın ölümüyle beraber kendiliğinden vasiyet konusu şey üzerinde hak kazanamaz. Vasiyet alacaklısı, yalnızca vasiyet borcunun yerine getirilmesine yönelik bir (şahsi) alacak hakkı elde etmektedir (TMK md.600/1). Bu alacak, tasarruftan aksi anlaşılmıyorsa vasiyet yükümlüsünün mirası kabul etmesi veya ret hakkının düşmesiyle muaccel olur (TMK md.600/2). Vasiyet alacaklısı, yükümlülüğünü yerine getirmeyen vasiyet yükümlüsüne karşı, vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini; vasiyet konusu bir davranış ise, bunun yerine getirilmemesinden doğan zararın giderilmesini dava edebilir (TMK md.600/3). Bunun yanında TMK md.601/2 hükmü ise saklıdır.

II. ATANMIŞ MİRASÇILIK BELGESİ VE VASİYET ALACAKLISI BELGESİNİN AMAÇ VE FONKSİYONU

Bu noktada çalışma dâhilindeki atanmış mirasçılık belgesi ve vasiyet alacaklısı belgesinin maksat ve işlevinin izah edilmesi faydalı olacaktır. Atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi marifetiyle ilgili hak sahiplerinin söz konusu sıfatlarının tespit edilerek alenileştirilmesi; tereke üzerinde hak sahipliği iddialarını ispat kolaylığı tanınmakla tereke mallarına ilişkin tasarruflarda bu kimsenin tasarruf yetkisini haiz bulunduğu üçüncü kişiler nezdinde belirginleştirilmesi; tanzim

7 DURAL/ÖZ, s.141; İMRE/ERMAN, s.121; SEROZAN/ENGİN, s.360.

8 İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.224; ANTALYA/SAĞLAM, s.187; KILIÇOĞLU, s.145; EREN/YÜCEL AKTÜRK, s.146.

olunan kişilerin lehine bir karine oluşturulması; söz konusu sıfatlara itiraz edenler uyarılmak suretiyle aksini ortaya koymak için açacakları davalarda varlık ve geçerliliğine karşı çıkılacak somut bir belge tanzim edilmesi sağlanmak ve tereke mallarının tescil ya da tesliminden evvel terekeye dair uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde tasfiye edilmesi amaçlanmaktadır⁹.

Atanmış mirasçı da, aynen yasal mirasçı gibi mirası mirasbırakanın ölümü ile kendiliğinden kazanacağından, bu hususta ayrıca bir işlem yapmasına gerek yoktur. Nitekim vasiyet alacaklısından farklı olarak, doktrin ve uygulamada vasiyetnamenin tenfizi adı verilen ve esasen vasiyetnamenin usulünce açılıp okunduğu ve herhangi bir itiraza uğramadığı tespitini içeren davanın atanmış mirasçı tarafından açılmasında hukuki yarar bulunmamaktadır¹⁰. Zira mirasçı tayin edilen kimse, ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaksızın atanmış mirasçılık belgesi temin ederek mirasbırakandan intikal eden terekeye ulaşabilmektedir. Bununla birlikte Yargıtay bir kararında, atanmış mirasçılık belgesiyle tasarrufî işlem yapılana kadar, mirasbırakandan kalan taşınmazın yasal mirasçılık belgesiyle tapuda intikalen yasal mirasçılar adına tescilinin ortadan kaldırılması amacıyla açılan davanın, vasiyetnamenin tenfizi davası değil, esasen bir tapu iptali ve tescil davası olduğunu ifade etmiştir¹¹.

9 DURAL/ÖZ, s.400; İMRE/ERMAN, s.333; ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi**, C.2 (TMK md.575-639), İstanbul, 2020, s.340-341; ERİŞGİN Nuri, **Mirasçılık Belgesi**, Ankara, 2013, s.59 ve 96; KOCAĞA Köksal, **Mirasçılık Belgesi (MK md.598)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, Ankara, 2004, s.85-87; KURŞAT Zekeriya, **Terekenin Korunması Önlemleri**, İstanbul, 2010, s.257; İYLİKLİ Ahmet Cahit, **Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.5 S.9, Ankara, 2017, s.300; Y. HGK. 16.01.1985 tarih ve 1983/2 E. - 1985/375 K. (YKD., y.1985, C.11, S.7, s.965).

10 "Dava, vasiyetnamenin yerine getirilmesi istemine ilişkindir (TMK. m. 600). Mirasbırakan, davaya konu vasiyetnamesi ile mirasının tamamı için davacıyı mirasçı olarak atanmıştır. Diğer bir anlatımla, vasiyetname; belirli mal vasiyeti niteliğinde olmayıp, mirasçı atamaya ilişkindir (TMK. md. 516). (...) atanmış mirasçı olan davacı; TMK'nun 598 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca sulh hukuk mahkemesinden atanmış mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesi alarak aynı sonuca ulaşabileceğinden, vasiyetin yerine getirilmesi talebi ile işbu davayı açmasında hukuken korunmaya değer menfaati, diğer bir ifade ile hukuki yararı bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, bölge adliye mahkemesince; dava şartı olan hukuki yarar yokluğu nedeniyle ilk derece mahkemesinin kararının kaldırılmasına ve davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yanılıgılı değerlendirme ile yazılı şekilde yeniden esas hakkında karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir." Y. 3.HD. 12.03.2019 tarih ve 2017/14092 E. - 2019/1913 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 3.HD. 10.03.2016 tarih ve 2015/4043 E. - 2016/3592 K.; Y. 3.HD. 22.06.2020 tarih ve 2019/5335 E. - 2020/3236 K. vb. (UYAP).

11 "Davada dayanan vasiyetname ile asil ve birleşen dosyalar davacıları mirasbırakan tarafından sağlığında dava konusu taşınmaz için mirasçı olarak atanmıştır. (...) vasiyetnameye konu taşınmaz, mirasbırakan adına kayıtlı iken; 10.02.2011 tarihinde, yasal mirasçılık belgesi esas alınarak yasal mirasçılar adına intikal suretiyle tescil edilmiştir. Bu olgu ve dava dilekçesinde ileri sürülen açıklamalardan davacıların, vasiyetnameye konu taşınmazın mülkiyetini kötüniyetli olarak yasal



Bu cümleden olmak üzere atanmış mirasçılık belgesi, paya isabet eden tereke mallarının devralınması ve tasarrufu imkânını da sağlamaktadır. Zira taşınır veya taşınmazlara yönelik pek çok iş ve işlemde birçok merci, mirasçılık belgesinin ibrazını istemektedir. Atanmış mirasçının, söz konusu belge marifetiyle payı oranında terekeye dâhil olan taşınırın kendisine teslimini istemesi; tereke kapsamındaki taşınmazları adına intikal ettirmesi (2644 sayılı Tapu Kanunu¹² md.26, Tapu Sicil Tüzüğü¹³ md.20/1-a, Tapu Müdürlüklerince Düzenlenen Resmî Senetlere İlişkin Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁴ md.7), mirasbırakana ait aracı veya banka hesabındaki parayı devralması, atanmış mirasçılık belgesinin muhataplara ibrazı üzerine mümkün hale gelmektedir.

Böylelikle atanmış mirasçılık belgesi, aynen yasal mirasçılık belgesinde olduğu gibi, belgenin ibraz yoluyla hak sahibinin tereke kıymetleri üzerinde tasarruf etmesine dönük bir yetkilendirme belgesidir. Zira Kanunda öngörülen ayrık durumlar saklı kalmak üzere yasal ya da atanmış mirasçılar, mirasbırakanın aynî haklarını, alacaklarını ve diğer malvarlığı haklarını mirasın açılmasıyla birlikte kendiliğinden iktisap ettikleri gibi, mirasbırakanın taşınır ve taşınmazlar üzerindeki zilyetliklerini de doğrudan doğruya kazanırlar (TMK md.599/2). Yine yasal mirasçılar, atanmış mirasçılara düşen mirası onlara zilyetlik hükümleri uyarınca teslim etmekle yükümlüdürler (TMK md.599/3). İşte atanmış mirasçılık belgesi, hem atanmış mirasçının tespit ve teşhisini sağlama hem de atanmış mirasçıya tasarruf yetkisi tanıma fonksiyonu icra etmektedir. Bu doğrultuda atanmış mirasçı, söz konusu belgeyi dayanak göstererek terekedeki taşınmazların intikali (TMK md.705/2 uyarınca açıklayıcı tescil), para veya kıymetli evrak vb. değerlerin teslimi, terekedeki bir alacağın tahsili amacıyla dava veya icra takibi ikamesi gibi tasarrufi işlemleri gerçekleştirebilmektedir.

mirasçılara geçirildiğini ileri sürerek mevcut tapu kaydının iptalini talep ettiği anlaşılmaktadır. Açıklanan niteliği itibarıyla dava vasiyet alacaklısı tarafından şahsi hakka dayalı tapu iptal ve tescil davasıdır.” Y. 3.HD. 04.04.2017 tarih ve 2017/9864 E. - 2017/4557 K. (UYAP); Söz konusu olayda gerek ilk derece mahkemesi ve gerekse de Yargıtay kararında, mirasbırakan tarafından düzenlenen resmî vasiyetnameyle, asıl ve birleşen davacı vakıfların terekeye mirasçı olarak mı atandıkları yoksa dava konusu taşınmazın da dâhil olduğu bir kısım malvarlığı değerinin vasiyet mi edildiği tam olarak anlaşılamamaktadır. Şayet Yargıtay ilamında gösterildiği gibi, mirasbırakan tarafından yapılan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf, gerçekten de bir mirasçı atama ise, kanaatimizce de atanmış mirasçıların söz konusu davayı açmakta hukuki yararı bulunduğu açıktır. Bununla birlikte, kararın son cümlesinin aksine, bu halde talebin şahsi (nispi) değil, aynî (mutlak) hakka dayalı olduğu belirtilmelidir.

12 29.12.1934 tarih ve 2892 sayılı RG.

13 17.08.2013 tarih ve 28738 sayılı RG.

14 10.11.2009 tarih ve 27402 sayılı RG.

Öte yandan vasiyetnameye ilişkin koruma önlemleri arasında sulh hâkiminin, teslim edilen vasiyetnameyi derhâl incelemesinin ardından gerekli koruma önlemlerini alacağı; olanak varsa ilgilileri dinleyerek terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine veya resmen yönetilmesine karar vereceği açıkça düzenlenmiştir (TMK md.595/3). Atanmış mirasçılık belgesi düzenlenmesiyle birlikte, terekenin yasal mirasçılara geçici olarak teslimine yönelik tedbir de sonlanacağından terekenin, geçici olarak teslim alan yasal mirasçılarca atanmış mirasçıya teslimi lazımdır. Aksi halde atanmış mirasçının miras sebebiyle istihkak davası yoluyla terekeye kavuşması söz konusu olacaktır (TMK md.637). Mirasın resmen yönetilmesi ihtimalinde ise (TMK md.592), atanmış mirasçılık belgesini haiz hak sahibi, sulh hâkiminden tereke zilyetliğinin kendisine devrini isteyebilecektir¹⁵.

Madde esasen yasal ve atanmış mirasçılara verilecek mirasçılık belgesini düzenlediğinden madde başlığı da aynı içerikte bulunmakla beraber, vasiyet alacaklıları da lehdarı oldukları vasiyetnameye dayalı şekilde kendi hak sahipliklerini ispat eden bir belge verilmesini isteyebilecektir. Oysa belirli mal bırakma, vasiyet alacaklısına vasiyet konusu malın mülkiyet ve zilyetliğini kendiliğinden kazandırmayıp, yalnızca söz konusu tereke kıymetinin devri hususunda şahsi bir talep hakkı sunmaktadır (TMK md.600/1). Bu kapsamda vasiyet alacaklısı belgesi, atanmış mirasçılık belgesinin fonksiyonundan farklı olarak ibraz halinde vasiyet konusu mal üzerinde doğrudan doğruya tasarruf yetkisi tanımaz¹⁶. Farklı bir ifadeyle vasiyet alacaklısı belgesi yalnızca tespit ve teşhis fonksiyonu sağlamakta olup; hak sahibine ayrıca tasarrufi işlemlerde bulunma yetkisi vermez. Bu sebeptir ki vasiyet alacaklısı, söz konusu belgeyle doğrudan doğruya tapu memuruna başvurarak maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf konusu taşınmazın kendi adına devir ve tescilini isteyemez yahut vasiyeti oluşturan taşınır, hak veya alacağın salt bu belgenin ibrazı marifetiyle zilyetliğini edinemez. Dolayısıyla vasiyet alacaklısı belgesi, ilgisine ancak bahse konu vasiyetin yerine getirilmesine yönelik bir talep hakkı sunmaktadır. Vasiyet alacaklısının

15 KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.585; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.480, KOCAAĞA, s.98; İYİLİKLİ, s.300.

16 İMRE/ERMAN, s.335; ÇABRİ, s.342-343 ve 357-358; KURŞAT, s.328-329; KOCAAĞA, s.92-93; İYİLİKLİ, s.302-303; SEROZAN/ENGİN, vasiyet alacaklısı belgesinin gerçek anlamda bir "mirasçılık belgesi" olmayıp, vasiyet alacağını ispatlamaya yarayan resmi bir belge olduğunu; bununla birlikte TMK md.597 uyarınca kendisine tebliğ edildiğinden uhdesinde onaylı vasiyetname örneği bulunan vasiyet alacaklısının, bu sıfatını ispat için ayrıca bir "mirasçılık belgesi" adı altında başkaca bir belgeye ihtiyacı olmadığını belirtmektedir. SEROZAN/ENGİN, s.491; Aynı yönde bkz. ERİŞGİN, s.62-63.



ölüme bağlı tasarrufa dayalı şahsi hakkına kavuşabilmesi için, vasiyet borçlularınca iradi olarak ifa söz konusu olmadıkça, ilgili tereke kıymeti üzerinde tasarruf yetkisi tanıyan bir mahkeme hükmüne ihtiyacı bulunmaktadır.

Vasiyet lehdarı, vasiyet alacaklısı belgesini kullanarak maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufa konu tereke kıymetinin zilyetliğini kazanamayacağından, mirasçılar tarafından zilyetlik devredilmediği takdirde vasiyetnamenin tenfizi davası yoluyla yükümlülüğünü yerine getirmeyen vasiyet yükümlüsüne karşı, vasiyet edilen malın teslimini veya hakkın devrini isteyebilecektir (TMK md.600/3). Maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufun vasiyete ilişkin olması halinde, vasiyet lehdarının vasiyetnamenin tenfizini dava etmesinde elbette ki hukuki yararı olduğu tartışmadan uzaktır¹⁷.

III. ATANMIŞ MİRASÇILIK BELGESİ VE VASİYET ALACAKLISI BELGESİ DÜZENLENMESİNE İLİŞKİN USUL VE ESASLAR

A. Görev ve Yetki

Atanmış mirasçılık belgesi ve vasiyet alacaklısı belgesinin düzenlenmesinde ilk olarak görev ve yetki kuralları irdelenmelidir. Bu kapsamda mirasçılık belgesi, çekişmesiz yargı işi olup (6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹⁸ (HMK) md.382/1 ve 382/2-c-6); çekişmesiz yargı işlerinde de Kanunda aksine düzenleme bulunmayan hallerde görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir (HMK md.383). Kaldı ki ilgili fıkra çerçevesinde hak sahipliği belgesinin, sulh mahkemesince verileceği zaten açıkça hükme bağlanmıştır (TMK md.598/2).

Öte yandan her ne kadar mirasçılık belgesi yönünden sulh mahkemesinin yanında noterler de yetkili kılınmış ise de (1517 sayılı Noterlik Kanunu¹⁹ (NK) md.71/A-B-C), maddede bunun açıkça ve yalnızca yasal mirasçılık belgesi düzenlenmesiyle sınırlı olduğu öngörülmüştür (TMK md.598/1). Zira yasal mirasçılar bakımından

17 “Davada, vasiyetnamenin tenfizi talep edilmektedir. (...) Somut olayda, muris vasiyetnamede “T.C. hudutları dâhilinde sahibi bulunduğum taşınmazlarımdan 5000 m²lik kısmını torunum Hatice A...’ya vasiyet ediyorum” şeklinde beyanda bulunmuş, davacıyı mirasçı atamamış, malvarlığındaki 5000 m² lik taşınmazını davacı lehine vasiyet etmiştir. Diğer anlatım ile davacı atanmış mirasçı olmadığından davayı açmakta hukuki yararı vardır. Mahkemece, vasiyetname kapsamına göre deliller değerlendirilerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken yanılığılı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi isabetli bulunmamıştır.” Y. 3.HD. 02.04.2018 tarih ve 2018/1129 E. - 2018/3329 K. (UYAP).

18 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG.

19 05.02.1972 tarih ve 14090 sayılı RG.

mirasçılık belgesinin düzenlendiği 6217 sayılı Kanun md.19 ile değişik TMK md.598/1'de, mirasçılık belgesinin talep üzerine sulh hâkimi veya noter tarafından tanzim edilebileceği açıklanmış olsa da, TMK md.598/2'de atanmış mirasçılık ve vasiyet alacaklısı belgesinin yalnızca sulh hâkimince düzenlenebileceği açıkça ifade edilmiştir²⁰.

Kaldı ki, Mirasçılık Belgesi Verilmesi ve Terk Eden Eşin Ortak Konuta Davet Edilmesi İşlemlerinin Noterler Tarafından Yapılmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te (MBVY)²¹ kapsamın, nüfus kayıtlarının yeterli olduğu, yargılamanın gerekmediği veya talep edenin yabancı olmadığı hallerde mirasçılık belgesi verilmesi işleminin mahkemeler yanında noterliklerce yapılabilmesi ile sınırlı olduğu (md.2); noterce, başvuru üzerine nüfus kayıtlarını inceleyerek öncelikle ilgilinin yasal mirasçı olup olmadığını tespit ederek özel kanunlardaki usuller de dikkate alınarak ilgiliye, miras paylarını gösterir mirasçılık belgesi verileceği (md.4); nüfus kayıtlarının mirasçılık belgesi verilmesi konusunda yeterli olmaması, yabancılar tarafından talep edilmesi veya mirasçılık belgesi verilmesinin bilirkişi incelemesi yapılmasını, tanık dinlenmesini gerektirmesi ya da talebin yabancılık unsuru taşıması gibi yargılamayı gerektiren durumlarda, noterlerce mirasçılık belgesi verilemeyeceği (md.5) belirtilmiştir.

Söz konusu hak sahipliği belgelerinin, mirasçı atanan veya lehine vasiyette bulunulan kimse tarafından, öncelikle oturduğu yer sulh hukuk mahkemesinden talep edilmesi gerekir (HMK md.384)²². Ancak kesin

20 ERİŞGİN, s.73-74 ve 79; ÇABRİ, s.382-383; Noterlerin atanmış mirasçılık belgesi de tanzim edebilecekleri yönündeki aksi görüş için bkz. KURŞAT, s.589; KURŞAT Zekeriya, **Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme**, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s.589; ANTALYA/SAGLAM, s.408; KILIÇOĞLU, s.289; İYİLİKLİ, s.298; Noterlerin mirasçılık belgesi tanzim yetkisi hususunda görüşler için bkz. GÖKÇE Erdoğan, **Mirasçılık Belgesi Düzenleme Yetkisinin Noterlere Verilmesi Üzerine Görüşler**, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.5, İstanbul, 2011, s.235.

21 04.10.2011 tarih ve 28074 sayılı RG.

22 "Somut olayda; mirasbırakan Safiye N... tarafından A... Noterliği'nce düzenleme şeklinde yapılan 13.07.2006 tarih ve 1284 yeomiye sayılı vasiyetnamenin T... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 06.11.2014 tarih ve 2014/919 Esas - 2014/1091 Karar sayılı kararıyla açılıp okunduğu, şerhe göre kararın 27.04.2015 tarihinde kesinleştiğinin bildirildiği, vasiyetname içeriğinde "mirasbırakanın bütün malvarlığını davacıya bıraktığım" bildirildiği, böylece "mirasbırakanın vasiyetnamesindeki iradesinin mirasçı atamaya yönelik olduğu" anlaşılmakta olup, buna göre eldeki davanın atanmış mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin olduğu ve bu gibi istemlerin çekişmez yarguya tâbi işlerden bulunduğu, bu davada vasiyetnamenin tenfizi istenmediği gibi davanın da hasımsız olarak açıldığı gözetildiğinde uyumsuzluğun T... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince T... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin yargı yeri olarak belirlenmesine HMK'nın 23/1 ve 362/1-c maddesi uyarınca dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda kesin olmak üzere oy birliğiyle karar verildi." Samsun BÂM 2.HD. 22.02.2017 tarih ve 2017/107 E. - 2017/97 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. İzmir BAM 6.HD. 24.01.2018 tarih ve 2018/27 E. - 2018/126 K. (UYAP).



yetki söz konusu olmadığından, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı Türkiye'nin her yerinden talepte bulunabileceği için, atanmış mirasçılık belgesinin vasiyetnamenin açıldığı ya da tenfiz edildiği mahkemeden istenilmesi şeklinde bir zorunluluktan söz edilemez²³.

B. Taraflar

Atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi yönünden talep eden taraf, maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf neticesinde külli veya cüzi halefiyet yoluyla hak sahibi olan tasarruf lehdarının kendisidir. Eş söyleyişle hak sahipliği itiraza uğramayan atanmış mirasçı ya da vasiyet alacaklısı, talep eden taraf olarak dilekçede yer alacaktır. Bu kapsamda gerek gerçek gerekse de tüzel kişilerin, mirasçı atanma veya belirli mal bırakma şeklindeki maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufla hak sahibi kılınması mümkündür²⁴. Karşı taraf yönünde ise, kural olarak mirasçılık belgesi talebi çekişmesiz yargı işi niteliği taşıdığından (HMK md.382/2-c-6), ilgili talepler hasımsız olarak ikame edilebilir. Bu yüzden çekişmeli yargı işine gönderme yapan dava dilekçesi kavramı yerine, çekişmesiz yargı işi için söz konusu olan talep dilekçesi ifadesinin tercih edilmesi daha uygundur. Atanmış mirasçılık belgesi ve vasiyet alacaklısı belgesinin, zaten kanun gereği itiraza uğramama ön koşuluna bağlandığı unutulmamalıdır. Aksi halde, yani mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde ölüme bağlı tasarrufa itiraz edilmesi ihtimalinde, zaten hak sahipliği iddiasındaki atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısının sıfatında bir uyumsuzluk meydana gelmiş olacaktır.

23 "Dava, vasiyetname ile mirasçı olarak atanan davacının TMK'nın 598. maddesi uyarınca kendisine mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. (...) Anılan madde metninden de anlaşılacağı üzere atanmış mirasçı belgesi verilmesi talebinin vasiyetnamenin açılmasına dair karar veren mahkemeden talep edilmesi zorunlu değildir. (3. HD 2015/19804 E. 2017/5210 K. vb.) Bu hale göre, mirasçılık belgesinin verilmesi davalarında kesin yetki kuralı olmadığına göre davanın açıldığı ilk mahkeme olan A... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülüp sonuçlandırılması gerekir." Y. 20.HD. 30.04.2018 tarih ve 2018/1533 E. - 2018/3250 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. 14. HD. 05.10.2015 tarih ve 2015/2524 E. - 2015/8478 K. (UYAP); Y. 14.HD. 19.11.2015 tarih ve 2015/11903 E. - 2015/10609 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 20. HD. 10.12.2015 tarih ve 2015/2299 E. - 2015/12466 K.; Aksi yönde bkz. ÖĞÜZMAN, s.280; ERİŞGİN, s.110; BAYGIN Cem, **Vasiyetnamelerle İlişkin İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfizi Meselesi**, EBYÜHFD, C.3, S.1, Erzincan, 1999, s.235-262, s.250.

24 İYİLİKLİ, s.297.

C. Yargılama ve Hüküm

1. Yargılama Usulü ve Toplanması Gereken Deliller

Sulh hukuk mahkemesinin görevine giren işlerde, basit yargılama usulü uygulanır (HMK md.316/1-a). Kaldı ki mirasçılık belgesi istemi çekişmesiz yargı işi niteliğinde olduğu için, söz konusu hüküm bulunmasaydı dahi, tüm çekişmesiz yargı işlerinde olduğu gibi niteliğine uygun düştüğü ölçüde basit yargılama usulüne tabi bulunacaktı (HMK md.385/1). Öte yandan çekişmesiz yargı işlerinde, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir (HMK md.385/2).

Talep dilekçesinin sunulmasının ardından mahkemece bir esas numarası üzerinden, şayet atanmış mirasçılık bakımından dayanak tasarruf bir vasiyetname ise, vasiyetnamenin açılması dosyası ve vasiyetname örneği getirtilerek incelenmelidir²⁵. Çünkü vasiyetname içeriğinde yer alan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf, talep sahibinin hukuki yararının ispatı açısından kritik öneme sahiptir. Dayanak vasiyetnamenin tetkikinden, talep edenin atanmış mirasçı yahut vasiyet alacaklısı olduğu saptandığında hukuki yarar sabit hale geleceğinden, sonraki adımda söz konusu vasiyetnamenin usulüne uygun biçimde mirasçılar ve ilgililer huzurunda açılıp okunduğu hususu denetlenmelidir.

Zira fıkrada yer verilen itiraz mekanizmasına dair süreyle, bahsi geçen vasiyetnamenin mirasçı ve ilgililere TMK md.597 hükmünce tebliğ tarihi kastedilmekle birlikte, hak sahipliği belgesinin verilebilmesi için vasiyetnamenin açılması dosyasının kesinleşmesi gerekmektedir. Bu anlamda vasiyetnamenin açılması dosyasının kesinleşmesinin HMK md.165/1 uyarınca bekletici mesele sayılması uygun olacaktır²⁶.

25 "Dava, yasal mirasçılık yanında noterde düzenlenen vasiyetnameler gereğince atanmış mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin olup, mahkemece vasiyetnamenin açılması dava dosyası üzerinden mirasçılık belgesi istenmesi gerektiği gerekçesi ile dava reddedilmiştir. (...) O halde Mahkemece yapılacak iş, mirasbırakan İrina A... 'ın eşi Mustafa Fahrettin A... 'ın vasiyetnamelerinin açılıp okunmasına ilişkin dava dilekçesinde adı geçen dava dosyaları getirtilip vasiyetname içeriklerine göre, davacıya yasal mirasçılık belgesi ile birlikte vasiyetname ile yapılan tasarruf açısından da mirasçılık belgesi verilmesidir." Y. 8.HD. 26.09.2014 tarih ve 2013/20142 E. - 2014/17276 K. (UYAP).

26 "Dava, vasiyetname ile mirasçı olarak atanan davacının TMK. 'nun 598. maddesi uyarınca kendisine mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. (...) Mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkin davalarda sadece nüfus kayıtları ile veya davacı tarafça gösterilen delillerin toplanması ile yetinilmemesi, gerçek mirasçıların belirlenmesine yarayacak bütün delillerin eksiksiz toplanması gerekir. Hal böyle olunca, mahkemece; söz konusu vasiyetnamenin açılması dosyasında, murisin bilinen tüm mirasçılarına usulüne uygun şekilde vasiyetname ile ilamın tebliğ edilmesi ve ilamın usulüne uygun şekilde kesinleştirilmesi için davacıya süre verilip, o davanın sonucu eldeki dava açısından bekletici mesele yapılmalı, akabinde murisin mirasçıları davaya dâhil edilmeli, mirasçılardan vasiyetnamenin

Şöyle ki vasiyetnamenin açılması amacıyla tevdi edildiği sulh hukuk mahkemesince belirlenen duruşma gününe usulünce davet edilen mirasçılardan/ilgililerden, maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufa yönelik celse arasında ya da bizzat celsede ve herhangi bir şekilde tâbi kılınmadığından bahisle yazılı veya sözlü biçimde yapılan itirazın ardından, vasiyetnamenin açılması üzerine tasarrufun, iptal sebebinin ve hak sahibi olduğunun öğrenildiği tarihten başlayarak bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde vasiyetnamenin iptali davası açılıp açılmadığı yahut miras sebebiyle istihkak, bağışlamadan rücu vb. maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf konusu şeyin terekeye iadesi sonucunu doğuracak herhangi bir dava bulunup bulunmadığı kontrol edilerek şayet varsa sonucu beklenecektir²⁷. Bu bağlamda vasiyetnamenin

iptali yönünde (saklı paylı mirasçı olmadıkları da gözetilerek) dava açıp açmadıkları saptanarak, gerçek mirasçıların belirlenmesine yarayacak bütün delillerin eksiksiz toplanması suretiyle, hâsil olacak sonuç dairesinde işin esası hakkında bir hüküm kurulması gerekirken, yerinde olmayan gerekçeler ile yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, hükmün bozulmasını gerektirmiştir.” Y. 3.HD. 13.04.2017 tarih ve 2015/19804 E. - 2017/5210 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 06.02.2017 tarih ve 2016/3578 E. - 2017/707 K.; Y. 14.HD. 09.03.2015 tarih ve 2015/2682 E. - 2015/2515 K. (UYAP).

- 27 DURAL/ÖZ, s.401; İMRE/ERMAN, s.336; OĞUZMAN, s.281; ERİŞGİN, s.97; BOLAK Ahmet Ertuğrul, **Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku**, İstanbul, 1980, s.962; ÖZÜĞÜR Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunu’ndan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, C.1, Ankara, 2016, s.595; ÖZMEN İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları**, Ankara, 1997, s.261; İYİLİKLİ, s.299; “Toplanan deliller ve tüm dosya kapsamından, mirasbırakan Asiye A..., İ... 2.Noterliği’nin 07.05.1971 tarih ve 8685 yevmiye nolu vasiyetnamesinde; “ölümü anında terekesinde zuhur edecek bütün menkul ve gayrimenkul mallar ile nukud, mevduat, esham, tahvilat, hak ve alacakları ve sair kıymetleri Darüşşafaka Cemiyeti’ne vasiyet ettiğini, Darüşşafaka Cemiyeti’ne terekenin tamamı için mirasçı vasiyet ettiğini” belirtmiş bulunmaktadır. İçeriği itibariyle vasiyetname; mirasçı atanmasına ilişkindir. (...) Mahkemece, vasiyetnameye süresinde itiraz eden mirasçılar Cahide E..., Fatma Nermin U... ve Ümmühan Nühket Y... tarafından vasiyetnamenin okunması kararının tebliğinden itibaren 1 yıllık süre içerisinde muris Asiye A...’a ait İ... 2.Noterliği’nin 07.05.1971 tarih ve 8685 yevmiye nolu vasiyetnamesinin iptaline ilişkin dava açılıp açılmadığının usulüne uygun olarak araştırılarak tespit edilmesi, açılmadığının tespit edilmesi halinde 4721 sayılı TMK’nun 598. maddesi gereği davacı tarafa atanmış mirasçı belgesi verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir.” Y. 8.HD. 12.01.2015 tarih ve 2014/23440 E. - 2015/184 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 3.HD. 13.11.2015 tarih ve 2015/2858 E. - 2015/10273 K.; Y. 3.HD. 12.12.2011 tarih ve 2011/20779 E. - 2011/20382 K. (UYAP); Bekletici mesele sayılmadan istemin reddi gerektiği hususunda aksi yönde görüşler için bkz. GÖNENSAY Ahmet Samim, **Hukuku Medeniyeden Miras Hukuku**, İstanbul, 1932-1933, s.248; GÖNENSAY A.Samim, **Medeni Hukuk C.III - Miras Hukuku**, İstanbul, 1938, s.230; ÖZTAN, s.384; KURŞAT, s.292-294; “Mirasbırakan, B... 1.Noterliği’nin 16.12.2009 tarih ve 316670 yevmiye nolu vasiyetnamesinde; ‘sahip olduğu ve olacağı tüm menkul ve gayrimenkul mal varlığını, hayattaki tek desteği olan yeğeni Hüsamettin Samim M...’a vasiyet ettiğini; bu vasiyetnamesi ile Hüsamettin Samim M...’i tek mirasçısı olarak atadığını’ belirtmiş bulunmaktadır. İçeriği itibariyle vasiyetname; mirasçı atanmasına ilişkindir. (...) Vasiyetname ile verilen hakkın geçirilmesini sağlayacak husus Sulh Hâkiminin vereceği mirasçılık belgesidir. Ne var ki, dosya içeriği ve mirasçı Mehmet Fahrettin M... vekilinin temyiz dilekçesinden; mirasçı Mehmet Fahrettin tarafından 09.10.2013 tarihinde İ... 24. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2013/501 Esas sayılı dosyası ile vasiyetnamenin iptaline dair dava açıldığı anlaşılmaktadır. Bu davanın kabulü halinde, vasiyet konusu tüm mallar mirasbırakanın terekesine dönecek ve atanmış mirasçı tarafından tasarrufa konu edilemeyecektir.

iptali halinde konusu mirasçı tayini olan maddî anlamda ölüme bağlı tasarruf ortadan kalkmış ve tasarrufa konu tereke değeri yeniden terekeye dönmüş olacağından hak sahipliğini gösterir belge tanzimi de gündemden düşecektir. Ancak yasal mirasçılık belgesi doğrudan doğruya mirasbırakanın irs ve soybağı ilişkisini saptadığından, atanmış mirasçılık belgesinin aksine yasal mirasçılık belgesi düzenlenmesi için vasiyetnamenin iptali davasının sonucunun beklenilmesine lüzum yoktur²⁸.

Öte yandan tenkis davası her ne kadar, mirasbırakan tarafından yapılan bir kısım kazandırmaları tasarruf oranına çekmeyi hedef tutan yenilik doğurucu bir dava olmakla birlikte, değerinde azalma meydana gelmeksizin bölünmesine olanak bulunmayan belirli bir mal vasiyetinin tenkise tâbi tutulması durumunda, öncelikle davalı vasiyet alacaklısının ve kullanmadığı takdirde ise davacı mirasçının dilerse tenkisi gereken kısmın değerini ödeyerek malın verilmesini ve dilerse de tasarruf edilebilir kısmın değerini karşılayan parayı isteme hususunda tercih hakkı bulunduğu nazara alındığında (TMK md.564), derdest bir tenkis talebinin bulunması da, TMK md.598/2 uyarınca teknik anlamda bir "itiraz" niteliği taşıyacağından bahisle bahsi geçen hak sahipliği belgelerinin verilmesine engel olur²⁹.

Henüz terekeye dâhil olup olmadığı kesinleşmemiş, malvarlığı hakkında atanmış mirasçıya tasarruf etme yetkisinin hasımsız olarak görülen vasiyetnamenin açılması davasında verilmesi, halen bütün mallarda hak sahibi olan diğer yasal mirasçıların miras haklarını ve dolayısıyla bu hakka sahip olmak için uyumsuzluk çıkarma haklarını da ortadan kaldıracaktır. Başka bir anlatımla, vasiyetname açılıp okunmadan ve bu husustaki karar, yasal mirasçılara tebliğ edilmeden; yukarıda açıklanan yasadaki öngörülen bir aylık itiraz etme süresi işlemeye başlamaz. Dolayısıyla da, iş bu vasiyetnamenin açılması davasında, mirasçılık belgesine ilişkin bir karar verilemez. O halde, mahkemece; vasiyetnamenin açılıp, okunduğunun tespitine karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, yanlışlı değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir." Y. 3.HD. 11.03.2014 tarih ve 2013/19358 E. - 2014/3802 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 12.06.2015 tarih ve 2015/2101 E. - 2015/6568 K.; Y. 7.HD. 20.10.2011 tarih ve 2011/4284 E. - 2011/6201 K. (UYAP).

- 28 "Dava, yetki belgesine dayanılarak açılan muris Hava A... 'ün mirasçılık belgesinin verilmesi istemine ilişkindir. 01.11.2011 tarihinde vefat eden muris Hava A... 'ün dul, çocuksuz ve mirasçı bırakmadan vefat ettiği iddia edildiğine göre davacı Hazinenin bu davayı açmakta hukuki yararı bulunmaktadır. Muris Hava A... 'ün kendisinden önce vefat eden eşi Hasan A... 'ün mirasçılarını etkileyecek olan vasiyetnamenin iptaline ilişkin davanın sonucunun beklenmesine gerek olmadığı gibi, muris Hava A... 'ün yasal mirasçıların belirlenmesine de bir etkisi bulunmamaktadır. Bu itibarla mahkemece muris Hava A... 'ün mirasçıların belirlenmesi açısından işin esasının incelenerek sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Y. 14.HD. 25.04.2016 tarih ve 2015/1634 E. - 2016/5008 K. (UYAP).
- 29 DURAL/ÖZ, **a.g.e.**, s.401; ANTALYA/SAĞLAM, s.418; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.497-498; KOCAYUSUFPAŞAĞLU, s.584-585; OĞUZMAN, s.281; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.455; ÖZTAN, s.384; GÖNENSAY, **Miras**, 248; GÖNENSAY, **Miras Hukuku**, s.230; GÖNENSAY Samim/BİRSEN Kemalettin, **Miras Hukuku**, 2.Bası, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1963, s.222; ŞENER Esat, **Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku**, Ankara, 1995, s.179; ÖZMEN, s.261; İNAL Nihat, **Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Türk Medeni**

Bunun yanında atanmış mirasçılığın temelinde eğer bir miras sözleşmesi bulunuyorsa, miras sözleşmesinin onaylı bir örneğinin ilgili noterlikten getirilmesi uygun olur. Zira doktrinde bir görüşe³⁰ ve yerleşik Yargıtay uygulamasına³¹ göre TMK md.596 kapsamında teslim yükümlülüğü yalnızca vasiyetnameler bakımından söz konusu olup; miras sözleşmelerinin teslimi ve açılıp okunması usulü bulunmamaktadır³².

- Yasası (Miras-Eşya Davaları)**, C.2, Yenilenmiş 3.Baskı, Ankara, 2012, s.1557; BELGESAY Reşit Mustafa, **Türk Kanunu Medenisi Şerhi**, Üçüncü Kitap-Miras, 4.Baskı, İstanbul, 1952, s.152; DALAMANLI Lütfü, **Miras Hukuku Tatbikatı (Açıklamalı-Örneklili-İçtihatlı)**, Ankara, 1975, s.55 ve 296; KURŞAT, s.295-296; ÇABRİ, s.359; ERİŞGİN, s.97; DEMİR Mehmet, **Vasiyetnamelerin Açılması ve Yerine Getirilmesi**, TBB Dergisi, C.7, S.3, Ankara, 1995, 360; KOCAĞA, s.91; “*Dava konusu vasiyetçi Servet Pakize A...’nın noterlikçe düzenlenen vasiyetnamesinde; ‘K... S... Sokak Buket Apt. A Blok No:2/6 Y.../İ... adresindeki evimin içerisinde bulunan tüm eşyalarımı Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfına bırakıyorum*”, ‘T.C. Dâhilindeki bilümlü resmi ve özel bankaların merkez ve şubelerinde vefatım halinde adıma kayıtlı bulunan vadeli, vadesiz, TL, döviz her çeşit hesaplarımda mevcut paraların yarısını Türk Silahlı Kuvvetleri Mehmetçik Vakfına, yarısına Türk Eğitim Vakfına terk ve vasiyet ediyorum’ şeklindedir. Dava konusu vasiyetname ile ilgili davalının (mirasçının) açmış olduğu B... 8. Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 2010/167 E. sayılı dosyasıyla tenkis davasının derdest olduğu dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Somut olayda; dava konusu vasiyetname ile mirasçı nasbı değil muayyen mal vasiyetinde bulunulmuştur. Ayrıca tenkis davası da derdesttir. Bu durumda henüz vasiyet alacaklılığı gerçekleşmemiş olup, mahkemece yalnızca TMK’nın 596. maddesi gereği vasiyetnamenin açılıp okunduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken TMK 598.maddesi gereği vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine de hüküm verilmiş olması doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” Y. 3.HD. 09.01.2012 tarih ve 2011/21707 E. - 2012/1 K. (UYAP); Tenkis davasının TMK md.598/2 uyarınca itiraz niteliği taşımadığı hususunda aksi yönde bkz. ÖZÜĞÜR, s.595; ŞENER, **Medeni**, s.999; ŞENER Esat, **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)**, Ankara, 1988, s.716; ERİŞGİN, s.106.
- 30 GÖNENSAY, **Miras**, s.243; GÖNENSAY, **Miras Hukuku**, s.226; GÖNENSAY/BİRSEN, s.217; KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul, 1985, s.358; GENÇCAN, **Miras**, s.806; BELGESAY, s.148; Özmen, mevcut yasal düzenleme uyarınca tevdi borcunun miras sözleşmelerini kapsamadığından onların tevdi zorunluluğu olmadığını ancak aslında miras sözleşmelerinin de tevdi edilmeleri gerektiğini savunmaktadır. ÖZMEN, s.247.
- 31 “*Miras sözleşmesinin ve bu kapsamda yer alan mirastan feragat sözleşmesinin ‘resmi vasiyetname şeklinde yapılması hususu yalnızca’ geçerlilik şekline ilişkin olup, mirastan feragat sözleşmelerinin vasiyetnamelerdeki usul doğrultusunda açılıp okunacağına ilişkin kanunda bir hüküm bulunmadığı gibi noterde düzenlenmiş olan mirastan feragat sözleşmesinin mirasbırakanın ölümü halinde sulh hâkimine gönderilmesine dair de bir düzenleme söz konusu değildir. Bu açıklamalar doğrultusunda mahkemece talebin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulmasına karar verilmiştir.*” Y. 3. HD. 24.04.2019 tarih ve 2018/6442 E. - 2019/3674 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14. HD. 01.04.2019 tarih ve 2016/9036 E. - 2019/2889 K. (UYAP); Y. 3. HD. 18.12.2018 tarih ve 2018/4689 E. - 2018/12940 K. (UYAP).
- 32 Miras sözleşmesinin üçüncü kişi yararına ölümüne bağlı karşılıksız kazandırma içermesi ihtimalinde vasiyetname hükümlerine tâbi olması gerektiğinden hareketle, bu kapsamdaki miras sözleşmelerinin tevdi yükümlülüğü dâhilinde sayılması gerektiği hususunda bkz. DURAL/ÖZ, s.109 ve 398 dn.1034; Aynı yönde bkz. SEROZAN/ENGİN, s.486; INAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.494; ÇABRİ, s.295-297 ve 309-310; GÖKTÜRK, s.640; BAYGIN, s.242-243; DEMİR, s.361; Antalya/Sağlam, miras sözleşmelerinin tevdi ve açılması hususunda Kanunda gerçek boşluk bulunduğunu ve boşluğun hâkim tarafından vasiyetnamenin açılması hükümleriyle doldurulması gerektiğini; mirastan feragat sözleşmelerinde sözleşmenin üçüncü kişi lehine

2. Hak Sahipliğine İtiraz ve İtirazın Belge Tanzimine Etkileri

TMK md.598/2 uyarınca fıkra lafzında sadece “mirasçılar” ibaresinin kullanılmasından hareketle kanun koyucunun mirasçılar arasında herhangi bir ayırım yapmadığı gözetildiğinde, kanaatimizce mirasbırakanın gerek yasal mirasçıları ve gerekse de aynı vasiyetname ile yahut daha önceki tarihli vasiyetnamelerinde atadığı diğer mirasçılar, söz konusu atanmış mirasçılık belgesinin verilmesi engelleyecek biçimde itirazda bulunarak vasiyetnamenin ilgili kısmının iptalini talep edebilirler³³. Zira atanmış mirasçılık belgesi düzenlenmesinden yasal mirasçılar kadar, talep eden dışındaki sair atanmış mirasçıların da hakları açıkça etkilenecektir.

Keza aynı vasiyetname ile atanmış birden fazla atanmış mirasçı bulunması ihtimalinde, her bir maddî ölüme bağlı tasarruf kural

yapılması veya sözleşmede tek taraflı tasarruf içeriği bulunması hallerinde vasiyetnamenin teslim ve açılması hükümlerinin tatbiki gerektiğini; (olumlu) miras sözleşmelerinde ise söz konusu istisnalarla sınırlı olmaksızın tümüyle kanun boşluğu olduğunu belirtmektedir. ANTALYA/SAĞLAM, s.405-407; Kocayusufpaşaoğlu aynı yönde tespitlerle birlikte, miras sözleşmesinde yer alıp da vasiyet hükmünde olduğundan miras sözleşmesinin tek taraflı içeriğini teşkil eden ölüme bağlı tasarruflar bakımından, vasiyetname ibaresine yer verilen kanun lafzının engel teşkil etmediği kanaatindedir. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.576-577; Aynı yönde bkz. OĞUZMAN, s.278 ve 279; ÖZTAN, s.377; ŞENER, **Miras Şerhi**, s.711; ŞENER, **Vasiyet**, s.174; Kurşat da, benzeri biçimde bir kanun boşluğunun mevcut olduğunu tespit ettikten sonra, herhangi bir ayırma yer vermeksizin miras sözleşmelerinin de aynen vasiyetnameler gibi teslim edilmesi ve açılması gerektiğini ileri sürmektedir. KURŞAT, s.244-245; İMRE/ERMAN, miras sözleşmelerinin resmî vasiyetname şeklinde yapılması ve sözleşmenin bir örneğinin ilgili kimsenin elinde mevcut olması sebebiyle, bu kişinin kendi menfaatlerini koruyabilecek durumda olduğunu; ancak özellikle üçüncü kişiler lehine bağışlama içeren miras sözleşmelerinin teslim edilmemesi nedeniyle bunların zararının oluşabileceğini; bu itibarla kanunun, miras sözleşmelerini de vasiyetnamelerin tevdi ve açılması hükümlerine tâbi kılmasının uygun olacağını söylemektedir. İMRE/ERMAN, s.330; Eren/Yücer Aktürk, miras sözleşmelerinde karşı tarafça ölüme bağlı tasarrufun bilinmesi ve yerine getirilmesinde menfaati bulunması sebebiyle kanunda ayrıca belirtilmediğini ancak teslim yükümlülüğünün miras sözleşmeleri için de kabul edilmesi gerektiğini; TMK md.595'te miras sözleşmesinin açıkça yer almasının kanunun bilinçli susması anlamı taşımayacağını ifade etmektedir. EREN/YÜCER AKTÜRK, s.452; Bolak, miras sözleşmeleri için kanunda bir zorunluluk bulunmasa da, miras sözleşmesi veya mirastan feragat sözleşmesine katılmamış mirasçılar, üçüncü kişiler ile miras sözleşmesiyle mirasçı tayin edilen ya da vasiyet alacaklı olanların menfaati ve terekeye ihtiyatî tedbirlerin uygulanması çerçevesinde terekenin tespiti ve resmen idaresi ihtimali uyarınca miras sözleşmeleri ile mirastan feragat sözleşmelerinin de mercie tevdiini savunmaktadır. BOLAK, s.958; Erişgin, kanunda miras sözleşmeleri için zorunlu bir tevdi ve açılma süreci öngörülmemekle birlikte, miras sözleşmesinin karşı tarafın isteğine bağlı olarak açılabilirliğini; miras sözleşmesinde açılma yasağı kararlaştırılması yahut karşı tarafın miras sözleşmesinin açılmasını talep etmediği durumlarda vasiyetnameler için öngörülen açılma usulünün re'sen uygulanamayacağını belirtmektedir. ERİŞGİN, s.19 ve 25.

33 SEROZAN/ENGİN, s.492; ANTALYA/SAĞLAM, s.416; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.498; OĞUZMAN, s.281; ÖZTAN, s.383; KURŞAT, s.285-287; ÇABRİ, s.376; ERİŞGİN, s.99-100; KOCAAĞA, s.90-91; İYİLİKLİ, s.298.



olarak müstakil niteliktedir. Bu kapsamda ölüme bağı tasarrufun kısmen iptali davası açılarak iptal sağlanması durumunda, kural olarak diğere ölüme bağı tasarrufların iptalden etkilenmeyeceğı (TMK md.558/2) düşünöldüğünde bunlardan birinin, bir diğereinin atanmış mirasçılığına dair kısmına yönelik itirazda bulunmasında hukuki yararı mevcut sayılacaktır. Bu itibarla böylesi bir durumdaki atanmış mirasçılar, birbirlerinin atanmış mirasçılık belgesi temin etmelerinin önüne geçebilir. İtiraz, bir veya birden fazla atanmış mirasçıya karşı da yapılabilir. Kanımızca atanmış mirasçının, bizatihi kendi mirasçılığına TMK md.598/2 gereğince itirazda bulunmasında hukuki yararı olmadığı; atanmış mirasçılık belgesinin talep edilmesi gibi bir zorunluluk bulunmadığı; ancak mirasta hak sahibi olmak istemiyorsa mirasın reddi (TMK md.605/1) hakkı söz konusu olduğu da söylenmelidir.

Buna karşın vasiyet alacaklıları yönünden aynı sonuca varmak her zaman mümkün gözükmemektedir. Farklı bir deyişle aynı veya farklı ölüme bağı tasarruflar çerçevesinde birden fazla vasiyet alacaklısına terekedeki bir malın vasiyet edilmesi halinde, ilgili konumundaki vasiyet lehdarlarının hukuki yararları ortak bir mal üzerinde buluştuğundan, hakları etkilenen her bir vasiyet alacaklısı, aynen birden fazla atanmış mirasçıda olduğu gibi bir diğereinin vasiyet alacaklısı sıfatına itirazda bulunabilir. Hâlbuki vasiyet konusu tereke kıymetlerinin birbirinden ayrı olduğu ve vasiyet alacaklılarının maddi anlamda ölüme bağı tasarruf gereğı oluşan alacak haklarının bütünüyle bağımsız bulunduğu hallerde, fikrimizce bir vasiyet alacaklısının diğereinin bu sıfatına itirazında hukuki yarardan bahsedilemeyecektir³⁴. Çünkü artık bu halde, birbirleri bakımından “ilgili” statüsünün mevcut olmadığı kabul edilmelidir.

Bu anlamda yeri gelmişken TMK md.596, 597 ve 598 bağlamında “ilgili” sıfatını haiz kişiler örnek üzerinden izah edilmelidir. Örneğin mirasbırakan M, aynı vasiyetname ile A’yı terekasının 1/2’si için ve B’yi ise 1/3’ü için mirasçı atanmış; C’ye İstanbul’daki taşınmazını ve D’ye ise Ankara’daki taşınmazını vasiyet etmiş olsun. Bunun yanında M’nin, eşi E ve çocukları Ç1, Ç2 ve Ç3 olmak üzere yasal mirasçılarını bulunsun. Buna göre vasiyetnamenin açılmasına yukarıda belirtilen tüm yasal ve atanmış mirasçılar ile vasiyet alacaklılarının davet edilmesi gerekir. Buradan hareketle sayılan kişilerin tümü, TMK md.596/2 anlamında “ilgili” vafındadır. Yasal mirasçılık, mirasbırakanın irs ve soybağına

34 ERİŞGİN, s.101-102; KURŞAT, s.286.

dayalı olduğundan, atanmış mirasçılar ve vasiyet alacaklılarının bu sığfata itirazları mümkün olamayacaktır.

Atanmış mirasçı A'ya yönelik ölüme bağılı tasarruf yönünden TMK md.597 ve 598/2 hükümlerince itirazda hukuki yararı bulunması sebebiyle "ilgili" olarak değerlendirilebilecek kimseler, E, Ç1, Ç2, Ç3 ve B'dir. Zira atanmış mirasçı A'nın bu statüsünün bertaraf edilerek iptalinin sağlanması, ancak bu ihtimal sonucunda kendi miras hakları artacak/etkilenecek kimselerce gerçekleştirilebilir. Bir diğer ifadeyle vasiyet alacaklıları C ve D'nin, A'nın mirasçı atanması tasarrufunun iptali davası açmakta kişisel, güncel ve meşru bir hukuki yararı yoktur (TMK md.558/1)³⁵. Yine aynı sonuç, B bakımından da aynen geçerlidir. Bu sefer B'nin mirasçı tayin edilmesi tasarrufuna, sadece yasal mirasçılar ve diğer atanmış mirasçı A itiraz edebilir.

Vasiyet alacaklısı C'nin bu sıfatının sonlanmasından ise, esasen yalnızca yasal ve atanmış mirasçılar etkilenecektir. Değişik bir söyleyişle farklı tereke değeri üzerinde hak sahibi kılınan diğer vasiyet alacaklısı D'nin, C'nin lehdarı olduğu maddî anlamda ölüme bağılı tasarrufunun geçersizleşmesi yahut ayakta kalması arasında vasiyetnameye dayalı hakkı nazara alındığında hiçbir fark oluşmayacaktır. Lâkin vasiyet alacaklısı C'ye yapılan vasiyetin hükümsüzleştiği farz edildiğinde, yasal ve atanmış mirasçılarının tereke aktifine dâhil İstanbul'daki taşınmaz üzerinde de payları oranında hak sahibi olacakları açıktır. Bunun aksine her ikisi de İstanbul'daki taşınmaz ile alakalı olarak TMK md.521/3 yollamasıyla TMK md.521/1 gereğince C, ön vasiyet alacaklısı ve D ise art vasiyet alacaklısı olarak tayin edildiği bir ihtimalde, ön vasiyet alacaklısı C'nin, art vasiyet alacaklısını devreden çıkartarak vasiyet konusu mala kalıcı olarak sahip olmak (TMK md.522/2) hususunda D'nin söz konusu sıfatına itirazının anlamlı bir sonucu ortaya çıkacak ve ölüme bağılı tasarrufun iptalinin temini ile tasarrufa konu taşınmaz kesin olarak ön vasiyet alacaklısına (yahut onun mirasçılarına) ait olacaktır.

Aynı ilkeler ölüme bağılı tasarruf yoluyla sınırlı hak kazananlar bakımından da geçerlidir. Örneği devam ettirmek gerekirse M tarafından vasiyetnamede C'ye bırakılan İstanbul'daki taşınmaz üzerinde O lehine oturma (sükna) hakkı ve D'ye vasiyet edilen Ankara'daki taşınmazda ise Ü yararına üst hakkı tanınmışsa, O ve Ü'nün TMK md.598/2 açısından ilgili sıfatı, sadece kendi sınırlı aynî haklarıyla çatışan kazandırmalarla sınırlıdır. Bu yüzden O'nun, A veya B'nin atanmış mirasçılık vasfına

35 ANTALYA/SAğLAM, s.417; KURŞAT, s.286-287; ÇABRİ, s.376.



yahut D veya Ü'nün belirli mal bırakmaya ilişkin kazanımlarına itiraz imkânı bulunmayıp; yalnızca C yönünden gerçekleştirilen vasiyet içeriğine itirazı söz konusu olabilir. Benzer hususlar, Ü için de dile getirilebilir.

Tereke malları üzerinde sınırlı aynî hak sahipleri yönünden ise, TMK md.598 anlamında “ilgili” sıfatı yoktur. Yukarıdaki örnekte M'nin vasiyet ettiği İstanbul'daki taşınmazda hâlihazırda İ'nin intifa hakkı ve Ankara'daki taşınmazda ise R lehine rehin hakkı bulunması durumunda, bu kimselerin gerek A ve B'nin atanmış mirasçı ve gerekse C ve D'nin vasiyet alacaklısı sıfatlarını bertaraf etme imkânı mevcut değildir. Zira kanunda yalnızca (yasal veya diğer atanmış) mirasçılar veya başka vasiyet alacaklılarına itiraz hakkı verilmiş olup; bir ölüme bağlı tasarrufla hak elde etmeyen kişiler açıkça kapsam haricindedir. Örnekte İ ve R, TMK md.598 çerçevesinde değil, yalnızca TMK md.596 çerçevesinde vasiyetnamenin açılması aşamasında “ilgili” sıfatını haizdir.

Bunun gibi miras haklarının açıkça ve doğrudan etkilendiği hallerde bir vasiyet alacaklısının, bir diğerinin sıfatına itirazı yönünden “ilgili” vasfı taşıdığı söylenebilir. Kanımızca TMK md.596'da vasiyetnamenin açılması esnasındaki “ilgili” kavramının kapsamı, TMK md.598/2 uyarınca mirasçılık belgesi/vasiyet alacaklısı belgesi bağlamından çok daha geniş olmakla birlikte, TMK md.598/2 hükmünün yargı uygulaması gözetildiğinde ölüme bağlı tasarrufun iptali davası ile doğrudan alaka kurulduğundan, kavrama da bu perspektifle yaklaşılması ve kavramın, TMK md.558/1'de yer verilen hukuki yarar sınırlamasıyla yorumlanması yerinde olacaktır. Keza vasiyet alacaklısının, yine kendi hak sahipliğine TMK md.598/2 gereğince itiraz etmekte hukuki yararı bulunmadığı ve fakat dilerse vasiyetin reddi (TMK md.616) cihetine gidebileceği söylenmelidir.

3. Hüküm ve Etkileri

Her ne kadar atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi talebi çekişmesiz yargı işi kapsamında ise de, HMK md.320/1'in aksine, mahkemece kural olarak dosya üzerinden inceleme yapılarak duruşma açılmaksızın karar verilmesi mümkün görülmemektedir³⁶. Atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı

36 “Dava, atanmış mirasçı belgesi verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de varılan sonuç davadaki isteme ve yasal düzenlemelere uygun düşmemiştir. (...) Dosya içerisinde toplanan delillerden mirasbırakan Erol S...’nın 26.8.2003 tarihinde öldüğü, ölmeden önce 02.01.1997 tarihinde düzenlendiği anlaşılan el yazısı şeklindeki vasiyetnamede “Ben ölünceye kadar

belgesinin tanzimi, bu konuda kanunda ilgililere tanınmış süre içinde bir itiraz yapılmamış olması şartına bağlandığından, itiraz bulunması ve ölüme bağlı tasarrufun iptali davası açılması durumunda, bu konudaki anlaşmazlık çözümlenmeden mirasçılık belgesi verilemez. Bu bağlamda mirasçılar ve başka vasiyet alacaklılarının her birinin itiraz hakkı birbirinden bağımsız olup; hak sahipliği belgesinin düzenlenmesi, ölüme bağlı tasarrufa süresinde hiç bir ilgili tarafından itirazda bulunulmaması koşuluna tabidir³⁷. Şayet mirasçılar ve diğer vasiyet alacaklıları tarafından süresinde ölüme bağlı tasarrufa açıkça herhangi bir itirazda bulunulmazsa veya vâki itiraz bertaraf edilmişse, mahkemeye talep edene sıfatına göre atanmış mirasçılık belgesi/vasiyet alacaklısı belgesi düzenlenerek verilecektir³⁸.

malvarlığım bana aittir. Ben öldükten sonra bütün malvarlığım eşim Sevgi S...’ya aittir.” şeklinde beyanda bulunduğu, ölüminden sonra E... 1.Sulh Hukuk Mahkemesinin 2005/18 Esas sayılı dosyasında vasiyetnamenin açılıp okunduğu, miras bırakanın bütün mirasçılara tebliğ edildiği, vasiyetnameye itiraz edilmediği, bunun üzerine davacı Sevgi S... vekilinin 28.12.2007 tarihinde aynı mahkemeye dilekçe verilip miras bırakanın tek mirasçı olarak Sevgi S...’yı atadığına ilişkin mirasçı belgesi verilmesini istediği anlaşılmaktadır. (...) Mirasçılık belgesi, atanmış mirasçı belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilmesine ilişkin istemlerin duruşma yapılmaksızın karara bağlanacağına ilişkin kanunlarımızda bir hüküm bulunmadığından bu tür istemler üzerine mahkemelerce duruşma açılması ve yapılacak yargılama sonucunda karar verilmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemeye bu olgular göz ardı edilmiş, vasiyetnamenin içeriğinin değerlendirilmesinde de yanılığa düşülerek davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma yapılmaksızın davanın reddine karar verilmiştir. O halde mahkemeye davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma açılması, davacıdan diyecekleri sorulup saptanmalı, daha sonra vasiyetnamenin mirasçı atamaya ilişkin olduğu kabul edilerek buna göre davacı istemi konusunda az yukarıda açıklanan hukuksal olgular da gözetilerek olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir.” Y. 7.HD. 15.04.2010 tarih ve 2010/1232 E. - 2010/2236 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 06.10.2015 tarih ve 2015/2344 E. - 2015/8484 K.; Y. 7.HD. 17.09.2009 tarih ve 2009/1593 E. - 2009/3733 K. (UYAP).

37 İYİLİKLİ, s.297-298.

38 “Dava atanmış mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. (...) Davacının, A... 10. Noterliği’nin 27.07.2013 tarih ve 15748 yevmiye numaralı vasiyetnamesiyle muris tarafından mirasçı olarak atandığı anlaşılmaktadır. Mirasçı atamaya veya vasiyete ilişkin ölüme bağlı tasarrufa mirasçılar veya başka vasiyet alacaklıları tarafından kendilerine bildirilmesinden başlayarak bir ay içinde itiraz edilmedikçe, lehine tasarrufta bulunulan kimseye, sulh mahkemesince atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilir (TMK m 598/2). O halde davacının istemi atanmış mirasçılık belgesi verilmesi olarak kabul edilip, atanmış mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken; yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş hükmün bozulması gerekmiştir.” Y. 14.HD. 21.09.2016 tarih ve 2015/17867 E. - 2016/7186 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 09.03.2020 tarih ve 2020/820 E. -2020/2808 K.; Y. 7.HD. 20.10.2011 tarih ve 2011/4136 E. - 2011/6232 K. (UYAP); Serozan/Engin, mirasçılardan bir aylık itiraz süresi içerisinde susarak itiraz etmemekle kalmayarak atanmış mirasçının bu hakkını açıkça tanımaları durumunda, irade sakatlığı halleri dışında kural olarak çelişkili davranma yasağını ihlal edecek nitelikte artık iptal, tenkis ya da miras sebebiyle istihkak davası açamayacakları düşüncesindedir. SEROZAN/ENGİN, s.492; Aynı yönde bkz. İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, s.498; ANTALYA/SAĞLAM, s.417; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s.579; BOLAK, s.961-962; ÖZÜGÜR, s.594; ŞENER, Miras Şerhi, s.717; ŞENER, Vasiyet, s.180; BELGESAY, s.152; KURŞAT, s.297; BAYGIN, s.250; Aksi yönde bkz. “Dava vasiyetnamenin yerine getirilmesi davası olmayıp, ehliyetsizlik nedeniyle vasiyetname iptaline ilişkindir. Bu nedenle vasiyetnamenin açılması sırasındaki beyanlar bu davayı etkilemez. Mahkemeye delillerin ehliyetsizlikle ilgili dava yönünden değerlendirilmesi sonucuna göre karar

Bu çerçevede mahkemece örneğin “1-Talebin kabulü ile x tarihinde vefat eden mirasbırakan M tarafından düzenlenen N... Noterliği'nin t tarih ve y yevmiye numaralı düzenleme şeklinde resmî vasiyetnamesi uyarınca, A'yı terekesinin 1/4'ü oranında atanmış mirasçı olarak belirlediğinin tespitine, 2-TMK md.598/4 uyarınca ilgililerin, ölüme bağlı tasarrufun iptali, tenkis veya miras sebebiyle istihkak davası açma haklarının saklı tutulmasına” biçiminde karar verilmesi yerinde olacaktır³⁹.

Şayet vasiyetnamede yabancılık unsuru mevcutsa bu kez mirasçılık belgesinin de kapsamında kaldığı miras statüsü, mirasbırakanın ölüm tarihi itibarıyla millî hukukuna tâbi bulunduğundan (5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun⁴⁰ md.20/1), ilgili yabancı hukukun araştırılması gündeme gelecektir⁴¹. Keza

verilmesi gerekirken, yazılı gerekçelerle hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir. Y. 2.HD. 18.11.2002 tarih ve 12964 E. - 12527 K. (GENÇCAN Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 3.Baskı, Ankara, 2016, s.523).

39 “Dava, mirasçılık belgesinin iptali ve yeniden mirasçılık belgesi verilmesine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulü ile veraset ilamının iptali davasının derdestlik nedeniyle reddine; mahfuz hisse sahibi Ümit Zehra P...’in terekedeki miras hissesinin 3/8 olarak tespitine, davacının vasiyetname gereği 5/8 hisse üzerinde vasiyet alacaklısı olduğuna karar verilmiştir. (...) Atanmış mirasçılar; mirasbırakanla kan ve soy ilişkisini gösteren veraset belgesinin iptalini isteyemezler. Ancak, daha önce alınan kan ve soy ilişkisine dayalı mirasçılık belgesinin iptali istemi, terekeden hak istenemeyeceğinin tespitini de kapsar. Davalı Ümit Zehra P...’in terekede 3/8 pay sahibi olduğu kesinleşen ilamla sabittir. Kesinleşen bu ilam ve vasiyetnamedeki intifa hakları da gerekçeli karar ve hüküm fıkrasında açıklanarak ‘davacının 5/8 pay için atanmış mirasçı olduğunun tespitine’ karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” Y. 2.HD. 17.07.2007 tarih ve 2007/7698 E. - 2007/11410 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 7.HD. 21.10.2010 tarih ve 2010/6245 E. - 2010/5993 K. (UYAP); Y. 2.HD. 19.12.2005 tarih ve 15023 E. - 17813 K. (GENÇCAN Ömer Uğur, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu**, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, 2007, s.3603; Gençcan, **Miras**, s.946).

40 12.12.2007 tarih ve 26728 sayılı RG.

41 “Dosya içerisinde toplanan delillerden miras bırakan Anne Kathlenn B...’un ölüm tarihinin 05.08.2014 olduğu, ölmeden önce 10.04.2014 tarihinde F... 3. Noterliği’nde düzenlendiği anlaşılan resmi vasiyetnamede ‘Ölümünden sonra erkek kardeşim 05.02.1952 doğumlu 14 Dickens Road Hillside, Rugby, Warwickshire, CV22 5RW İngiltere adresinde mukim bulunan Paul Kenneth J...’ı mirasçım olarak tayin ediyorum. Şayet öldüğümde erkek kardeşim Paul Kenneth J... hayatta değilse çocuklarım 22.02.1978 doğumlu 10 Market Street, Suite 127, Camana Bay, Grand Cayman, Cayman Islands, British West Indies KY1-9006 adresinde mukim bulunan Hayley Patricia B... ve 04.10.1973 doğumlu 5 Salisbury Avenue, Styvechale, Coventry Midlands/İngiltere adresinde mukim Michelle Anne B...’u eşit hisselerle mirasçım tayin ediyorum. Son arzu ve isteklerim bunlardan ibarettir. İşbu vasiyetname İngiltere’de veya herhangi bir ülkedeki makam veya tescil merciiine gönderilmesini istemiyorum, bu hususta yapılması gerekli olan tüm işlemler tarafımdan yerine getirilecektir.’ şeklinde beyanda bulunduğu, ölümünden sonra F... 2. Sulh Hukuk Mahkemesi’nin 2014/481 Esas sayılı dosyasında vasiyetnamenin açılıp okunduğu, bunun üzerine davacı vekilinin miras bırakanın tek mirasçı olarak Paul Kenneth J...’ı atadığına ilişkin mirasçı belgesi verilmesini istediği anlaşılmaktadır. Mirasbırakan vasiyetnamesinde herhangi bir maldan söz etmeksizin ölümünden sonra taşınır, taşınmaz, bütün hak ve alacaklarını içerecek şekilde malvarlığının kardeşine ait olduğunu açıkladığı gözetildiğinde bu beyanın yukarıda açıklanan mirasçı atama niteliğinde olduğu, davacının isteminin de atanmış mirasçı belgesi verilmesi istemine ilişkin bulunduğu kuşkusuzdur. (...) O halde mahkemece davacı tarafın dilekçesi üzerine duruşma açılmaltı, davacıdan diyecekleri sorulup saptanmalı, daha sonra

yabancılik unsuru ihtiva eden miras statüleri kapsamındaki mirasçılık belgesi tanzimlerinde mirasbırakanın Yunan veya Suriye vatandaşlığı gibi ölüm tarihindeki uyrukluğuna yönelik özel düzenlemeler de gözetilmek zorundadır⁴².

Atanmış mirasçının, mirasbırakanın aynı zamanda yasal mirasçısı olması ihtimalinde, hem yasal hem de atanmış mirasçılık hali çakışmakta olup; mirasçılık belgesi düzenlenmesinin talep edilmesi halinde, yalnızca atanmış mirasçılık belgesi tanzimi söz konusu olmaz. Değişik bir söyleyişle, mirasbırakanın hâlihazırda yasal mirasçısı olan ve mirasçı atamasına konu vasiyetname lehdarının mirasçılık belgesi talebi, salt atanmış mirasçılık belgesi şeklinde değerlendirilmemeli ve yasal mirasçılık talebi ile atanmış mirasçılık talebi aynı kararda karşılanmalıdır. Böylelikle sadece talep eden atanmış mirasçı değil tüm yasal mirasçıların miras paylarıyla birlikte gösterilmesi gerekeceğinden, mirasçılardan yalnızca bir tanesinin mirasçılık belgesi alması, aksi sabit oluncaya kadar diğer mirasçıların da hak sahipliğinin belgeye bağlanması sonucunu doğuracaktır. Bir başka anlatımla atanmış mirasçılık, irs ve soybağı ilişkisine dayalı olarak kanun gereği doğan yasal mirasçılığı ortadan kaldırmayacağından⁴³, mahkemece mirasbırakanın yasal mirasçıların ve paylarının saptanmasından sonra atanmış mirasçının payına da

talebin mirasçı atamaya ilişkin olduğu kabul edilerek, öncelikle yabancı mirasbırakanın millî hukuku tespit edilmeli aksi takdirde vasiyetnameye TMK 598. maddesi gereği itiraz bulunup bulunmadığı araştırılarak, buna göre davacının istemi konusunda yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek olumlu veya olumsuz bir karar verilmelidir. Mahkemece davacının istemi üzerine duruşma açılmadan, davanın nitelendirilmesinde de yanlışlığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir.” Y. 14.HD. 06.10.2015 tarih ve 2015/2344 E. - 2015/8484 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 7.HD. 29.09.2011 tarih ve 2011/3189 E. - 2011/5585 K.; Y. 2.HD. 01.04.2008 tarih ve 2008/2386 E. - 2008/4517 K. (UYAP).

42 Y. 14.HD. 14.01.2016 tarih ve 2015/10333 E. - 2016/412 K.; Y. 3.HD. 29.05.2012 tarih ve 2012/8111 E. - 2012/13537 K. (UYAP).

43 *“Dava atanmış mirasçılık belgesi verilmesi istemine ilişkindir. (...) davacı MK’nın 589/2. maddesine göre vasiyetname ile atanmış mirasçı olduğu yönünde belge verilmesini istemiş olmakla davanın hasımsız açılmasında usule aykırılık bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın mirasçılık belgesinin iptali davası olduğu yönündeki mahkeme ara kararı HUMK’un 74.maddesine aykırıdır. Öte yandan atanmış mirasçılık MK.598. maddesi gereğince yasal mirasçılığı ortadan kaldıran bir neden değildir. Atanmış mirasçı, miras bırakanın yasal mirasçıları ile olan soy bağı ortadan kaldıracak biçimde mirasçılık belgesinin iptalini isteyemeyeceği gibi, mahkemece de re’sen atanmış mirasçılık söz konusu olduğu gerekçesiyle mirasçılık belgesinin iptaline karar verilemez. O halde davacının istemi atanmış mirasçılık belgesi verilmesi olarak kabul edilip, atanmış mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken; yazılı gerekçe ile HUMK’un 74.maddesine aykırı olacak ve yasal mirasçıların haklarını ortadan kaldıracak nitelikte karar verilmesi isabetsiz, dâhili davalar Mustafa Y... ve Bedriye Y...’nın temyiz itirazları bu nedenle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün bozulmasına (...) oybirliği ile karar verildi.” Y. 7.HD. 23.09.2010 tarih ve 2010/3273 E. - 2010/5033 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 8.HD. 26.09.2014 tarih ve 2013/20281 E. - 2014/17269 K.; İstanbul BAM 36.HD. 19.04.2018 tarih ve 2017/1558 E. - 2018/658 K. (UYAP).*

değinilerek, hukuki durumunun terekenin bölüştürülmesi sırasında gözetileceğine işaret edilmesi lazımdır⁴⁴. Keza atanmış mirasçı tayini halinde yasal mirasçılığa hanel gelmediğinden, atanmış mirasçının yasal mirasçılık belgesinin iptalini talep hakkı da bulunmayacaktır⁴⁵.

Ancak mirasçılar ve diğer vasiyet alacaklılarının süresinde itiraz etmemeleri nedeniyle hak sahipliği belgesi oluşturulduktan sonra dahi ilgililerin, söz konusu belgeye dayanak teşkil eden ölüme bağlı tasarrufun iptali, tenkis ya da miras sebebiyle istihkak davası açma

44 DURAL/ÖZ, s.401; OĞUZMAN, s.281 dn.75b; ERİŞGİN, s.60 ve 121-122; KURŞAT, s.298; "K... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 2005/2255 - 1862 Esas ve Karar sayılı mirasçılık belgesine göre muris Halil Muzaffer U... 'un yasal mirasçuları olarak eşi Şükran U... 4/16 pay sahibi, kızı Sündüs U... (Beşer) 6/16 pay sahibi, torunu Alp U... 3/16 pay sahibi ve diğer torunu Cem U... 3/16 pay sahibidir. Muris; K... 2. Noterliği'nde düzenlenen 29186 yemiyeye nolu vasiyetname ve K... 2. Noterliği 13420 yemiyeye nolu ek vasiyetname ile yasal mirasçısı olan eşi Şükran U..., kızı Sündüs U... 'u ve torunları Cem U... ve Alp U... 'u mirasçı atanmıştır. Saklı paylı mirasçılar ve bunların saklı payları Türk Medeni Kanunu'nun 506. maddesinde hükme bağlanmıştır. Davacılar, hem yasal mirasçı hem de atanmış mirasçıdır. Hem yasal mirasçı hem de atanmış mirasçı olan kişilerin açtığı davada, iki sıfatına göre mirasçılık belgesi verilmesi gerekirken vasiyet alacaklısı olduğuna dair belge verilmesi ile yetinilmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir." Y. 14.HD. 11.02.2016 tarih ve 2015/2699 E. - 2016/1699 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 19.11.2018 tarih ve 2016/15251 E. - 2018/7927 K.; Y. 14.HD. 21.06.2017 tarih ve 2016/5495 E. - 2017/5409 K.; Y. 14.HD. 07.09.2015 tarih ve 2015/9087 E. - 2015/7860 K.;

Yalnızca atanmış mirasçılığı gösterir belge verilmesi hususunda aksi yönde bkz. "Mirasçılık ve mirasın geçişi murisin ölüm tarihinde yürürlükte olan hükümlere göre belirlenir (4722 sayılı Yürürlük Kanunu md. 17). Muris Ali Rıza Ö... 25.03.2011 tarihinde ölmüş geride eşi ve kardeşlerini bırakmıştır. Muris ölümünden önce 05.05.2004 tarihinde yaptığı İ... 25. Noterliği'nden düzenlenen vasiyetname ile tüm hak ve malvarlığını eşi Ayşe Ö... 'e bırakmıştır. Anılan vasiyetnamenin F... 1. Sulh Hukuk Mahkemesi'nde açılıp okunduğu anlaşılmaktadır. Vasiyetnamenin geçersizliğine yönelik bir iddia ve kanıt da dosyada bulunmamaktadır. Mirasçı atanmış kişi, mirasçılık sıfatını gösteren bir belgenin verilmesini isteyebilir. (TMK'nun 598/2). Şu halde davacı, vasiyetname ile muris tarafından sağlığında mirasının tamamı için mirasçı atandığına göre, TMK'nun 598/2 fıkrası çerçevesinde atanmış mirasçı olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekirken, hukuki uyumsuzluk yanlış değerlendirilerek TMK'nun 598/1 maddesi gereğince muris Ali Rıza'nın mirası yönünden mirasçılık belgesi verilmiş olması doğru görülmemiştir." Y. 8.HD. 15.09.2014 tarih ve 2013/18905 E. - 2014/16020 K. (UYAP).

45 "Muris'in, vasiyetnamesinde herhangi bir maldan söz etmeksizin ölümünden sonra taşınır, taşınmaz, bütün hak ve alacaklarını içerecek şekilde tüm malvarlığının davacı Zehra K... 'a ait olduğunu açıkladığı gözetildiğinde bu beyanın mirasçı atama niteliğinde olduğu anlaşılmaktadır. Atanmış mirasçının talebiyle Hazine'nin mirasçı olduğunu gösterir mirasçılık belgesinin iptaline karar verilemez, yeni mirasçılık belgesi de düzenlenemez. Mirasçılık belgesi istemek maddi bir olayın varlığını ikrar ve kişiler arasındaki irs ilişkisini tespit ettirmekten ibarettir. Atanmış mirasçı, murisin mirasçı bırakmadan ölmesi nedeniyle TMK'nın 501. maddesi uyarınca Hazine'nin mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesinin iptalini isteyemez. Bu nedenle mirasçılık belgesinin iptaline karar verilmesi isabetsizdir. Ancak daha önce alınan Hazine'nin mirasçı olduğunu gösteren mirasçılık belgesinin iptali istemi, terekeden hak istenemeyeceğinin tespitini de kapsar. Bu durum kararın gerekçesinde açıklanarak davacıya atanmış mirasçı olduğuna ilişkin bir belge verilmesi gerekir (TMK m 598). Belirtilen hususlar gözetilmeden yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu nedenle hükmün bozulması gerekmiştir." Y. 14.HD. 16.12.2015 tarih ve 2015/4310 - 2015/11673 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 31.10.2016 tarih ve 2016/2685 E. - 2016/8839 K.; Y. 8.HD. 24.02.2014 tarih ve 2013/12889 E. - 2014/3232 K. (UYAP); Y. 2.HD. 26.02.1985 tarih ve 1418 E. - 1846 K. (ŞENER, **Miras Şerhi**, s.1324).

hakları saklıdır (TMK md.598/4). Kaldı ki, çekişmesiz yargı kararlarının, kural olarak maddî anlamda kesin hüküm teşkil etmeyeceği hükmü yanında (HMK md.388), madde gerekçesiyle de net biçimde ifade edildiği üzere ilgililerce mirasçılık belgesinin geçersizliğinin her zaman ileri sürülebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır (TMK md.598/3). Böylelikle hak sahipliğini ortaya koyan ilgili belge türüne göre belgenin tespit/teşhis ve tasarruf yetkisi işlevi bertaraf edilebilecektir.

Fakat ilgisince süresinden sonra mirasçılık belgesi/vasiyet alacaklısı belgesinin geçersizliğinin dermeyan edilmesi, ispat yükünü tersine çevirecektir. Değişik bir ifadeyle mirasçılık belgesi/vasiyet alacaklısı belgesi talebine yönelik yapılan yargılamada hak sahipliğini ispat etmesi gereken taraf talep eden olduğundan, ilgililerin süresinde salt itiraz etmekle hak sahipliği belgesinin verilmesini önleme imkânı söz konusu iken; itiraz süresinden sonra atanmış mirasçı ya da vasiyet alacaklısının ölüme bağlı tasarrufa dayalı olarak hak sahibi bulunmadığını ispat yükü, bunu ileri süren ilgilinin üzerindedir⁴⁶. Buna karşın bu sürede ölüme bağlı tasarruf ve dahi talep edenin sıfatına dair açıkça itiraz vâki olursa, sulh hukuk hâkimince artık hak sahipliği belgesi verilemeyeceğinden talep reddedilecektir. Öte yandan aslında hak sahibi olmadığı için bilahare geçersizleşen bir mirasçılık belgesine güvenerek işlem yapan karşı tarafın iyiniyetinin, mirasçılık belgesinin böylesi bir fonksiyonu

46 DURAL/ÖZ, s.401-402; İMRE/ERMAN, s.338; GÖNENSAY, *Miras*, s.247; GÖNENSAY, *Miras Hukuku*, s.230; GÖKTÜRK Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku Üçüncü Kitap-Miras Hukuku*, 2.Basım, Ankara, 1947, s.642; ÖZTAN, s.383-384; ERİŞGİN, s.95 ve 106; KURŞAT, s.296; KOCAAĞA, s.91 ve 97-98; "Yapılan yargılamaya, toplanan delillere ve dosya içeriğine göre, temyiz olunan kararda yazılı gerekçelere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve yasaya uygun Bölge Adliye Mahkemesi kararının onanmasına (...) oy çokluğu ile karar verildi. **KARŞI OY:** Uyuşmazlık, vasiyetname ile yapılan ölüme bağlı tasarrufun mirasçılık belgesinde gösterilmesinin gerekli olup olmadığına ilişkindir. (...) İlâm hükmünde olmayan mirasçılık belgesi, lehine düzenlenen kişi bakımından bir karine oluşturur ve aksi ispat edilene kadar bu kişi mirasçı kabul edilir. Diğer mirasçı ve vasiyet alacaklıları, mirasçılık belgesinin aksini her zaman iddia ve ispat edebilirler. Bu kişilerin MK m. 598/II'de öngörülen bir aylık süre içinde itiraz etmemiş olmaları, onların haklarının düşmesi sonucunu doğurmaz. Mirasçılık belgesi, bu belgeyi alan kişinin mirasçılığı lehine karine oluşturduğundan, bunun aksi ispat edilinceye kadar, o kişi mirasçılık hak ve yetkilerine sahip olur. Mirasçılık belgesi verilmesine ilişkin davada, hükmün infazda tereddüt ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde kurulması gerekir. Ayrıca, hâkim talep olmadığı halde istek dışına çıkarak ölüme bağlı tasarrufun gözetileceğine işaret etmiştir. Ölüme bağlı tasarruf ile lehine kazandırma yapılanlar, bu haklarının iptal davasına konu edilmemiş olmak kaydıyla, tanınmasını ilgisinden talep etme hakkına sahiptir. Mirasçılık belgesinde ölüme bağlı tasarrufun içeriği ile ilgili herhangi bir açıklama yapılmasını gerektirir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ölüme bağlı tasarrufun iptal davasına konu olabilmesi, saklı payı zedelenen mirasçıların saklı paylarının verilmesini isteyebilecek olması, buna karşın mirasçılık belgesinin tapuda devri sağlayacak belge gücünde olması nedeniyle, içeriğinde murisin tasarrufu ile ilgili açıklama bulunan mirasçılık belgesinin iptali gerekir. Bu nedenle sayın çoğunluğun onama görüşüne katılmıyorum." Y. 14.HD. 16.04.2019 tarih ve 2018/2469 E. - 2019/3451 K. (UYAP).

olmadığından bahisle korunmayacağı ve fakat bu kişiden kazanımda bulunan üçüncü kişi iyiniyetli ise özel hükümler çerçevesinde (TMK md.988, 1023) iyiniyetinin korunacağı ifade edilmelidir⁴⁷.

Vasiyet alacaklısı belgesi talebinde bulunmak için belirli mal bırakma tasarrufu içeren ölüme bağlı tasarruf yoluyla vasiyet alacaklısı konumunda bulunmak ve söz konusu ölüme bağlı tasarrufa ilgililerince itiraz edilmemesi yeterli olup; örneğin vasiyetnamenin tenfiz edilmesi zorunlu değildir⁴⁸. Mahkemece bu yöndeki talep üzerine atanmış mirasçılık belgesi talebinde olduğu gibi gerekli incelemelerin ardından, “Talebin kabulüne; mirasbırakan M tarafından tanzim olunan N noterliğinin t tarih ve y yevmiye nolu düzenleme şeklinde vasiyetnamesi ile ... mahallesi ... sokak No: ... adresindeki evinin içinde bulunan tüm eşyalarını/B bankası merkez ve şubelerinde adına kayıtlı bulunan vadeli, vadesiz, TL, döviz, her çeşit hesaplarını A’ya vasiyet ettiğinden bahisle talep eden A’nın vasiyet alacaklısı olduğunun tespitine” şeklinde bir karar verilmesi isabetli olacaktır.

Yabancılık unsuru içeren vasiyet alacaklısı belgesi talebini yalnızca

47 DURAL/ÖZ, s.402; SEROZAN/ENGİN, s.492-493; KOCAYUSUPFAŞAOĞLU, s.586-591; OĞUZMAN M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 22.Bası, İstanbul, 2020, s.278 ve 299 dn.820; SİRMEN A.Lâle, **Eşya Hukuku**, 7.Baskı, Ankara, 2019, s.234; ERMAN Hasan, **Eşya Hukuku Dersleri**, 9.Basım, İstanbul, 2020, s.45 ve 48-49; AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Gözden Geçirilmiş 14.Baskı, Ankara, 2020, s.251-252; ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8.Baskı, Ankara, 2019, s.170-171; NOMER Haluk Nami/ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, 2015, s.125-126; ÖZÜĞÜR, s.596; ŞENER, **Miras Şerhi**, s.173-174; EREN/YÜCER AKTÜRK, s.456; ÇABRİ, s.411-417; KOCAAĞA, s.102-104; İYİLİKLİ, s.341 vd.; Aksi yönde Antalya/Sağlam, maddi doğruluğu olmayan mirasçılık belgesine güvenen üçüncü kişinin bu güveninin korunması gerektiğini savunmaktadır. ANTALYA/SAĞLAM, s.415; Kurşat, bu hususta bir kanun boşluğu bulunduğu ve bunun kanun koyucunun amacına uygun biçimde doldurulması gerektiğini ileri sürerek mirasçılık belgesinin hatalı olması sebebiyle Devletin kusursuz sorumluluğu bulunması gerektiğini belirtmektedir. KURŞAT, s.319-327; Erişgin ise mirasçılık belgesinde gösterilen mirasçı sayısının birden fazla olup olmamasına ve tasarruf konusunun taşınır, taşınmaz veya alacak niteliğinde bulunmasına dayalı ayrımlara gitmekte ve bahse konu bir kısım ihtimalde üçüncü kişinin hak kazanımının korunması gerektiğini savunmaktadır. ERİŞGİN, s.210-223.

48 “(...) Somut olaya gelince, mirasbırakan Amine Berire T...’nun düzenlenen 1.7.1988 tarihli vasiyetname ile eşi Ahmet Haluk T... lehine muayyen mal vasiyetinde bulunduğu, vasiyetnamenin 15.10.2009 tarihinde mirasçılardan yüzlerine okunduğu ve iptali yönünde bir dava da açılmadığı anlaşılmıştır. Az yukarıda açıklanan hukuksal olgu, vasiyet alacaklısı belgesinin istenilebilmesi için tenfizin (yerine getirme) zorunlu olmadığı, davacının dava dilekçesinde vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi isteminde de bulunduğu gözetilerek bu yöndeki istemin kabulüne karar verilmesi gerekirken yersiz gerekçelerle bu istemin de reddedilmesi isabetsiz, davacı Ahmet Haluk T...’nun temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülduğünden kabulü ile hükmün bozulmasına (...)” Y. 7.HD. 29.09.2011 tarih ve 2011/2989 E. - 2011/5591 K. (UYAP).

Türkiye'deki malvarlığı için değerlendirmek lazımdır⁴⁹. Bunlar dışında esasen belirli mal bırakma yoluyla vasiyet alacaklısı konumundaki bir kimsenin mahkemeden atanmış mirasçılık belgesi talep etmesi halinde, talep salt bu sebeple reddedilmeyip; “çoğun içinde az da vardır” kuralı gereği, söz konusu talebin vasiyet alacaklısı belgesi tanzimi şeklinde kabulü ile bu yönde hüküm kurulmalıdır⁵⁰.

SONUÇ

Maddî anlamda ölüme bağlı tasarruflar, şeklî anlamda ölüme bağlı tasarrufların muhteviyatını oluşturan, mirasbırakanın ölümünden sonra geçerli olmasını talep ettiği emir, istek, dilek ve arzularıdır. Atanmış

49 “Hasımsız olarak görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı Winifred Alice O... tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü: Dava, muayyen mal vasiyetine ilişkin belge verilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş ise de, varılan sonuç davanın niteliğine, tarafların sıfatına, dosya kapsamında toplanan delillere uygun düşmemiştir. (...) Toplanan delillerden miras bırakan John O... 15.10.2007 tarihinde öldüğü, Türkiye’de bulunan bütün malları yönünden F... 3.Noterliği tarafından re’sen düzenlenen vasiyetname ile davacıyı vasiyet alacaklısı olarak atadığı, vasiyetnamenin açılıp okunduğu kesinleştiği anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca mahkemece, davanın vasiyet alacaklısı belgesi istemi olarak nitelendirilerek davacıya Türkiye’de bulunan malları yönünden vasiyet alacaklısı olduğunu gösterir belge verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi isabetsiz, davacının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görüldüğünden kabulüyle hükmün bozulmasına (...) oybirliği ile karar verildi.” Y. 7.HD. 17.11.2011 tarih ve 2011/5126 E. - 2011/6922 K. (UYAP).

50 “Toplanan delillerden muris Mehmet E...’in 16.05.2012 tarihinde K... 3. Noterliği’nde düzenlenen düzenleme şeklinde vasiyetname ile davacıyı vasiyet alacaklısı olarak atadığı anlaşılmaktadır. Mirasçılık belgesi verilmesi isteminde bulunulabilmesi için davacı tarafın mutlaka murisle arasında irs ilişkisi bulunmasının gerekmediği, vasiyet alacaklılarının da vasiyet alacaklısı olduğunu gösteren bir belge verilmesini isteyebileceği gözetildiğinde davacının istemi bu çerçevede değerlendirilmelidir. Hal böyle olunca, mahkemece davacının mirasçılık belgesi verilmesi isteminde ‘çoğun içinde azı da vardır’ ilkesi uyarınca davacının isteminin vasiyet alacaklısı belgesi verilmesi olarak nitelendirilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” Y. 14.HD. 16.06.2015 tarih ve 2015/2117 E. - 2015/6746 K.; Aynı yönde bkz. Y. 14.HD. 01.03.2016 tarih ve 2015/11921 E. - 2016/2566 K.; Y. 14.HD. 12.01.2016 tarih ve 2015/6326 E. - 2016/187 K.; Y. 14.HD. 07.05.2015 tarih ve 2015/1934 E. - 2015/5185 K.; Y. 14.HD. 09.03.2015 tarih ve 2015/2695 E. - 2015/2563 K.; Y. 8.HD. 13.03.2014 tarih ve 2013/5301 E. - 2014/4239 K. (UYAP);

Bu halde istemin reddi gerektiği hususunda aksi yönde bkz. “Somut olayda, vasiyetçi Cemal Z...’nin 25.06.2003 tarihli vasiyetnamesinde bir kısım mallarını Mehmet ve Ahmet Z...’ye, bir kısım mallarını Gülnihal B...’ye, bir kısım mallarını da üçüne birlikte bıraktığı anlaşılmaktadır. Bir kişinin mirasını tamamını veya belirli bir oranını almasını içeren her ölüme bağlı tasarruf mirasçı atanması sayılır. Bu şekilde belirlenmiş olan mirasçıya da atanmış mirasçı denilir. Mirasbırakan ölüme bağlı tasarruf ile bir kimseye, onu mirasçı atamaksızın, belirli bir mal bırakma yoluyla kazandırmada bulunmuşsa buna muayyen mal vasiyeti, lehine vasiyet edilen kişiye de vasiyet alacaklısı denir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 598. maddesi (...) hükmüne göre, mirasçılık belgesi yasal mirasçılara ve atanmış mirasçılara verilebilir. Muayyen mal vasiyeti alacaklısının mirasçılık belgesi isteme hakkı yoktur. O halde mahkemece, muayyen mal vasiyeti alacaklısı olan davacıların mirasçılık belgesi isteminin reddine karar verilmesi gerekirken mirasçılık belgesi düzenlenmesi doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle bozulması gerekmektedir.” Y. 14.HD. 26.01.2016 tarih ve 2015/12033 E. - 2016/938 K. (UYAP); Aynı yönde bkz. Y. 2.HD. 02.03.2005 tarih ve 2005/20 E. - 2005/3128 K.; Y. 2.HD. 19.12.2002 tarih ve 2002/12676 E. - 2002/14306 K. (GENÇCAN, Medeni, s.3605).



mirasçı, mirasbırakanın, şekli anlamda ölüme bağı tasarruf marifetiyle terekesinin tamamı veya kesirli bir oranı için hak sahibi kıldığı kimsedir. Atanmış mirasçı, aynen yasal mirasçılar gibi, mirasın açılmasıyla birlikte mirasbırakanın külli halefi olması sebebiyle mirası kendiliğinden ve doğrudan doğruya kazanır (TMK md.599/3). Vasiyet alacaklısı ise mirasbırakanın, mirasçı olarak atamaksızın terekesi üzerinde mirasçılara karşı nispi hak oluşturduğu kişidir. Vasiyet alacaklısı, yalnızca vasiyet borcunun yerine getirilmesine yönelik bir (şahsi) alacak hakkı elde etmektedir (TMK md.600/1).

Atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi marifetiyle ilgili hak sahiplerinin söz konusu sıfatlarının tespit edilerek alenileştirilmesi; tereke üzerinde hak sahipliği iddialarını ispat kolaylığı tanınmakla tereke mallarına ilişkin tasarruflarda bu kimsenin tasarruf yetkisini haiz bulunduğunun üçüncü kişiler nezdinde belirginleştirilmesi; tanzim olunan kişilerin lehine bir karine oluşturulması; söz konusu sıfatlara itiraz edenler uyarılmak suretiyle aksini ortaya koymak için açacakları davalarda varlık ve geçerliliğine karşı çıkılacak somut bir belge tanzim edilmesi sağlanmakta ve tereke mallarının tescil ya da tesliminden evvel terekeye dair uyuşmazlıkların mümkün olduğu ölçüde tasfiye edilmesi amaçlanmaktadır.

Atanmış mirasçılık belgesi, çekişmesiz yargı işi olup (HMK md.382/1 ve 382/2-c-6); görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesidir (HMK md.383, TMK md.598/2). Noterlerin mirasçılık belgesi tanzim yetkisi, yalnızca yasal mirasçılık belgesi düzenlenmesiyle sınırlı olduğu öngörüldüğünden (NK md.71/A-B-C ve TMK md.598/1), fikrimizce noterlerin atanmış mirasçılık belgesi düzenleme yetkileri bulunmamaktadır. Bu yönde herhangi bir kesin yetki olmadığından, atanmış mirasçı veya vasiyet alacaklısı Türkiye'nin her yerinden ilgili hak sahipliği belgesi için talepte bulunabilir.

Atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi yönünden talep eden taraf, maddi anlamda ölüme bağı tasarruf neticesinde külli veya cüzi halefiyet yoluyla hak sahibi olan tasarruf lehdarının kendisidir. Kural olarak mirasçılık belgesi talebi çekişmesiz yargı işi niteliği taşıdığından (HMK md.382/2-c-6), ilgili talepler hasımsız olarak ikame edilebilir. Sulh hukuk mahkemesinin görevine giren işlerde basit yargılama usulü uygulanır (HMK md.316/1-a).

Talep dilekçesinin sunulmasının ardından mahkemece bir esas numarası üzerinden, ilgili hak sahipliğine dayanak şekli anlamda



ölüme bağlı tasarrufun bir örneğinin dosyaya getirilerek incelenmesi gerekir. Bu bağlamda hak sahipliğine dayanak belge bir vasiyetname ise, vasiyetnamenin açılması dosyasının celbi ve tetkiki lazımdır. TMK md.598/2 uyarınca ilgililere tanınmış süre içinde itirazda bulunulması ve ölüme bağlı tasarrufun iptali yahut tenkis vb. davası açılması durumunda, bu konudaki anlaşmazlık çözümlenmeden ya da itiraz bertaraf edilmeden atanmış mirasçılık belgesi veya vasiyet alacaklısı belgesi verilemez.



KAYNAKLAR

ANTALYA O.Gökhan/SAĞLAM İpek, **Miras Hukuku**, 3.Baskı, İstanbul, 2015

AYAN Mehmet, **Eşya Hukuku -I- Zilyetlik ve Tapu Sicili**, Gözden Geçirilmiş 14.Baskı, Ankara, 2020

BAYGIN Cem, **Vasiyetnamelerle İlişkin İhtiyat Tedbirleri ve Özellikle Vasiyetnamenin Tenfizi Meselesi**, EBYÜHFD, C.3, S.1, Erzincan, 1999, s.235-262

BELGESAY Reşit Mustafa, **Türk Kanunu Medenisi Şerhi**, Üçüncü Kitap-Miras, 4.Baskı, İstanbul, 1952

BOLAK Ahmet Ertuğrul, **Uygulamada Miras ve Tereke Hukuku**, İstanbul, 1980

ÇABRİ Sezer, **Miras Hukuku Şerhi**, C.2 (TMK md.575-639), İstanbul, 2020

DALAMANLI Lütfü, **Miras Hukuku Tatbikatı (Açıklamalı-Örnekli-İçtihatlı)**, Ankara, 1975

DEMİR Mehmet, **Vasiyetnamelerin Açılması ve Yerine Getirilmesi**, TBB Dergisi, C.7, S.3, Ankara, 1995, 342-377

DURAL Mustafa/ÖZ Turgut, **Türk Özel Hukuku C.IV Miras Hukuku**, 11.Bası, İstanbul, 2017

EM Ali/ SÖZEN Ayten/ YILMAZ Zümra/ KAÇAK Nazif, **Açıklamalı-Gerekçeli Türk Medeni Kanunu ve Uygulama Kanunu**, Ankara, 2002

EREN Fikret/YÜCER AKTÜRK İpek, **Türk Miras Hukuku**, 2.Baskı, Ankara, 2019

ERİŞGİN Nuri, **Mirasçılık Belgesi**, Ankara, 2013

ERMAN Hasan, **Eşya Hukuku Dersleri**, 9.Basım, İstanbul, 2020

ESCHER Arnold, **Medeni Kanun Şerhi-Miras Hukuku**, Çev. Sabri Şakir Ansay, Ankara, 1949

ESENER Turhan/GÜVEN Kudret, **Eşya Hukuku**, Genişletilmiş ve 6750 Sayılı Kanun Eklenmiş 8.Baskı, Ankara, 2019

GENÇCAN Ömer Uğur, **4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu**, Genişletilmiş 2.Baskı, Ankara, 2007 (Medeni)

GENÇCAN Ömer Uğur, **Miras Hukuku**, 3.Baskı, Ankara, 2016 (Miras)

GÖKÇE Erdoğan, **Mirasçılık Belgesi Düzenleme Yetkisinin Noterlere Verilmesi Üzerine Görüşler**, İstanbul Barosu Dergisi, C.85, S.5, İstanbul, 2011, s.235-242

GÖKTÜRK Hüseyin Avni, **Türk Medeni Hukuku Üçüncü Kitap-Miras Hukuku**, 2.Basım, Ankara, 1947

GÖNENSAY Ahmet Samim, **Hukuku Medeniyeden Miras Hukuku**, İstanbul, 1932-1933 (Miras)

GÖNENSAY A.Samim, **Medeni Hukuk C.III - Miras Hukuku**, İstanbul, 1938 (Miras Hukuku)

GÖNENSAY Samim/BİRSEN, Kemalettin, **Miras Hukuku**, 2.Bası, İstanbul, Ahmet Said Matbaası, 1963

HELVACI İlhan, **Gerekçeli-Karşılaştırmalı-İçtihatlı-Notlu Türk Medeni Kanunu, C.3, Miras Hukuku**, 1.Baskı, İstanbul, 2013

İMRE Zahit/ERMAN Hasan, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 13.Basım, İstanbul, 2017

İNAL Nihat, **Örnek Karar Dilekçelerle Açıklamalı Türk Medeni Yasası (Miras-Eşya Davaları)**, C.2, Yenilenmiş 3.Baskı, Ankara, 2012

İNAN Ali Naim/ERTAŞ Şeref/ALBAŞ, Hakan, **İnan Türk Medeni Hukuku Miras Hukuku**, Mevzuattaki Değişikliklere ve Uygulamalardaki Yeniliklere Göre Genişletilmiş ve Güncellenmiş 9.Baskı, Ankara, 2015

İYİLİKLİ Ahmet Cahit, **Mirasçılık (Veraset) Belgesinin Hukuk Yargılamasındaki Görünümü**, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.5, S.9, Ankara, 2017, s.281-382

KAÇAK Nazif, **Yeni İçtihatlarla Yeni Miras Hukuku**, 1.Bası, Ankara, 2006

KILIÇOĞLU Ahmet, **Miras Hukuku**, Genişletilmiş 8.Bası, Ankara, 2018

KOCAAĞA Köksal, **Mirasçılık Belgesi (MK md.598)**, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, S.1-2, Ankara, 2004, s.83-105

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip, **Miras Hukuku**, Hiç Değişiklik Yapılmamış 3.Bası, İstanbul, 1987

KÖPRÜLÜ Bülent, **Miras Hukuku Dersleri**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.Bası, İstanbul, 1985

KURŞAT Zekeriya, **Terekenin Korunması Önlemleri**, İstanbul, 2010



KURŞAT Zekeriya, **Noterlere Mirasçılık Belgesinin Düzenlenmesi Yetkisinin Tanınması Hakkında Değerlendirme**, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s.583-596

NOMER Haluk Nami/ERGÜNE Mehmet Serkan, **Eşya Hukuku (Zilyetlik ve Tapu Sicili)**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2.Bası, İstanbul, 2015

OĞUZMAN M. Kemal, **Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6.Bası, İstanbul, 1995

OĞUZMAN M.Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, **Eşya Hukuku**, Güncellenmiş ve Eklmeler Yapılmış 22.Bası, İstanbul, 2020

ÖZMEN İsmail, **Açıklamalı-İçtihatlı-Uygulamalı Tereke Hukuku Davaları**, Ankara, 1997

ÖZTAN Bilge, **Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)**, 7.Bası, Ankara, 2016

ÖZUĞUR Ali İhsan, **Türk Medeni Kanunu'ndan Önce ve Sonra Miras Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, C.1, Ankara, 2016

SEROZAN Rona/ENGİN Baki İlkay, **Miras Hukuku**, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara, 2018

ŞENER Esat, **Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medenî Kanunu**, Ankara, 1991 (Medeni)

ŞENER Esat, **Eski ve Yeni Miras Hukuku (Şerh)**, Ankara, 1988 (Miras Şerhi)

ŞENER Esat, **Uygulamada ve Teoride Her Yönü ile Vasiyet Hukuku**, Ankara, 1995 (Vasiyet)

SİRMEN A.Lâle, **Eşya Hukuku**, 7.Baskı, Ankara, 2019

TUOR Pierre, **İsviçre Medeni Kanununun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı**, Birinci Kısım, Çev. Amil Artus, Ankara, 1956



SEÇİMLERİN SERBESTLİĞİ İLKESİ BAĞLAMINDA MEKTUPLA OY KULLANIMI

(Correspondence Voting within the context of the Principle of Freedom of Elections)

İbrahim Ethem SEZER¹

ÖZ

Tüm dünyada yaşanan Covid-19 salgın hastalığı, gündelik hayatta maske takma zorunluluğu, mesafeli sosyal hayat, uzaktan eğitim ve selamlaşma gibi önemli etkiler doğurmuştur. Salgın hastalık dönemine denk gelebilecek bir seçimde, hastalığın seçmen davranışları üzerinde de etkileri olacağı kuşkusuzdur. Hastalığın kapalı ortamlarda ve insandan insana solunum yoluyla daha hızlı yayılabilmesi dikkate alındığında, salgın hastalık, seçmenlerin oy verme isteklerini azaltabilecektir. Bu durum ise temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin işlerlik kazanmasına engel olacaktır. Bahsi geçen olumsuz neticelerin önüne geçilebilmesi için uzaktan mektupla oy kullanma yönteminin faydaları bulunmaktadır.

Mektupla oy kullanma yönteminin seçim güvenliği bakımından riskler taşıdığı da bir gerçektir. Anayasa Mahkemesi mektupla oy kullanma yöntemini seçimlerin serbestliği ve gizliliği ilkesine aykırı bulmuştur. Bununla birlikte salgın dönemine denk gelen bir seçimde temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin sağlanabilmesi için yeni bir yasal düzenleme ile bir B planı olarak mektupla oy kullanma yönteminin düzenlenmesi mümkündür. Yasal düzenleme yapılırken ise seçim güvenliğini temin edebilecek asgari yasal güvencelerin öngörülmesi gerekir.

Anahtar Kelimeler: Covid-19, mektupla oy kullanımı, serbest ve gizli oy ilkesi, seçim güvenliği.

ABSTRACT

The Covid-19 epidemic disease experienced all over the world has had important effects such as the obligation to wear masks in our daily lives, distance social life, distance education and greetings. There is no doubt

1 Hakim/Lice Adliyesi, Dicle Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku, Doktora Öğrencisi, e-posta: iesezer2023@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3857-9962.

that the disease will have an impact on voter behavior in an election that may coincide with the epidemic period. Considering that the disease can spread more rapidly in closed environments and from person to person by respiratory route, the epidemic may reduce the willingness of voters to vote. This situation will prevent the principles of fairness in representation and stability in administration from becoming operational. In order to prevent the aforementioned negative consequences, there are benefits to the remote voting method.

It is also a fact that the method of voting by letter carries risks in terms of election security. The Constitutional Court found the method of voting by letter contrary to the principle of freedom and confidentiality of elections. However, in an election coinciding with the epidemic period, in order to ensure the principles of fairness in representation and stability in administration, it is possible to regulate the method of voting by letter as a B plan with a new legal regulation. While making legal arrangements, minimum legal guarantees that can ensure election security should be envisaged.

Keywords: Covid-19, voting by letter, principle of freedom and confidentiality of elections, election security.

GİRİŞ

Dünyada ve ülkemizde yaşanan ve Koronavirüs Hastalığı (Covid-19)² olarak tanımlanan salgın hastalık, gündelik hayatta maske kullanımı, el temizliği, mesafeli sosyal hayat, uzaktan eğitim, kapalı ortamlarda uzun süreli bulunmama şeklinde önemli sonuçlar meydana getirmiştir. Toplumsal hayatta meydana gelen bu tür sonuçlara hukuk düzenlerinin de kayıtsız kalması mümkün değildir. Salgın hastalığın olumsuz etkilerini en aza indirmek için yasa koyucular tarafından farklı alanlarda yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Salgın hastalık döneminde kiracıların kira bedellerini ödeyememesinin kira sözleşmesinin fesih sebebi olarak kabul edilmemesi, salgın döneminde işçilerin iş akitlerinin fesih edilmesinin yasaklanması durumları salgın hastalığın hukuksal sonuçları olarak zikredilebilir.

2 İlk defa Çin'de 2019 yılı Aralık ayında ortaya çıkan, bulaştığı kişilerde ateş, öksürük, nefes darlığı gibi belirtilere sebep olan virüs, SARS-CoV-2 olarak anılmaktadır. Söz konusu virüsün ortaya çıkardığı hastalık ise Dünya Sağlık Örgütü tarafından Koronavirüs Hastalığı (Covid-19) olarak tanımlanmıştır. Covid-19 ismi, corona (korona)-virus (virüs)- disease (hastalık) kelimelerinin baş harflerinden oluşmaktadır. 2019 rakamı ise hastalığın ortaya çıktığı yılı temsil etmektedir. Bkz. <https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html> (Çevrimiçi e.t.07/11/2021)

Çalışmamız bakımından önem arz eden, salgın hastalığın önemli diğer bir hukuksal sonucu ise uzaktan mektupla oy kullanım yöntemidir. Gerçekten de 2020 yılı devlet başkanı seçimi salgın dönemine denk gelen Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde oy hakkına sahip vatandaşlar uzaktan, mektupla oy kullanmışlardır. İşbu çalışmamız bağlamında da salgın hastalığın olumsuz etkilerini en aza indirebilmek için, mektupla oy kullanma yönteminin Türk hukuk sistemi bakımından uygulanabilir bir yöntem olup olmadığı, mektupla oy kullanma yönteminin serbest seçim ilkesi ile uyumlu olup olmadığı, konu ile ilgili Anayasa Mahkemesi kararı ve ABD uygulaması da incelenerek değerlendirilecektir.

I. MEKTUPLA OY KULLANMA YÖNTEMİNE İLİŞKİN ANAYASA MAHKEMESİNİN 29/05/2008 TARİH, 2008/33 ESAS, 2008/113 KARAR SAYILI İLAMI

Mektupla oy kullanma yöntemi³ ilk defa 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun'da⁴ 2008 yılında yapılan değişiklik ile yurt dışı seçmenlerin kullanabileceği bir oy kullanma yöntemi olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. 298 sayılı Kanun md.94/A ilk hali ile “Yurt dışı seçmenlerin sandık, mektup, gümrük kapılarında oy kullanma veya elektronik oylama yöntemlerinden hangisine göre oy kullanacağına yabancı ülkenin durumuna göre Dışişleri Bakanlığının görüşünü alarak Yüksek Seçim Kurulu karar verir.” şeklinde kabul edilmiştir. 298 sayılı Kanun md.94/B ile de mektupla oy kullanma yönteminin işleyiş süreci düzenlenmiştir.

Yurt dışı seçmenler bakımından kabul edilen mektupla oy kullanma yöntemine imkân veren söz konusu yasal düzenleme aleyhine Anayasa Mahkemesine iptal davası açılmış ve Anayasa Mahkemesi mektupla oy kullanma yöntemi bakımından ayrıntılı değerlendirmelerde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi bahsi geçen kararda mektupla oy kullanma konusunda;

3 Mektupla oy kullanma yöntemi ile seçim günü bir şekilde sandık başına gidemeyen seçmenlerin herhangi bir kâğıda, el yazıları ile oylarını yazarak seçim kurullarına göndermeleri yöntemi ifade edilmez. Bu yöntemde, seçmenler, seçim kurullarınca özel olarak bastırılan ve seçmenlerin adreslerine gönderilen oy pusulasında tercihini yapar ve oy pusulasını gene kendisine gönderilmiş bir zarfa koyar ve bu zarfa seçmenin ismi yazılmaz. Seçmen bu zarfı, kendi isminin yazılı olduğu kendisine gönderilmiş diğer ikinci bir zarfa koyar ve bu ikinci zarf, seçmen tarafından seçim gününden önce seçim görevlilerine teslim edilir veya posta ile gönderilir. Bkz. AKARTÜRK Ekrem Ali, **Oy Hakkının Anayasal İlkeleri**, Legal Yayınevi İstanbul, 2017, s.64; ÇOBAN Ali Rıza, “Mektupla Oy: Demokrasi İçin Bir Umut Mu Yoksa Tehdit Mi?”, **TBB Dergisi**, S.83, 2009, s.33.

4 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun 26/04/1961 tarihinde kabul edilmiş ve 02/05/1961 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.



“Devletin, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy verme haklarını kullanabilmelerini sağlarken Anayasa’da belirlenen seçim ilkelerine uygun ve uygulanabilir nitelikteki tedbirleri alması gerekir. İptali istenilen yasa kurallarında öngörülen mektupla oy kullanma yöntemi, seçmenin oyunu kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etkiye açık olması nedeniyle seçmenin iradesini korumaya elverişli bulunmamaktadır. Seçimin serbestliği ilkesi, seçmenin oyunu her türlü etkiden uzak ve gizlilik içinde kullanmasının tam olarak güvence altına alınması halinde gerçekleşebilir. Bu güvencenin ise kuralda öngörülen mektupla oy verme yöntemi ile gerçekleştirilmiş olduğundan söz edilemez. Bu nedenle seçim için aranan serbestlik ve gizlilik ilkelerini sağlamaya elverişli bulunmayan mektup yöntemiyle oy kullanılmasına ilişkin yasa kuralları Anayasa’nın 67. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.” değerlendirmelerinde bulunarak 298 sayılı Kanun md. 94/A’da yer alan “mektup” ibaresinin ve 94/B maddesinin de mektupla oy kullanma yöntemi yönünden seçimlerin serbestliği ilkesine aykırı olduğundan bahisle iptaline karar vermiştir.

Bahsi geçen karar her ne kadar oy birliği ile alınmış bir karar olsa da bir kısım üyeler farklı gerekçe ile mektupla oy kullanma yöntemini Anayasa’ya aykırı bulmuşlardır. Farklı gerekçe ile iptal kararı yönünde görüş ileri süren üyeler;

“298 sayılı Yasa’ya 5749 sayılı Yasa ile eklenen 94/A maddesindeki “mektup” sözcüğü, kararda belirtilen nedenlerle Anayasa’ya aykırı bulunarak, mektupla oy kullanmanın her halde Anayasa’ya aykırılık oluşturacağı sonucuna varılmış ise de serbest oy ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemlerin uygulanmadığı durumlarda, Anayasa’ya aykırılık gerekçesi gözetilerek yeni düzenleme yapılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır. Bu gerekçeyle çoğunluk görüşüne katılıyoruz.” değerlendirmelerinde bulunmuştur.

Mektupla oy kullanma yöntemi konusunda Anayasa Mahkemesinin iptal kararında yer alan çoğunluk gerekçesi ve farklı gerekçe değerlendirildiğinde, mektupla oy kullanma yönteminin esas olarak seçimlerin serbestliği ilkesi bağlamında değerlendirilerek Anayasa’ya aykırı bulunduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte farklı gerekçe ileri süren Yüksek Mahkeme üyeleri, mektupla oy kullanma yönteminin her durumda Anayasa’ya aykırı olmadığı, seçimlerin serbestliği ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemler uygulanmadığı durumlarda, Anayasa’ya aykırılık gerekçeleri dikkate alınarak mektupla oy kullanma bakımından yeni bir düzenleme yapılmasına da anayasal bir engel bulunmadığı görüşünü ileri sürerek, mektupla oy kullanma yönteminin

Türk hukuk sistemi bakımından da belli şartlar altında uygulanabilir olduğunu belirtmişlerdir.

İşbu çalışmamız bakımından da mektupla oy kullanma yönteminin hangi şartlar altında uygulanabilir bir yöntem olabileceği konusunda Anayasa Mahkemesinin yukarıda incelenen iptal kararı ışığında, ABD uygulaması da incelenerek değerlendirme yapılacaktır. Bu bağlamda Anayasa Mahkemesinin mektupla oy kullanma yöntemini, anayasal bir ilke olan seçimlerin serbestliği ilkesine aykırı görmesi de dikkate alınarak öncelikle seçimlerin serbestliği ilkesi incelenmelidir.

II. SERBEST SEÇİM İLKESİ

Serbest seçim ilkesi, oy hakkına sahip vatandaşların hiçbir baskı altında olmadan, zorlamaya maruz kalmadan oy kullanabilmelerini ve oy vermenin bir yükümlülük haline getirilemeyeceğini ifade eder.⁵ Bu ilke çağdaş demokrasiler bakımından vazgeçilmez bir ilkedir. Anayasa md. 67/2 ile “Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler” düzenlemesi kabul edilmiştir. Bu sebeple serbest seçim ilkesi anayasal bir ilkedir. Ayrıca Avrupa İnsan Haklar Sözleşmesi (AİHS) 1 no.lu Protokol’ün 3. maddesi⁶ ile de serbest seçim hakkı düzenlenmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından; serbest seçim ilkesi, “seçmenin hiçbir müdahaleye, baskıya ve etkiye kapılmadan oyunu kullanmasını ifade eder.”⁷ şeklinde tanımlanmıştır. Seçimlerin serbestliği ilkesi kapsamı itibarıyla, oy kullananların kanaat oluşturma özgürlüğünü ve ifade özgürlüğünü koruma altına alır.⁸ Bu bağlamda seçimlerin serbestliği ilkesi gereğince devlet organlarının medyanın kullanımı, afiş asma gibi propaganda faaliyetlerinde eşit ve tarafsız davranılmalı, oy kullanacak vatandaşların kanaatlerinin oluşma özgürlüğü ihlal edilmemeli, ayrıca

5 GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3.baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.493.

6 AİHS md.3 “Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler” düzenlemesini içermektedir. Söz konusu düzenleme sadece yasama organının seçilmesi bakımından uygulama alanına sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gözler Kemal, “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine”, (<http://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html>) (Çevrimiçi e.t.13/12/2020); ALTINKÖK Serhat, “Avrupa İnsan Hakları İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.5, 2018, s.38; Metin Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S.48, 2007, s.127.

7 AYM, E.2018/69, K.2018/47, K.T. 31/05/2018.

8 AKARTÜRK, 2017, s.55.



oy kullananların ifade özgürlüğünü engelleyecek şekilde seçmenler üzerinde baskı kurmaktan kaçınılmalı, seçimlerin dürüst bir şekilde yapılması için gerekli önlemler alınmalıdır.⁹ Bunu sağlamanın en temel yolu ise seçimlerin adil ve tarafsızlığını sağlayacak yürütme organından bağımsız bir kurumun mevcudiyetidir.¹⁰

Türk hukuku bakımından da seçimlerin serbestliğini sağlamak amacıyla, Anayasa md. 79/2 ile “Seçimlerin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma....” konusunda Yüksek Seçim Kurulu (YSK) görevlendirilmiştir. Serbest seçim ilkesini pekiştirmek için kanun koyucu tarafından 298 sayılı Kanun md. 88 ile “Hiçbir seçmene sandık başında müdahale, telkin veya tavsiyede bulunulamaz ve hiçbir seçmen oyunu kullandıktan sonra sandık başında kalamaz” düzenlemesi kabul edilmiştir. Ayrıca 298 sayılı Kanun md. 82/3,4,5 ile de serbest seçim ilkesinin ihlal edilmesi durumunda sandık kurulu başkanına ihlale sebep olanları uyarma ve kolluk güçleri marifetiyle ilgili kişileri sandık çevresinden uzaklaştırma yetki ve sorumluluğunun verildiği görülmektedir. Bunlardan başka 298 sayılı Kanun md. 49 vd. ile seçmenlerin kanaatlerinin özgürce oluşabilmesi için propaganda konusu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

Serbest seçim ilkesinin hayata geçebilmesi ve seçmenlerin her türlü etkiden uzak bir şekilde oy kullanabilmelerini sağlamak amacıyla, gizli oy ilkesi de kanun koyucu tarafından anayasal bir ilke olarak kabul edilmiştir. Gizli oy, seçmenlerin oylarının başkaları tarafından bilinmesi dolayısıyla onların maruz kalabileceği her türlü baskıdan korunmasını ifade eder.¹¹ Bu sebeple serbest seçim ancak gizli oy ilkesi ile hayata geçebilir.¹² Gerçekten de bir seçmenin kime oy verdiğinin bilinmesi onun üzerinde baskı oluşturabilir. Kanun koyucu tarafından 298 sayılı Kanun md. 75 ile seçimlerin serbestliğini ve gizliliğini sağlamak amacıyla, oy verme işleminin kapalı oy verme yerinde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu sebeple Türk hukukunda yürürlükte bulunan yasal düzenlemeler gereğince, mevcut şartlarda mektupla oy kullanımı hukuken mümkün görünmemektedir.¹³

9 AKARTÜRK, 2017, s.56; Metin, 2007, s.133.

10 IŞIK Hüseyin Murat, “Yeni Anayasa Tartışmaları Işığında Yüksek Seçim Kurulu”, **Stratejik Düşünce Enstitüsü, Yeni Anayasa, Demokratik Konsolidasyon Siyasal Partiler ve Seçim Rejimi**, 2013, s. 164; ŞİRİN Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S.1-2, 2011, s.316.

11 AKARTÜRK, 2017, s.60; METİN, 2007, s.136.

12 GÖZLER, **Anayasa Hukuku**, s.496.

13 GÖZLER, **Anayasa Hukuku**, s.497.

III. ABD HUKUK SİSTEMİNDE MEKTUPLA OY KULLANIMI

ABD Anayasası incelendiğinde devletin temel organlarının yasama, yürütme ve yargı olduğu, anayasa ile söz konusu devlet organlarının düzenlendiği görülmektedir.¹⁴ Yasama yetkisi ABD Anayasası md. 1 gereğince Senato ve Temsilciler Meclisinden oluşan Birleşik Devletler Kongresine aittir. Yürütme yetkisi ise ABD Anayasası md. 2 gereğince ABD Başkanına aittir. Yargı yetkisi ise ABD Anayasa md. 3 Yüksek Mahkeme'ye ve Kongrenin atayacağı ve kuracağı alt mahkemelere aittir. ABD Anayasası incelendiğinde md. 4 ile de eyaletler ile federal devlet arasındaki ilişkiler ile eyaletlerin kendi aralarındaki ilişkileri düzenleyen kurallar öngörülmüştür. ABD Anayasası'nda mektupla oy kullanımı konusunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir.

ABD Anayasası gereğince, ilgili devlet birden çok eyaletlerden oluşan federal bir devlettir. Devlet yapısı gereği, seçim işlerinin düzenlenmesi ve yürütülmesi de esas itibarıyla her bir eyaletin yetki ve sorumluluğundadır.¹⁵ Bu sebeple de seçim süreçleri ve bu arada mektupla oy kullanma yöntemi her bir eyalet bakımından farklılık göstermektedir.¹⁶ Çalışmamız kapsamında, en büyük eyaletlerden biri olması da dikkate alınarak, New York eyaleti bakımından mektupla oy kullanımı yöntemi incelenecektir.

New York eyaletinde mektupla oy kullanımı, New York Eyalet Anayasası¹⁷ md. 2 ile düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme gereğince yasama organı tarafından yasal düzenleme ile herhangi bir seçimde

14 ÇEÇEN Halil, **Birleşik Devletler Anayasası**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019, s.55 vd.

15 ABD'de seçim işlerinin yürütülmesi ve denetimi için ayrıntılı bilgi için bkz. Işık, 2013, s.170 vd; Kanat Kılıç Buğra/ Gültekin Elif, 2020 ABD Başkanlık Seçimi, SETA Yayınları, İstanbul, 2020, s. 40.

16 Belirtmek gerekir ki, mektupla oy kullanımı ABD'de eyaletlerin çoğunda kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntem ilk defa 1864 başkanlık seçiminde iç savaşta cephedeki askerlerin oy kullanabilmesi için başlatılmıştır. Mektupla oy kullanma yönteminin uygulanma şekli her bir eyalet bakımından farklılık göstermektedir. Nitekim Washington, Oregon, California, Nevada gibi eyaletlerde seçmenlere otomatik olarak mektupla oy kullanmaya ilişkin pusula ve zarf gönderilirken, Montana, Idaho, Florida, Georgia, New York gibi bazı eyaletlerde ise seçmenler tarafından herhangi bir mazeret ileri sürmeksizin (Covid-19 korkusu da dahil olmak üzere) talep edilmesi halinde mektupla oy kullanılabilir. Texas, Louisiana, Indiana gibi eyaletlerde ise haklı bir mazeret bulunması halinde (Covid-19 korkusu ötesinde) mektupla oy kullanmaya imkân tanınmaktadır. Eyaletlerin mektupla oy kullanım uygulamalarının ayrıntısı için bkz. (<https://www.npr.org/2020/09/14/909338758/map-mail-in-voting-rules-by-state>) (Çevrimiçi e.t. 13/12/2020); 2020 ABD Başkanlık Seçimi, 2020, s.38 vd.

17 New York Eyalet Anayasası incelendiğinde, ilgili eyaletin yasama organı md.3 gereğince, senato ve meclistir. Yürütme yetkisi ise md.4 gereğince Vali ve Vali Yardımcısına aittir. Yargı yetkisi ise md.6 gereğince çeşitli derecedeki mahkemelere aittir. Anayasa metni için bkz. (<https://www.dos.ny.gov/info/constitution.htm>) (Çevrimiçi e.t.12/12/2020).



ikamet ettikleri ilçede bulunamayacak seçmenler ile hastalık veya fiziksel engel nedeniyle kişisel olarak sandık başına gelemeyen seçmenlerin uzaktan mektupla oy kullanabilmelerinin düzenlenebileceği kabul edilmiştir. Mektupla oy kullanımının detayları ise New York Eyaleti Seçim Kanunu'nun¹⁸ 8.maddesinin 4.başlığında, mektupla oy kullanma yöntemine ilişkin başvuru usulü, başvuruların seçim kurulları tarafından değerlendirilme süreci, mektupla oy kullanma usulü gibi hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

New York eyaletinde, 2020 yılındaki ABD devlet başkanı seçimleri bakımından geçici, kalıcı hastalık veya sakatlık nedeniyle sandıklara gidemeyenlere mektupla oy kullanma imkânı tanınmıştır. Günümüzde yaşanan Covid-19 salgını da geçici bulaşıcı hastalık olarak kabul edilerek, ilgili hastalığa yakalanma ve hastalığın yayılma riski, mektupla oy kullanma için geçerli ve haklı bir neden olarak kabul edilmiştir.¹⁹

New York eyaleti bakımından ise mektupla oy kullanma sürecinin aşamaları şu şekildedir:²⁰ Mektupla oy kullanmak isteyen seçmenler seçimden belli bir tarih öncesine kadar matbu başvuru formu doldurarak oy pusulasını talep etmeleri gerekir. Oy pusulası seçmene ulaştıktan sonra seçmen tarafından oy pusulasına işaret konularak tercih yapılır. Tercih işleminin bitimiyle pusula katlanıp güvenlik zarfına konulur. Güvenlik zarfının dış tarafında bulunan imza yerine seçmen tarafından imza ve tarih atılır. Güvenlik zarfı ikinci bir iade zarfına konulur. İade zarfı da en geç seçim gününe kadar posta kutusuna bırakılır veya seçim bürosuna teslim edilir. Bunlardan başka iade zarfı, belli yerlerde bulunan seçim sandık kutularına da atılabilir. Mektupla gönderilen oyun doğru seçmen tarafından kullanılıp kullanılmadığı hususu, seçmen sisteminde kayıtlı imza ile zarfın üzerinde yer alan imzanın karşılaştırılması suretiyle denetlenmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, seçmen mektup ile oy kullanma talebinde bulunsa bile seçim günü sandık başına giderek şahsen oy kullanma hakkına da sahiptir.

18 Söz konusu kanunun tam metni için bkz. (<https://www.elections.ny.gov/NYSBOE/download/law/2020ElectionLaw.pdf>) (Çevrimiçi e.t. 12/12/2020).

19 Bkz. (<https://www.elections.ny.gov/VotingAbsentee.html>) (Çevrimiçi e.t.12/12/2020). Bunun dışında seçim günü New York eyaletinde bulunmayan seçmenler, hasta veya fiziksel engelli kişilerin birincil bakımından sorumlu kişiler, Veterans Health Administration Hospital'da (Gaziler Sağlık İdaresi) tedavi gören hastalar, cezaevinde bulunup da ağır bir suç dışında başka bir suçtan hüküm giyen kimseler bakımından da mektupla oy kullanma yöntemi kabul edilmiştir.

20 Bkz. (<https://www.elections.ny.gov/VotingAbsentee.html>) (Çevrimiçi e.t.12/12/2020). Ayrıca ABD hukuk sisteminde mektupla oy kullanımının aşamaları için bkz. Çoban, 2009, s.36.

Mektupla oy kullanma yöntemi bakımından olumlu görüşler ileri sürüldüğü gibi olumsuz görüşler de ileri sürülmektedir.²¹ Olumlu düşünenler, mektupla oy kullanım yönteminin kolaylık sağlayarak seçimlere katılım oranını arttırdığını, maliyetinin düşük olduğunu ileri sürmektedir.²² Bunlara mektupla oy kullanma yönteminin, tüm dünyada yaşanan Covid-19 salgın hastalığından en etkili korunma yöntemlerinden biri olan, sosyal mesafe kurallarına daha uygun olmasını da ilave edebiliriz.

Mektupla oy kullanma yönteminin aleyhine olan görüşler ise esas olarak bahsi geçen yöntemin, sahte imza ile oy kullanma, oy kullananları etkileme, oy satın alma, oyların çalınması şeklinde yolsuzluklara sebebiyet verebileceğini ileri sürmektedir. Gerçekten de 2020 yılı ABD başkanlık seçiminde mevcut Başkan Donald Trump yaptığı açıklamada, *“Mektupla oy kullanımı çok tehlikeli. Büyük sahtekârlık ve hukuksuzluğa yol açıyor”* şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur.²³

IV. MEKTUPLA OY KULLANMA YÖNTEMİNİN TÜRKİYE’DEKİ HUKUK SİSTEMİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Vatandaşların oy hakkı Anayasa ile güvence altına alınmış temel bir haktır. Bu sebeple oy hakkı ve bu arada mektupla oy kullanma yöntemi bağlamında yapılacak tüm değerlendirmelerde anayasal düzenlemelerin öncelikle dikkate alınması gerekir. Gerçekten de mektupla oy kullanma hakkı yorumlanırken meseleye, anayasa rengi ile boyanmış bir gözle bakabilmek gerekir.²⁴ Anayasa md. 67/1 ile *“Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme... hakkına sahiptir.”* düzenlemesi getirilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise *“Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.”* düzenlemesini içermektedir.

Söz konusu düzenlemeler ışığında mektupla oy kullanım yöntemi değerlendirildiğinde, mektupla oy kullanma yönteminin her şeyden

21 Söz konusu görüşlerin ayrıntısı için bkz. ÇOBAN, 2009, s.37.

22 GÜLER Fatih, “3 Kasım 2020 Tarihinde Gerçekleşen Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçiminin Ardından Yaşanan Tartışmalar Işığında Mektupla Oy Verme ve Elektronik Oy Verme Usulleri”, *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi*, Cilt: 4, Sayı: 1, 2021, s.213.

23 KANAT/GÜLTEKİN, s. 39.

24 HIRSCH Ernst E., “Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, *I. Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler*, Ankara, 1972, s.13. (Aktaran: AKIN, Levent, *İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001, s.60.)



önce kanun ile düzenlemesi anayasal bir zorunluluktur. Yukarıda da incelendiği üzere, kanun koyucu tarafından 298 sayılı Kanun md. 94/A ve 94/B ile mektupla oy kullanım yöntemi sadece yurt dışı seçmenler bakımından düzenlemiştir. Bununla birlikte söz konusu yasal düzenleme Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal kararında çoğunluk görüşü, mektupla oy kullanma yönteminin seçimlerin serbestliği ve gizliliği ilkesine aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Bu durum mektupla oy kullanıma yönteminin Anayasa Mahkemesi tarafından her durumda Anayasa'ya aykırı kabul edildiği şeklinde değerlendirmeye müsaittir. Nitekim iptal kararında farklı gerekçe ileri süren üyelerin “...mektupla oy kullanmanın her halde Anayasa'ya aykırılık oluşturacağı sonucuna varılmış ise de...” değerlendirmelerinden bu sonuca varılmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin mektupla oy kullanma yöntemini her şart altında Anayasa'ya aykırı bulması kanımızca yerinde değildir. Nitekim Anayasa md. 67/1 gereğince, vatandaşlar seçme hakkında sahiptirler. Ayrıca aynı maddenin ikinci fıkrası gereğince, yurt dışında yaşayan seçmenlerin oy haklarını kullanabilmeleri için kanunla uygulanabilir tedbirlerin belirlenmesini kanun koyucuya ödev olarak yüklenmiştir.²⁵ Covid-19 salgın hastalığı gibi olağanüstü durumlarda vatandaşların oy haklarını hiç kullanamaması ihtimaline karşılık, Anayasa'da düzenlenmiş seçimlerin temel ilkeleri ile uyumlu bir kanuni düzenlemeyle, yurt içinde yaşayan seçmenlerin de faydalanabileceği şekilde, mektupla oy kullanma yönteminin kabul edilmesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.²⁶ Nitekim Anayasa Mahkemesinin iptal kararında farklı gerekçe ileri

25 298 sayılı Kanun md.94/A gereğince yurt dışı seçmenlerin sandık, gümrük kapılarında oy kullanma veya elektronik oylama yöntemlerinden hangisine göre oy kullanacağına Dışişleri Bakanlığı'nun görüşü alınarak YSK tarafından karar verilmektedir. YSK tarafından konu hakkında alınan kararlar incelendiğinde, Dışişleri Bakanlığı'nun görüş yazılarında yer alan, örneğin, en çok yurt dışı seçmenin bulunduğu Almanya Berlin Büyükelçiliği'nin görüşünde, temsilciliklerde sandık kurulması halinde fiziksel şartların ve personel sayısının yetersiz olduğu, yurt dışında sandıkların güvenliğinin sağlanmasında sorunlar yaşanabileceği söz konusu güçlüklerin aşılabilmesinde yurt dışı seçmenlere mektupla oy kullanma imkânının sağlanmasının yerinde olacağı, Anayasa Mahkemesinin mektupla oy verme yöntemine ilişkin iptal kararında yer alan gerekçeler dikkate alınarak ilgili Kanunun tekrardan gözden geçirilmesinin faydalı olacağını bildirildiği görülmektedir. Bkz. YSK'nun 26/02/2011 tarih, 120 numaralı ve 20/05/2010 tarih, 331 sayılı kararları. YSK'nın söz konusu kararlarında yer alan hususlar, özellikle yurt dışı seçmenler için mektupla oy kullanma imkânının bir ihtiyaç olduğunu ortaya koymaktadır.

26 Öğretide *Olgunsoy*, tehlikeli salgın hastalık döneminde yapılacak seçimlerde mektupla oy kullanma yönteminin alternatif bir yol olarak kullanılmasının önemine dikkate çekmektedir. Bkz. *Olgunsoy Feyzan*, “Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertelenmesi”, *Hacettepe HFD*, 10 (2) 2020, s.612.

süren üyelerin “serbest oy ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemlerin uygulanmadığı durumlarda, Anayasa’ya aykırılık gerekçesi gözetilerek yeni düzenleme yapılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır.” değerlendirmeleri, mektupla oy kullanma yönteminin belli şartlar altında Anayasa’ya aykırı bir yöntem olmayacağını vurgulaması, vatandaşların seçme haklarının kullanabilmeleri ve çağdaş demokratik hayatın gelişimi için daha yerindedir. Venedik Komisyonu’nun²⁷ mektupla oy konusunda yayınladığı raporda da mektupla oy kullanma yönteminin gerekli tedbirler alındığında serbest oy, gizli oy ve seçimlerin dürüstlüğü ilkesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.²⁸ Venedik Komisyonu tarafından ileri sürülen mektupla oy kullanma yönteminde gizli oy ilkesinin korunması için alınması gerekli tedbirlere çalışmamız kapsamında yeri geldikçe değinilecektir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararında yer alan farklı gerekçe, aynı zamanda, önümüzdeki yıllarda mektupla oy kullanma yönteminin kanun koyucu tarafından tekrar düzenlenmek istenmesi hâlinde yol gösterici niteliktedir.

298 sayılı Kanun md. 75 ile düzenlenmiş kapalı oy verme yöntemi seçimlerin serbestliği ve gizliliğini sağlamada bilinen en elverişli ve güvenli yöntem olarak kanun koyucu tarafından asli oy kullanma yöntemi olarak kabul edilmiştir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararındaki farklı gerekçede, mektupla oy kullanma yönteminin, “serbest oy ilkesine uygun daha güvenli diğer yöntemlerin uygulanmadığı durumlarda” kabul edilebileceği ifade edilmiştir. Başka bir deyişle, Anayasa Mahkemesi, mektupla oy kullanım yönteminin ABD hukuk sisteminde bazı eyaletlerde²⁹ olduğu gibi kapalı oy verme yöntemi ile eş değerde kabul edilerek seçmene bu konuda tam bir serbesti tanınmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir. Bu sebeple mektupla oy kullanma

27 Venedik Komisyonu’nun diğer bir adı Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu’dur. İlgili Komisyon Avrupa Konseyi’nin anayasal konularda danışma organıdır. Venedik Komisyonu’nun temel hedefi ülkelere anayasal ilk yardım yapmaktır. Bkz. Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu), Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Ankara, ty., s.3.4. (https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf) (Çevrimiçi e.t. 24/12/2020)

28 Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe Adopted by Venice Commission at its 58 th Plenary Session 12-13 March 2004, Venice Commission, Strazburg, 2004, s.14. ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)012-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)012-e)) (Çevrimiçi e.t. 23/12/2020),

29 ABD seçim uygulamasında Washington, Oregon, California, Nevada gibi eyaletlerde seçmenlere otomatik olarak mektupla oy kullanmaya ilişkin pusula ve zarf gönderilmektedir. Bkz.dpnt.16.

konusunda yasal düzenleme yapılmak istendiğinde, kanun koyucu tarafından mektupla oy kullanma yöntemi ancak asli yöntem olan kapalı oy kullanma yönteminin uygulanamadığı durumlarda tali nitelikte, istisnai bir yöntem olarak kabul edilmesi gerekir.

Mektupla oy kullanma yöntemi seçim hukuku sistemimizde istisnai bir yöntem olarak kabul edilebileceği dikkate alındığında, kanun koyucu tarafından hangi hallerde mektupla oy kullanılabilirliği açıkça düzenlemesi gerekir.³⁰ Bu bağlamda salgın hastalık halinde mektupla oy kullanma yönteminin kanun koyucu tarafından kabul edilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Günümüzde yaşanan Covid-19 salgın hastalığının kapalı ortamlarda solunum yoluyla daha hızlı yayılması, virüsün oy mührü, kâğıt gibi nesnelere üzerinde belli sürelerle etkisini devam ettirebileceği gibi hususlar dikkate alındığında, kapalı oy kullanma yönteminin uygulanması seçmenlerin sağlık durumları için riskler oluşturacağı muhakkaktır. Bu durum ise salgın hastalık konusunda endişe duyan seçmenlerin oy haklarını kullanmalarında çekingen davranmalarına yol açarak seçime katılım oranını düşürebilecektir. Bundan başka salgın hastalığa yakalanan seçmenlerin seçim günü, karantinada olması sebebiyle oy kullanmak için sandığa gitmesi fiilen mümkün olmayabilir. Bu tür durumları aşabilmek amacıyla 298 sayılı Kanun md. 14/17 bağlamında seyyar sandık kurulu kurularak seçmenlerin oy vermeleri düşünülebilir ise de ilgili kanun maddesi gereğince seyyar sandıkla oy verme yöntemi, sadece hastalığı veya engeli sebebiyle yatağa bağımlı olan seçmenler için öngörülmüştür. Bu sebeple salgın hastalık döneminde seyyar sandık yöntemi ile oy verme imkânı pek mümkün görünmemektedir.³¹ Bundan başka salgın dönemlerinde seçmenlerin sandığa gitmeden uzaktan elektronik ortamda oy³² verebilmeleri ihtimali de yürürlükte bulunan seçim kanunları gereğince mümkün değildir. Nitekim 298 sayılı Kanun md.

30 Kapalı oy verme yöntemi kural, mektupla oy verme yöntemi istisna olduğuna göre, istisnanın ayrıca ve açıkça düzenlenmesi gerekir, düzenlenmemiş bir şey istisna olamaz. Bkz. GÖZLER Kemal, "Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması", **KHP ve TBB Ortak Yayını**, Ankara, 2013.

31 ŞİRİN Tolga "Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş", **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 9, Sayı 17, Yıl 2020, s.73

32 Elektronik oy, oyun kullanıldığı yere göre uzaktan elektronik oy veya merkezden elektronik oy olarak ikiye ayrılmaktadır. Merkezden elektronik oyda seçmen oy kullanmak için belirli bir merkeze gitmekte ve oyunu elektronik araçlarla kullanmaktadır. Uzaktan elektronik oy ise seçmenin belirli bir merkeze gitmeden internete bağlı herhangi bir bilgisayar üzerinden oyunu kullanabilmesidir. Elektronik oy konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Börekçi Eşref Barış, "Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı İle Dönüşümü", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2021, s. 613,614.

94/D gereğince elektronik ortamda oy kullanma yöntemi sadece yurtdışı seçmenler için uygulanabilir bir sistem olarak düzenlenmiştir.

Ayrıca salgın dönemine denk gelen bir seçimin ertelenmesi, mevcut Anayasa kuralları gereğince hukuken mümkün değildir.³³ Salgın hastalığın etkisini gösterdiği bir dönemde yapılacak bir seçimde katılım oranının çok düşük seviyelerde olması ihtimalinde ise kapalı oy verme yöntemi ile yapılan bir seçimin Anayasa md. 67/5'te yer alan “Seçim kanunları, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenlenir.” düzenlemesine aykırılık oluşturacağı açıktır.³⁴ Gerçekten de katılım oranının düşük olduğu bir seçimde temsilde adalet ilkesinin sağlandığından bahsedilemez. Ayrıca düşük katılımlı bir seçim ile görev alan yürütme organı bakımından da meşruiyet sorunlarının gündeme gelmesi kuvvetle muhtemeldir.³⁵ Bu durumun da ilerleyen dönemlerde yönetimde istikrar ilkesine aykırılık oluşturacağı açıktır. Açıklanan sebeplerle salgın hastalığa yakalanma endişesi taşıyan seçmenlerin oy haklarını temin edebilmek için, Covid-19 salgın hastalığı gibi olağanüstü ve istisnai durumlarda mektupla oy kullanımı özellikle 65 yaşının üstünde olan ve salgından daha fazla etkilenme riski taşıyan seçmenler için isteğe bağlı, alternatif bir yöntem olarak kabul edilmesi mümkündür. Böyle bir düzenleme, seçime katılım oranının düşük kalmasına yol açabilecek salgın hastalık döneminde, seçmenlerin seçime katılım oranını arttıracığı gibi, temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkelerinin hayata geçmesini de katkı sağlayacaktır.

33 ŞİRİN, *Tehlikeli Salgın Hastalık*, s.72. Gerçekten de ülkemiz hukuk sisteminde Anayasa md.78/1 gereğince, sadece savaş sebebiyle seçimlerin geri bırakılmasına imkân tanınmıştır. Bununla birlikte KKTC gibi bazı ülkelerin anayasaları salgın hastalık gibi olağanüstü nedenlerle seçimlerin ertelenmesine imkân tanımaktadır. KKTC Anayasası md.79/5; “Olağanüstü nedenlerle seçimin yapılması olanağı yoksa, seçimler bir yıl süreyle, Cumhuriyet Meclisi tarafından ertelenebilir.” düzenlemesini içermektedir. Bkz. ERDOĞAN Yavuz/IŞIK Aydın, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 38.

Öğretide OLGUNSOY'a göre 1982 Anayasa'sında seçimlerin ertelenmesi sadece savaş sebebi ile kabul edilmiş ise de genel sağlığın korunması amacıyla seçimlerin ertelenmesinin makul, haklı bir neden olduğu ve meşru amaç taşıdığı, bu sebeple de tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle seçimlerin ertelenebileceği söylenebilir ise de seçimlerin tümüyle ertelenmesi yerine seçimlerin sosyal mesafe ve hijyen kurallarına uyularak yapılması veya mektupla oy kullanma, elektronik oy kullanma gibi alternatif yöntemlere başvurulması serbest seçim hakkına daha ölçülü ve meşru bir müdahale olacaktır. Bkz. OLGUNSOY, s.632,633.

34 Temsilde adalet, toplumdaki görüşlerin mümkün olduğu ölçüde aynı oranda parlamentoya yansıtılmasıdır. Yönetimde istikrar ise yönetimin aynı kuvvet ve mahiyette sürdürülmesidir. Söz konusu ilkelerden ilki demokrasi açısından, diğeri ise yürütme açısından önemlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU M. Sinan, “1982 Anayasası'nın Bir İmkânsız: “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar “ İlkesi”, **EÜHFD**, Cilt XX, Sayı 3-4, Yıl 2016, s.4,6.

35 GÜLER, s.213.



Anayasa Mahkemesinin mektupla oy kullanma yönteminin serbest oy ilkesi bakımından güvenlik endişeleri doğurduğunu kabul ederek, mektupla oy kullanma hakkına ilişkin yasal düzenlemeyi iptal ettiği anlaşılmaktadır. Söz konusu güvenlik endişeleri özellikle seçmenlerin iradelerinin çevresinden etkilenererek, sandığa özgür biçimde yansımını engelleyen serbest seçim ilkesini ihlal eden hususlardır. Mektupla oy kullanma yönteminin Anayasa'ya uygun olabilmesi için söz konusu güvenlik endişelerinin yapılacak yasal düzenleme ile giderilebilmesi gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesinin iptal kararında farklı gerekçe benimseyen üyeler “*Anayasa'ya aykırılık gerekçesi gözetilerek yeni düzenleme yapılmasına Anayasal engel bulunmamaktadır.*” değerlendirilmesine bulunarak, mektupla oy kullanma yöntemi konusunda yapılacak yeni yasal düzenlemede, Anayasa Mahkemesinin iptal kararında çoğunluk tarafından benimsenen serbest seçim ilkesi bakımından ileri sürülen endişelerin giderilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, seçmenin mektupla oy kullanırken aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etkiye açık olacağına ve seçmenin iradesinin korunamayacağına hükmetmiştir. Gerçekten seçmen oyunu kullanırken iradesini en serbest şekilde kapalı oy verme yerinde yansıtabilecektir. Mektupla oy kullanma yöntemi bünyesinde seçimlerin serbestliği ilkesini ihlal etme ve seçim yolsuzluğuna sebep olma riski barındırmakla birlikte, yapılacak yasal düzenlemeler ile bu riskleri asgariye indirecek tedbirlerin alınması da mümkündür.³⁶ Bu bağlamda Covid-19 salgın hastalığı gibi olağanüstü durumlarda, hastalığa yakalanma endişesi taşıyan risk altındaki seçmenlerin hiç oy kullanamamaları yerine, sıkı koşullar altında, olabildiğince çevresel etkilerden uzak bir şekilde mektupla oy kullanabilmelerine imkân tanıyan yasal düzenlemelerin yapılması mümkündür. Yapılacak yasal bir düzenlemenin nasıl olması gerektiği değerlendirilirken, öncelikle, iptal edilen yasal düzenleme incelenerek eksik yönlerinin ortaya konulması faydalı olacaktır.

Mektupla oy kullanma yöntemine ilişkin iptal edilen 298 sayılı Kanun md. 94/B hükmü incelendiğinde ilk altı fıkrasının mektupla oy kullanımı yönteminin işleyişine ilişkin olduğu görülür. İptal edilen yasal

36 ÇOBAN, 2009, s.58. Bununla birlikte öğretilerde *Atar* ise gıyabi oy usullerinden mektupla oy kullanma yönteminde seçim güvenliğinin sağlanmasının çok güç olduğu görüşündedir. Bkz. ATAR Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, **Anayasa Yargısı**, S.23, 2006, s.221. Öğretilerde *Güler* de 3 Kasım 2020 tarihinde gerçekleşen ABD başkanlık seçimi örneğinin mektupla oy verme yönteminin alternatif maliyetinin yüksek olabileceğini gösterdiğini, bu sebeple de bu yöntemle temkinli yaklaşılması gerektiği görüşündedir. Bkz. Güler, s.216.

düzenleme gereğince, Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu özel olarak basılmış, oy pusulası ve üç adet zarfı, seçmenin yurt dışı adresine gönderir. Seçmen, oy pusulasında ilgili bölüme (X) işareti koyarak oyunu kullandıktan sonra, oy pusulasını küçük zarfa koyması gerekir. Küçük zarf ise ağzı kapatılarak, üzerinde “Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu Ankara/TÜRKİYE” yazılı orta boy zarfa konulur. Orta boy zarf da üzerinde seçmenin yurt dışı adresi yazılı olduğu üçüncü büyük zarfa konulur. Söz konusu büyük zarfın ise seçmen tarafından posta yolu ile seçim günü saat 17:00’ye kadar Yurt Dışı İlçe Seçim Kurulu’nda ulaşacak şekilde posta ile gönderilmesi gerekir. Seçim günü saat 17:00’dan sonra ulaşan oyların ise tutanak ile tespit edilerek yakılarak imha edileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu yasal düzenleme incelendiğinde mektupla oy kullanma yönteminde kullanılacak oy pusulası bakımından sadece özel olarak imal ettirilmiş olmasından bahsedilmektedir. Bununla birlikte mektupla oy kullanacak, özellikle yaşlı, engelli, okuma yazmada güçlük çeken seçmenlerin oy kullanırken tereddüt ettiği, aklına takılan hususlarda, sandık görevlisinin yardımına başvurma imkânının bulunmadığı da dikkate alındığında, oy pusulasının karışıklığa yol açamayacak şekilde okunaklı, pusulada kullanılan yazı ve sembollerin uygun büyüklükte ve aralıklarla düzenlenmesi önemlidir. Bundan başka seçmenin mektupla oy kullanma işlemini ne şekilde gerçekleştireceği konusunda, açıklayıcı kısa net bilgilerin de seçmene gönderilmesi yerinde olur. Böylece seçmenler mektupla oy kullanırken tercihlerini rahatlıkla yapabilecek, oy sayımı yapılırken iyi dizayn edilmiş oy pusulaları sayesinde seçmenlerin oylarının değerlendirilmesine yoruma muhtaç alanlar minimize edileceğinden, oyların geçersiz sayılmasının da önüne geçilmiş olacaktır.³⁷ Venedik Komisyonu da mektupla oy kullanma yönteminde oy pusulalarının karışıklığa imkân vermeyecek şekilde düzenlenmesinin önemli olduğu görüşündedir.³⁸ Bu sebeple kanun koyucu tarafından yapılacak yasal düzenlemede, oy pusulalarının düzenlenmesi konusunda asgari ölçütlere yer verilmesi, tüm seçmenlerin eşit şartlarda mektupla oy kullanabileceği standartların sağlanarak, genel ve eşit oy ilkesinin gereği gibi hayata geçebilmesi için yerinde olacaktır.³⁹

Mektupla oy kullanma yöntemi konusundaki Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen yasal düzenleme incelendiğinde, seçmenin mektupla oy kullanırken imza atmasının düzenlenmediği görülmektedir.

37 ATAR, 2006, s.212.

38 Venice Commission, 2004, s.14.

39 BÖREKÇİ, s.618, 619.

Kanımızca böyle bir uygulama mektupla oy kullanma yöntemi hakkında öğretide de ileri sürülen oy yolsuzluğu gibi durumların ortaya çıkmasına sebep olabilecektir. Bu sebeple mektupla oy kullanma konusunda yapılacak yeni düzenlemede, seçmenin oy pusulasını koyduğu ilk zarfın dışında diğer zarflardan birinin üstüne imza ve tarih atması hususunun düzenlenmesi gerekir.⁴⁰ Seçmen tarafından atılacak imzanın oy pusulasının konulmadığı diğer zarflardan biri olması, oy ile seçmen arasındaki bağlantının kesilmesi ve gizli oy ilkesini ihlal edilmemesi için önemlidir. Mektupla oy kullanan kişinin oy hakkı sahibi gerçek bir seçmen tarafından kullanılıp kullanılmadığının tespiti, atılan imza ile sistemde kayıtlı seçmen imzasının karşılaştırılması suretiyle yapılabilecektir. Bu sebeple de zarfın üzerinde bulunan imza ile sistemde kayıtlı seçmenin imzasının mutlaka karşılaştırılarak, oyun gerçek sahibi tarafından kullanılıp kullanılmadığının da kontrol edilmesi gerekir. İmza karşılaştırılması sırasında güçlük yaşanması durumunda ise imza incelemesi konusunda uzman kişilere yasal düzenleme ile seçim süreçlerinde görev verilmesi yerinde olacaktır.⁴¹

Mektupla oy kullanma yönteminde seçmenler tarafından zarf üzerine imza atılması yanında, oyun bizzat seçmen tarafından hiçbir baskı ve etki altında kalmadan ve gizlilik içerisinde kullanıldığını beyan eder şekilde bir yemin metninin imzalanması da yerinde olacaktır. Böyle bir uygulama özellikle Anayasa Mahkemesinin iptal kararında, serbest oy hakkının ihlaline gerekçe olarak ileri sürülen, mektupla oy kullanan seçmenin aile üyelerinden ve sosyal çevresinden gelebilecek her türlü etki altında kalabileceği kaygılarının önüne geçmek bakımından da önemlidir. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları üzerinde yemin uygulamasının hâlâ önemli etkiler doğurabildiği dikkate alındığında⁴²

40 Nitekim ABD seçim hukukunda, oy yolsuzluğunun önüne geçebilmek için imza ve tarih uygulaması bulunmaktadır.

41 Adli Tıp Uzmanı, Prof. Dr. Faruk Aşcıoğlu'nun konu hakkındaki ayrıntılı görüşleri için bkz. (<https://www.aa.com.tr/tr/abd-baskanlik-secimleri-2020/adli-tip-uzmanindan-abddeki-secim-pusularindaki-imzaya-iliskin-degerlendirme/2034495>) (Çevrimiçi e.t. 23/12/2020)

42 *Ejder Yılmaz'ın yemin konusunda yazdığı eserinin ön sözünde yemin delili ile ilgili yer alan ifadeleri, yemin müessesinin ülkemiz insanı üzerinde hala önemli etkiler doğurduğunu anlatması bakımından aynen aktarılmasında fayda görüyoruz; "Yemin, niteliği gereği, insanlık tarihinde çok eski zamanlara dayanan bir delil türüdür. Ancak, gelişen ve değişen anlayışlar çerçevesinde Batı ülkelerinin çoğu yemini delil (ve özellikle kesin delil) olmaktan çıkartmışlardır. Doğrusu, işin başında, yabancı kaynakların büyük ölçüde etkisinde kalarak, Batı ülkelerinde olduğu gibi, bizde de yemin delilinin tamamen oradan kaldırılması gerektiğini düşünür olmuştum. Ancak aradan geçen uzun zaman içerisinde, görüşlerimi aldığım pek çok hâkim meslektaşımın yurdumuzun çeşitli yörelerindeki yemin uygulaması ile ilgili anılarını duyduğukça, yemin'in tamamen kaldırılması yolundaki düşüncemin, en azından bugün için, ülkemizin gerçekleriyle bağdaştığı konusunda duraksadığımı itiraf etmeliyim...Hele tanık yemini ile ilgili olan bir olay, oldukça ilginç ve ilginç*

böyle bir uygulama mektupla oy kullanma yönteminde seçimlerin güvenliğinin sağlanması bakımından yerinde olacaktır.

New York Eyaleti Seçim Kanunu madde 8, başlık 4, bölüm 8-410'da mektupla oy kullanma yönteminde yemin metni düzenlenmiştir. Ayrıca Venedik Komisyonu da yayınladığı raporda yemin metni uygulamasının seçimlerin gizliliği ilkesini sağlanabilmesi için kanun koyucular tarafından kabul edilebileceğini ileri sürerek, konu hakkında Alman seçim hukukunu⁴³ örnek olarak zikretmiştir.⁴⁴

Mektupla oy kullanma yöntemi ile oy kullanan seçmenin buna rağmen seçim günü sandık başına giderek bizzat ikinci bir oy kullanmasının önüne geçebilmek için mektupla oy kullanan seçmenin seçmen listelerinden çıkarılması şeklinde kontrol sürecinin oluşturulması oy yolsuzluklarının önüne geçmek için gereklidir.⁴⁵

Kanun koyucu, mektupla oy kullanma yönteminde mektupların posta ile gönderilmesinde hangi kargo veya posta şirketinin görev alacağı konusunda yasal düzenleme yapmamıştır. Gerçekten de Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen 298 sayılı Kanun md. 94/B/4 hükmü ile *"Mektupların gönderilmesi, güvenliği ve kimlik tespitine ilişkin usul ve esaslar, Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü'nün görüşü alınarak Yüksek Seçim Kurulu tarafından belirlenir. Posta giderleri Yüksek Seçim Kurulunca karşılanır."* düzenlemesi ile konu hakkında YSK'ya görev verilmiştir. Söz konusu düzenleme de kanımızca Anayasa'ya uygun değildir.⁴⁶ Nitekim Anayasa md. 67/1 ile *"Vatandaşlar, kanunda gösterilen şartlara uygun olarak, seçme.... hakkına sahiptir."* düzenlemesi getirilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise *"Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve*

*olduğu kadar da düşündürücü idi: Arazi üzerinde yapılan bir keşif esnasında tanıklardan bazıları, "üzerine bastığım toprağın A'ya ait olduğuna Allah'ım ve namusum üzerine yemin ederim" diye ifade veriyorlardı. Karşı taraf (B) vekilinin ısrarlı bir biçimde, tanıkların ayakbakılarının çıkartılması talebi karşısında kalan hakim, çıkarılan ayakbakıların içinde toprak serili olduğunu ve bu toprağın A'nın gerçekten kendisine ait olan başka bir tarladan alınıp ayakbakıların içine konulduğunu, yani üzerine basılan toprağın A'ya (ve fakat dava konusu tarlanın B'ye) ait olduğunu anlamıştı!..." Bkz. Yılmaz Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, 2.baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s.7,8.*

43 Alman seçim hukukunda, seçim günü zamanı olmayanlar, seçim yerinde oy vermesi mümkün olmayanlar veya sandık başında oy vermek istemeyenler mektupla oy kullanma yönteminin ayrıntıları için bkz. <https://duhastdiewahl.de/mektup-ile-oy-kullanma/?lang=tr> (Çevrimiçi e.t. 29/10/2021).

44 Venice Commission, 2004, s.13.

45 Venice Commission, 2004, s.14.

46 Çoban, oy güvenliğinin sağlanabilmesi için asgari hususların kanunda düzenlenmemiş olmasını önemli bir eksiklik olarak değerlendirmiştir. Bkz. ÇOBAN, 2009, s.63.



denetimi altında yapılır. Ancak, yurt dışında bulunan Türk vatandaşlarının oy hakkını kullanabilmeleri amacıyla kanun, uygulanabilir tedbirleri belirler.” düzenlemesini içermektedir. Söz konusu anayasal düzenlemeler oy kullanma yöntemlerinin kanunla düzenlenmesini zorunlu kılar. Bu sebeple mektupla oy kullanma yönteminde mektupların hangi kargo/posta şirketi ile gönderilmesi gerektiği, mektupların güvenliğinin ne şekilde sağlanacağı hususlarında kanunla ayrıntılı düzenlemelerin yapılması gerekir. Venedik Komisyonu da mektupla oy kullanma yönteminin ancak posta hizmetinin güvenli olması hâlinde kullanılması gerektiği görüşündedir.⁴⁷

Mektupla oy kullanımında mektupların posta ile gönderilmesinde, oy yolsuzluklarının önüne geçilebilmesi ve oy güvenliğinin sağlanabilmesi için özel kargo şirketleri yerine daha tarafsız olan, kamu iktisadi teşebbüsü niteliğinde olan Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi’ne (PTT) görev verilmesi ve PTT’nin de seçim sürecinde YSK’nun denetim ve gözetiminde faaliyet göstermesi yerinde olacaktır. Mektupla oy kullanma yönteminin yoğun olarak kullanılması ihtimaline karşılık, oy zarflarının zamanında seçim kurullarına ulaşarak oyların geçersiz olmasının önüne geçmek için ilgili kurum tarafından gerekli önlemlerin alınması gerekir. Ayrıca posta hizmeti sunan firma tarafından, seçmenin oyunu kullanıp postaya teslim etmesinden sonra oyunun akıbetini kontrol ve takip etmesine imkân tanıyan şeffaf bir sisteminin kurulması konusunda yasal düzenleme yapılması da seçimlerdeki yolsuzlukların önüne geçilebilmesinde faydalı olacaktır.⁴⁸

Mektupla oy kullanma yönteminin bünyesinde seçimlerin serbestliği, gizliliği ilkesi ile seçimin dürüstlüğü ilkeleri bakımından riskler barındırdığı dikkate alındığında, söz konusu ilkelerin ihlal edici nitelikte eylemlerde bulunanlar hakkında kanun koyucu tarafından özel nitelikte seçim suçlarının öngörülmesi caydırıcılığı sağlamak bakımından yerinde olacaktır. Nitekim seçim suçlarının amacı seçimlerin başından bitimine kadar sessiz ve sakin bir şekilde başarılı olarak ilerlemesini ve gerçekleşmesini sağlamaktır.⁴⁹ Örneğin, mektupla oy kullanırken yemin metninde yapılacak sahtecilik eylemleri, mektup zarfının posta şirketi uhdesinde iken yapılabilecek sahtecilik eylemleri veya mektupla oy kullanma yöntemi ile mükerrer oy kullanan seçmenler için cezai

47 Venice Commission, 2004, s.13.

48 Venice Commission, 2004, s.14.

49 KORKMAZ Elif, *Türk Ceza Hukukunda Seçim Suçları ve Cezaları*, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 62.

yaptırımlar öngörülmesi, mektupla oy kullanma yönteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için yerinde olacaktır.

SONUÇ

Türkiye'deki hukuk sisteminde 298 sayılı Kanun md.94/A ve 94/B ile ilk defa yurt dışı seçmenler bakımından düzenlenen mektupla oy kullanma yöntemi, Anayasa Mahkemesi tarafından seçimlerin serbestliği ve gizliliği ilkelerine aykırı olduğundan bahisle iptal edilmiştir. Buna rağmen mektupla oy kullanma yönteminin her halde Anayasa'ya aykırı olduğu sonucuna varılmamalıdır. Nitekim iptal kararında farklı gerekçe ileri süren üyelerin görüşünden de böyle bir sonuca varabilmek mümkündür. Venedik Komisyonu da ilkesel olarak mektupla oy kullanma yönteminin seçimlerin serbestliği, gizliliği ve dürüstlüğü ilkelerine aykırı olmadığı görüşündedir.

Kapalı bir ortamda ve sandık başında, seçmenin oyunu bizzat kullanması bilinen en güvenilir oy kullanma yöntemidir. Bununla birlikte, yaşanabilecek olağanüstü durumlara denk gelen bir seçimde, seçmenlerin oylarını bizzat sandık başında kullanabilme imkânı olmayabileceği gibi seçmenler sandığa gitme konusunda da çekingen davranabilirler.

Tüm dünyada ve ülkemizde yaşanan Covid-19 salgın hastalığı gibi olağanüstü durumlara denk gelen bir seçim sürecinin ertelenmesi mevcut anayasal düzenlemeler gereğince mümkün değildir. Anayasa md. 77/1⁵⁰ gereğince, seçimlerin makul aralıklarla yapılması da anayasal bir ilkedir.⁵¹ Bu sebeple bu tür durumlarda anayasal bir değişiklik yapılarak KKTC Anayasası'nda olduğu gibi makul bir süre için seçimlerin ertelenmesine ilişkin bir Anayasa değişikliği yapılması ilk bakışta akla gelebilir ise de anayasal serbest seçim hakkı gereği, seçimlerin tümüyle ertelenmesi son çare olarak düşünülmesi gereken bir adım olmalıdır. Bunun yerine seçmenlerin sağlıklı bir ortamda oy haklarının kullanılmasının sağlanması daha yerinde olacaktır. Bu bağlamda mektupla oy kullanma yönteminin kanun koyucu tarafından, Anayasa Mahkemesinin iptal kararı ışığında, tekrar düzenlenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Seçim güvenliği açısından taşıdığı riskler sebebiyle, mektupla oy kullanma yöntemine yönelik olarak öğretilen yapılan eleştiriler dikkate

50 Anayasa md.77/1: "Türkiye Büyük Millet Meclisi ve Cumhurbaşkanlığı seçimleri beş yılda bir aynı günde yapılır." düzenlemesini içermektedir.

51 KORKMAZ, 2019, s.31.



alındığında, kanun koyucu tarafından ilk etapta sadece yurt dışı seçmenlere mektupla oy kullanma imkânının tanınması düşünülebilir. Bu sayede mektupla oy kullanma yönteminin, daha dar bir seçmen kitlesinde uygulanarak, olumlu veya olumsuz sonuçlarının tecrübe edilmesi sağlanmış olacaktır. Ayrıca yurt dışı seçmenlerin oy kullanma yöntemleri konusunda YSK tarafından alınan kararlar incelendiğinde, mektupla oy kullanma yöntemine yurt dışı seçmenler bakımından ihtiyaç duyulduğu anlaşılmaktadır.⁵²

Yurt dışı seçmenler bakımından uygulanan mektupla oy kullanma yönteminden olumlu sonuçlar alınması durumunda, salgın hastalık gibi olağanüstü olayların yaşandığı bir dönemde katılım oranı yüksek demokratik bir seçimin yapılabilmesi için kanun koyucu tarafından yurt içi seçmenler bakımından da yasal düzenleme yapılarak, bir B planı olarak mektupla oy kullanma yönteminin düzenlenmesi ülke çıkarları bakımından faydalı olacağı gibi, seçimlerin düzenli aralıklara yapılması ilkesinin hayata geçmesine katkı sağlayacağı da kuşkusuzdur.

Mektupla oy kullanma yöntemi seçmenlerin uzaktan oy kullanmalarına imkân tanıdığından, salgın hastalık döneminde yapılacak seçimlere seçmenlerin daha fazla katılımı sağlanarak temsilde adalet ve yönetimde istikrar ilkesinin hayata geçmesinde önemli işlevler yerine getirecektir.

Mektupla oy kullanma yöntemi kanun koyucu tarafından ayrıntılı bir şekilde düzenlenmelidir. Her şeyden önce mektupla oy kullanma yöntemi, Türk hukuk sisteminde asli oy kullanma yöntemi olan kapalı ortamda seçmen tarafından sandık başında bizzat oy kullanma yöntemine nazaran, salgın hastalık gibi olağanüstü durumlarda kullanılabilen, tali, tamamlayıcı bir oy kullanma yöntemi olarak öngörülmalıdır. Yapılacak düzenlemede Anayasa Mahkemesinin mektupla oy kullanma yöntemi hakkında seçimlerin serbestliği ve gizliliği ilkesi bağlamındaki endişelerini giderici mahiyette önlemlerin alınması gerekir. Olası bir yasal düzenlemede, mektupla oy kullanma yöntemini kabul eden ABD ve Almanya gibi ülke uygulamalarından, Venedik Komisyonunun tavsiyelerinden de yararlanılabilir.

Mektupla oy kullanma konusunda seçimlerin serbestliği, gizliliği ve dürüstlüğünü sağlayabilmek için yapılacak yasal düzenlemelerde şu hususların gözetilmesi faydalı olacaktır;

⁵² Bkz. 25.dınt.

- Mektupla oy kullanma yönteminde özellikle yaşlı, engelli, okuma yazma güçlüğü çeken insanların oylarını geçersiz olmadan rahatlıkla kullanabilmeleri için oy pusulasında yer alacak yazı ve sembollerin yeterli netlikte, büyüklükte ve aralıkta düzenlenmesi hususunda asgari yasal güvence getirilmelidir. Ayrıca seçmenlerin mektupla oy kullanma yönteminde nasıl oy kullanılacağı konusunda seçmenlere kısa ve net açıklayıcı bir metin gönderilmesi de oy kullanırken tereddüt edilen hususlarda sandık görevlilerinin yardımına başvurma imkânı olmayan seçmenler bakımından faydalı olacaktır.
- Oy pusulasının konulduğu zarfın dışındaki diğer zarflardan birine seçmenin imzasını atma zorunluluğu getirilmesi, zarfta yer alan imza ile sistemde kayıtlı seçmen imzasının karşılaştırılması, bu işlem sırasında gerektiğinde imza incelemesi konusunda uzman kişilerden yararlanılmasının öngörülmesi, oyların gerçek seçmenler tarafından kullanılıp kullanılmadığının denetlenmesine imkân tanıyacaktır. Bununla birlikte fiziksel engeli veya okuma yazma bilmediği için imza atamayan seçmenler ise 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md. 16/1⁵³ kıyasen uygulanarak, imza yerine geçmek üzere, seçim gününden önce usulüne göre onaylanmış olmak şartıyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler. Türk Hukukunda imza yerine geçecek parmak izini, el ile yapılmış bir işareti ya da mührü onaylayacak, belgeleyecek makam noterlerdir. Onaylamada, noter, söz konusu el işaretinin, parmak izinin veya mührün belirli bir seçmen tarafından kullanıldığının ve söz konusu işaretin ilgili seçmenin imzası yerine geçtiğini bildirmelidir.⁵⁴ Söz konusu onaylama işlemi de ilgili noter, seçim gününden önce bulunduğu yer ilçe seçim kuruluna göndermelidir. Böylece imza atamayan seçmenler noter tarafından onaylanan imza yerine geçen parmak izi, el ile yapılmış bir işareti ya da mührü kullanarak mektupla oy kullanabileceklerdir.
- Seçmen tarafından oyunun kendisi tarafından kimsenin etkisi

53 TBK md. 16/1: "İmza atamayanlar, imza yerine usulüne göre onaylanmış olması koşuluyla, parmak izi, el ile yapılmış bir işaret ya da mühür kullanabilirler." düzenlemesini içermektedir. Madde metninde geçen elle yapılmış işaret ile imza yerine geçen ve beyan sahibinin kişisel özelliklerini yansıtan bir çizgi, geometrik bir şekil vs. kast edilir. Mühür ise üçüncü bir kişi tarafından katı bir cisim üzerine beyan sahibinin adı ve soyadının kazınmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s.294, 295.

54 EREN, s.294.



altında kalmadan kullandığına yönelik yemin metni imzalamasının öngörülmesi de yemin müessesesinin Türkiye Cumhuriyeti vatandaşları üzerindeki etkisi de dikkate alındığında faydalı bir uygulama olacaktır.

- Seçmenin oyunu postaya teslim ettikten sonra, oyunun akıbetini takip edebileceği, e-devlet bünyesinde bir sistemin hayata geçirilebilmesi ile de her bir seçmen, kendi oyuna bizzat sahip çıkabilecek ve seçmenlerin mektupla oy kullanma yöntemine güveni artacaktır.
- Bu bağlamda mektupla oy kullanma yönteminde güvenilir bir posta/kargo firmasının görev alması ve ilgili kurumun YSK denetiminde görev yapması önemlidir. Konu hakkında kamu iktisadi teşebbüsü olan PTT'ye görev verilmesi yerinde olacaktır.
- Mektupla oy kullanan seçmenin seçim günü sandık başında ikinci bir oy kullanmasının önüne geçebilmek için de gerekli tedbirlerin alınması ve mektupla oy kullanan seçmenin seçmen listesinden çıkarılması gerekir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, mektupla oy kullanma yönteminin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi için, yöntemin işleyişini engelleyici eylemler bakımından kanun koyucu tarafından özel seçim suç ve ceza yaptırımlarının öngörülmesi faydalı ve caydırıcı olacaktır.

KAYNAKLAR

AKARTÜRK Ekrem Ali, **Oy Hakkının Anayasal İlkeleri**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2017.

AKIN Levent, **İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat**, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2001.

ALTINKÖK Serhat, “Avrupa İnsan Hakları İçtihatları Açısından Serbest Seçim Hakkı” **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S.5, 2018, s.37-81.

ATAR Yavuz, “Seçim Hukukunun Güncel Sorunları”, **Anayasa Yargısı**, S.23, 2006, s.211-235.

BÖREKÇİ Eşref Barış, “Oy Hakkının İnternette Oy Kullanımı İle Dönüşümü”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 1, 2021, s. 607-638.

ÇEÇEN Halil, **Birleşik Devletler Anayasası**, Legal Yayınevi, İstanbul 2019.

ÇOBAN Ali Rıza, “Mektupla Oy: Demokrasi İçin Bir Umut Mu Yoksa Tehdit Mi?” **TBB Dergisi**, S.83, 2009, s.33-67.

EREN Fikret, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

ERDOĞAN Yavuz/Işık Aydın, **Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Anayasası**, Legal Yayınevi, İstanbul, 2019.

GÖZLER Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, 3.baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, (“Anayasa Hukuku”).

GÖZLER Kemal, “YSK Kararlarının Kesinliği Üzerine”, (<http://www.anayasa.gen.tr/ysk-baglayicilik.html>) (Çevrimiçi e.t. 13/12/2020).

GÖZLER Kemal, “Yorum İlkeleri, Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması”, **KHP ve TBB Ortak Yayını**, Ankara, 2013.

GÜLER Fatih, “3 Kasım 2020 Tarihinde Gerçekleşen Amerika Birleşik Devletleri Başkanlık Seçiminin Ardından Yaşanan Tartışmalar Işığında Mektupla Oy Verme ve Elektronik Oy Verme Usulleri”, **Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi**, Cilt: 4, Sayı: 1, 2021, s.212-218.

HIRSCH Ernst E., “Anayasanın Özel Hukuk Kurallarına Etkileri”, **I Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler**, Ankara 1972, s.1-13.

İŞİK Hüseyin Murat, “Yeni Anayasa Tartışmaları Işığında Yüksek Seçim Kurulu”, **Yeni Anayasa, Demokratik Konsolidasyon Siyasal Partiler ve Seçim Rejimi, Stratejik Düşünce Enstitüsü**, Ankara 2013, s. 133-191.



KANAT Kılıç Buğra/ GÜLTEKİN Elif, 2020 ABD Başkanlık Seçimi, SETA Yayınları, İstanbul, 2020.

KILIÇOĞLU M. Sinan, “1982 Anayasası’nın Bir İmkânsız: “Temsilde Adalet ve Yönetimde İstikrar “ İlkesi”, EÜHFD, Cilt XX, Sayı 3-4, Yıl 2016, s.1-14.

KORKMAZ Elif, **Türk Ceza Hukukunda Seçim Suçları ve Cezaları**, Legal Yayınevi, İstanbul 2019.

METİN Yüksel, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Serbest Seçim Hakkı”, **Liberal Düşünce Dergisi**, S.48, 2007, s.109-141.

OLGUNSOY Feyzan, “Tehlikeli Salgın Hastalıklar Nedeniyle Seçimlerin Ertelenmesi”, **Hacettepe HFD**, 10 (2) 2020, s.584-637.

Report on the Compatibility of Remote Voting and Electronic Voting with the Standards of the Council of Europe Adopted by Venice Commission at its 58 th Plenary Session 12-13 March 2004, Venice Commission, Strazburg, 2004. ([https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2004\)012e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2004)012e)) (Çevrimiçi e.t. 23/12/2020),

ŞİRİN Tolga, “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’ne Göre Serbest Seçim Hakkı”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 17, S.1-2, 2011, s.283-348.

ŞİRİN Tolga “Tehlikeli Salgın Hastalıklarla Anayasal Mücadeleye Giriş”, **Anayasa Hukuku Dergisi**, Cilt 9, Sayı 17, Yıl 2020, s.43-146, (“Tehlikeli Salgın Hastalık”).

Venedik Komisyonu (Avrupa Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu), Türkiye Büyük Millet Meclisi Araştırma Merkezi, Ankara, ty. (https://www.tbmm.gov.tr/yayinlar/venedik_komisyonu.pdf) (Çevrimiçi e.t. 24/12/2020).

YILMAZ Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, 2.baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://www.elections.ny.gov/> (Çevrimiçi e.t. 12/12/2020)

<https://www.dos.ny.gov/info/constitution.htm> (Çevrimiçi e.t.12/12/2020)

<https://www.elections.ny.gov/NYSBOE/download/law/2020ElectionLaw.pdf> (Çevrimiçi e.t.12/12/2020)



<https://www.npr.org/2020/09/14/909338758/map-mail-in-voting-rules-by-state> (Çevrimiçi e.t. 13/12/2020)

<https://www.aa.com.tr/tr/abd-baskanlik-secimleri-2020/adli-tip-uzmanindan-abddeki-secim-pusulalarindaki-imzaya-iliskindegerlendirme/2034495> (Çevrimiçi e.t.23/12/2020)

<https://duhastdiewahl.de/mektup-ile-oy-kullanma/?lang=tr> (Çevrimiçi e.t.29/10/2021)

<https://covid19.saglik.gov.tr/TR-66300/covid-19-nedir-.html> (Çevrimiçi e.t.07/11/2021)

www.anayasa.gov.tr

www.ysk.gov.tr

CEZA MAHKEMELERİ ARASINDA BEKLETİCİ SORUN KARARI

(Decision on Prejudicial Question between Criminal Courts)

Arş. Gör. Burak TAŞ¹

ÖZ

Görülmekte olan bir ceza davasında, dava konusu sorunun çözümü, bazı hallerde ceza mahkemesinin yetki alanı dışında kalan bir sorunun çözümüne bağlı olabilmektedir. Bekletici sorun olarak adlandırılan bu sorunlar bağlantının bir neticesidir. Bu duruma ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 218'inci maddesinin birinci fıkrası yol gösterici niteliktedir: "Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir." Çalışmada, söz konusu hükmün lafzi olarak yorumlanması ile ceza mahkemelerinin bir başka ceza mahkemesinin kararını bekletici sorun sayamayacağı sonucuna ulaştık. Doktrinde Türk Ceza Kanunu'nun 127. maddesinde düzenlenmiş olan "İsnat edilen ve suç oluşturan filin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır." hükmünün kıyas yoluyla ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebileceği görüşü eleştirilmiştir. İstisna hükümlerde kıyas metodu uygulanamayacağı için ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilemeyeceği sonucuna vardık. Böylesi durumlarda mümkün olduğunca mahkemeler arası bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi ile sınırlı ve zorunlu durumlarda başvurulmak üzere ceza mahkemeleri arası bekletici sorun kararı verilmesine imkân tanıyacak şekilde CMK m. 218/1 hükmünün revize edilmesi gerektiği kanaatine vardık.

Anahtar Kelimeler: Ceza Davası, Bekletici Sorun, Bağlantı, Lafzi Yorum, Kıyas

1 Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, burak.tas@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6481-1580.



ABSTRACT

In an ongoing criminal case, the solution of the subject matter may in some cases depend on the solution of a problem outside the jurisdiction of the criminal court. These problems, called prejudicial question are a consequence of the relevancy. Regarding this situation, to consider the first subsection of article 218 of the Criminal Procedure Code is of guiding nature: *“If the proving of the charged crime depends on solving a problem that falls under the jurisdiction of courts other than criminal courts, then the Criminal Court may render its decision related to this problem also by utilizing the rules of this Code. However, it may decide on suspending the main hearing in order to bring a law suit regarding this problem at the competent court, or in order to wait until a pending case is resolved”*. In the study, we came to the conclusion that with the verbal interpretation of the aforementioned provision, the criminal courts cannot regard the decision of another criminal court as a prejudicial question. It has been criticized the view in the doctrine that prejudiciary question decision can be made between criminal courts by analogy with the provision of *“If the allegation and criminal act is proven, the person will not be punished. If a final conviction is given for the insulted person due to this crime, the allegation is deemed to have been proven.”* regulated in Article 127 of the Turkish Penal Code. We came to the conclusion that the method of analogy cannot be applied in the exceptional provisions, so a proactive issue decision cannot be made between the criminal courts. In such cases, we came to the conclusion that the cases should be combined as much as possible due to the inter-court relevancy and article 218 of Criminal Procedure Code should be revised in a way that will allow the prejudicial question between criminal courts to be applied in limited and compulsory situations.

Keywords: Criminal Case, Prejudicial Question, Relevancy, Verbal Interpretation, Analogy

GİRİŞ

Ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilip verilemeyeceği hususu Türk ceza muhakemesi hukuku doktrininde yoğun bir tartışma konusu oluşturmamaktadır. Tespitlerimize göre bu hususu Türk doktrininde sadece Ahmet Hulusi Akkaş, “Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerinde Etkisi” adlı doktora tezinde tartışmıştır. Bu hususta CMK m. 218’in karşılığı olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununun (StPO) 262. paragrafında²,

2 İÇEL, Kayıhan/ÖNDER, Ayhan: Açıklamalı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1964, s. 93.

ceza mahkemesinin sadece hukuk mahkemesi kararlarını bekletici sorun sayabileceği düzenlendiği için Alman doktrininde de yoğun bir tartışma gözlemlenmemiştir.³ Ancak Türk hukukunda Kanunun açık hükmüne rağmen ceza mahkemelerinin, başka bir ceza mahkemesinin kararlarını bekletici sorun saydığı uygulamalara rastlamaktayız. Hatta Yargıtay'ın da bu uygulamaları destekleyici kararları da bulunduğu için⁴ ceza mahkemeleri, kanuna aykırılık hususunda bir beis görmemektedir. Bu çalışmamızda öncelikle bekletici sorun hakkında kısaca genel bilgi verilmiştir. Ardından ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilmesi olgusunun şeklen hukuki temelden yoksunluğu ortaya konulmaya çalışılmış ve olması gereken bir çözüm olarak bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesi gerektiği önerilmiştir.

I. BEKLETİCİ SORUN HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Bir ceza davasında, dava konusu sorunun çözümü, bazı hallerde ceza mahkemesinin yetki alanı dışında kalan bir sorunun çözümüne bağlı olabilmektedir.⁵ Bekletici sorun (*bekletici mesele/mesele-i müstehirel ön sorun*) olarak adlandırılan bu sorunlar⁶ bağlantının bir neticesidir.⁷ Mahkemelerin çözmeye çalıştığı sorunların benzer olması ve birbirini etkileyici nitelikte olması, mahkemelerin muhakeme sürecini durdurmalarına neden olmaktadır. Bekletici sorun sayma kararı verildiğinde muhakeme duracağı için bu sorunun çözümüne kadar dava zamanasını duracak (TCK m. 67/1); ancak devletin cezalandırabilme yetkisi son bulmayacaktır.

3 Araştırmalarımız kapsamında İspanyol Ceza Muhakemesi Hukukunda ceza-ceza, ceza-hukuk, ceza-idare mahkemeleri arası bekletici sorun kararı verilebildiğine rastladık. (DE GUZMAN, Vera M.: "The Prejudice of the Prejudicial Question: Examining and Re-Examining the Doctrine of the Prejudicial Question." *Ateneo Law Journal*, C. 52, S.3, Aralık 2007, s. 604). Ancak tezimizi söz konusu kanun düzenlemesi gereği ceza mahkemeleri arası bekletici sorun kararı verilip verilemeyeceği üzerine sınırladığımızdan burada diğer ülke uygulamalarını araştırma gereği duymadık.

4 Bkz. Y5.CD, 2013/15647E., 2016/551K., 19.1.2016T.

5 PARLAR, Ali / Hatipoğlu, Muzaffer: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu Cilt 1**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2008, s. 1215.

6 Hukukta "sorun" kavramı, maddi olaya ilişkin sorun olarak "maddi sorun"; uygulanacak hukuk normuna ilişkin olarak "hukuki sorun" şeklinde karşımıza çıkmaktadır (DEMİRAG, Fahrettin: **Örneklerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 108-109). CMK m. 218 hükmü incelendiğinde "yüklenen suçun ispatı" nitelemesiyle bu sorunların "maddi sorun"a yönelik olduğu görülmektedir. Nitekim bir suçun varlığı bakımından suç teşkil eden fiilin işlenip işlenmediği hususunun ispatı, olayın sübuta varıp varmadığı sorununa ilişkindir (DEMİRAG, s. 108-109).

7 ÜNVER Yener/ HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 299 – YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014, s. 84.



Bekletici sorun kararı kanunun saydığı sınırlı durumlarda zorunlu; diğer hallerdeyse ihtiyaridir.⁸ Bekletici sorun saymanın zorunlu olduğu sınırlı durumlar dışında, her somut olayda bekletici bir sorunun bulunup bulunmadığına davaya bakmakta olan mahkeme karar verecektir.⁹ Ceza mahkemesi kendi uzmanlığı dışında bir sorunla karşılaştığı durumda, sonuca varabilmek için söz konusu sorun hakkında karar vermeye yetkili ve görevli olan mahkemenin kararını bekleyebilecektir.¹⁰ Burada sorun oluşturan nokta uygulamada sıklıkla başvurulduğu üzere ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararının verilmesidir. Ceza mahkemelerinin ek yetkisini düzenleyen CMK m. 218 hükmünün lafzına bakıldığında böylesi uygulamaların hukuki zemininin olmadığı görülmektedir. Ancak Yargıtay kararlarının bu duruma cevaz vermesi karşısında ceza mahkemeleri arası bekletici sorun verme kararı, kanıksanmış bir uygulamayı karşımıza çıkarmaktadır.

Bekletici sorun, bağlantılı davaların açılmasını önleyici; dava açılmışsa bu davanın muhakemesini durdurucu niteliktedir.¹¹ Bu kapsamda mahkemenin yargılama yaptığı suç fiili ile ilgili sübuta varabilmesi, yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin madde itibarıyla yetki alanına giren bir sorunun çözümüne bağlıysa, gerçekleşmesi gereken uygulama, bu davaların bağlantılı dava olmaları sebebiyle birleştirilmesi ve aynı mahkemede görülmesidir. Sadece sınırlı ve zorunlu durumlarda bekletici sorun kararı verilmesi gerekmektedir. Öncelikle bağlantı yolu denenmeden bekletici sorun sayma yoluna gidilmesi muhakemenin temel ilkelerine uygun değildir. Ancak uygulamada mahkemelerin, bağlantılı davaları birleştirmeyip doğrudan bekletici sorun kararı vererek muhakemeyi durdurdukları görülmektedir. Bu ise beraberinde birçok sorunu doğurmaktadır. Bu aşamada ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı hususunu incelemek gerekmektedir.

II. CEZA MAHKEMELERİ ARASINDA BEKLETİCİ SORUN

Aynı derecede, aynı veya farklı sıfattaki ceza mahkemelerinde, farklı suçlar bakımından yürütülen yargılamalarda ceza mahkemeleri arasında

8 EREM, Faruk: **Ceza Usulü Hukuku, Sevinç Matbaası**, 4. Baskı, Ankara, 1973, s. 307 - SOYUBELLİ, Fethullah: **Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Hâkim Yayınları, Ankara, 2013, s. 112 – Ünver/Hakeri, s. 299.

9 TOROSLU, Nevzat / FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 106.

10 ÖZBEK V. Özer/DOĞAN Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2018, s. 126.

11 YENİSEY/NUHOĞLU, s. 85.

bekletici sorun kararı verilip verilemeyeceği hususu açık değildir. Bu hususta ceza mahkemelerinin ek yetkisini düzenleyen CMK m. 218 hükmü yol gösterici niteliktedir. İlgili maddeye göre: “Yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı ise; ceza mahkemesi bu sorunla ilgili olarak da bu kanun hükümlerine göre karar verebilir. Ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verebilir.” Bu hükümde ceza mahkemesi, bakmakta olduğu bir suçun ispatının¹² hukuk veya idare mahkemelerinin vereceği bir karara bağlı olduğu kanaatindeyse önünde iki seçeneği bulunmaktadır. İlk seçeneği nispi muhakeme yolunu seçip, söz konusu sorunla ilgili kendisinin bizzat yargılamayı gerçekleştirmesidir. Böylece mahkeme kendi yetki alanı dışında kalan bir sorunu çözme noktasında Kanun tarafından yetkilendirilmiş bulunmaktadır.¹³ Nispi muhakeme yapmanın da şartları bulunmaktadır. Bunlar olaya ilişkin fayda bulunması ve bağlantının söz konusu olmasıdır.¹⁴ Bağlantılı uyuşmazlıkların cezaî konularda olması durumunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada artık nispi muhakemeden söz edilemeyecektir. Nitekim CMK m. 218 hükmü, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümünden bahsetmektedir. Nispi muhakemeden söz edebilmek için bağlantılı uyuşmazlıkların hukukî ya da idarî nitelikte olması gerekmektedir. İdarî ya da hukukî uyuşmazlığa ilişkin bir sorunu çözen mahkeme bir yargıya varmayıp, kendi “lüzumu nispetinde”, hükmüne yardımcı bir sonuca varır.¹⁵ Bu bağlamda ihtiyari nitelikte olan nispi muhakeme, ceza mahkemeleri arasında gerçekleştirilen bir eylem niteliğinde olmayıp, ceza mahkemesinin uhdesinde, bir bütün teşkil eden hükme ulaşma noktasında bir araç niteliğindedir.

Bakmakta olduğu bir suçun ispatının hukuk veya idare mahkemelerinin vereceği bir karara bağlı olduğu kanaatinde olan ceza mahkemesinin ikinci seçeneği ise bekletici sorun kararı verip muhakemeyi durdurmaktır. Ancak bekletici sorun kararı verebilmesi

12 Söz konusu madde ile ilgili adalet komisyonu raporunda 1412 sayılı CMUK'ta “fiilin suç olup olmaması, Tasarıda ise “bir fiilin suç olup olmaması veya niteliğinin saptanması” hususu bir ön sorunun çözümüne bağlanmışken CMK m. 218'de “yüklenen suçun ispatı” ifadesinin tercih edildiği belirtilmiştir. Söz konusu rapora göre bu değişikliğin nedeni fiilin suç teşkil edip etmeyeceğinin tespitinin, ceza mahkemeleri dışında bir mercii tarafından yapılamayacağıdır (ŞAHİN, Cumhuriyet: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 696).

13 AKKAŞ, Ahmet Hulusi: **Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 189-190.

14 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 532.

15 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 532-533.

için Kanun, bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemesinde dava açılmış olmasını ya da bu açılmış bu davanın kesinleşmesinin beklenmesi ile ilgili olarak bekletici sorun kararı verilebileceğini şart koşturmuştur.

Ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilip verilemeyeceği konusu, ön suç-asıl suç ilişkisi bağlamında önem kazanmaktadır. Bu tarz içeriğe sahip suçlarda ön suçun varlığı bir ön koşul¹⁶ olarak karşımıza çıkmaktadır. Ön koşul ise doktrinde, “suç tanımında yer alan yapısal unsurlar” şeklinde tanımlanır.¹⁷ Ön koşullar fiilin gerçekleşmesinden önce varlığı gerekli “maddî, hukukî, olumlu ya da olumsuz nitelikte” bazen faile bazen de maddi konuya ilişkin bir özellik olarak belirlemektedirler.¹⁸ Konumuzla alakalı olarak örnek vermek gerekirse TCK m. 282’de düzenlenen “suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama suçu” unsur yönünden bir ön suçun varlığını gerektirmektedir. Ön suçun kesinleşmiş bir vakiyaya dayalı olması da bir ön koşul olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁹ Ön suç denilen olgu, TCK’da veya sair mevzuatta düzenlenen ceza normlarını ihlal eden fiilleri ifade etmektedir.²⁰ Ön suç içeren suçlar, öncesinde işlenen suçun devamı gibi gözükse bile bu suçlar bağımsız birer suçtur.²¹ Ön suçun işlendiği hususu ispat edilemediğinde asıl suçun işlenip işlenmediği hususu

16 Suçun ön koşulları kavramıyla objektif cezalandırılabilme koşulları birbirine karıştırılmamalıdır. “Objektif cezalandırılabilme koşulları” ile suçun ön koşulları” kavramı iki farklı kavramdır. Suçun ön koşulu, hareketin öncesinde yer alan, varlığı veya yokluğu suçun varlığını ya da yokluğunu belirleyen, suça etki eden bir koşuldur. Ön koşulların yokluğu, suçun da yokluğu anlamında gelecektir. Objektif cezalandırılabilme koşulu ise adı üstünde suça değil cezaya etki eden bir koşuldur. Hareketi veya hareketsizliği cezalandıran fiillerin dışında hareketle aynı zamanda veya hareketi takip eden bir zamanda mevcut olmazsa fiilin cezalandırılmasını engelleyen koşullara objektif cezalandırılabilme koşulu denilmektedir. Bu koşulların varlığı ya da yokluğu failin cezalandırılabilirliğini etkileyecektir. EREM, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I**, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976, s. 312-313.

17 ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)**, Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019, s. 196.

18 ZAFER, s. 196.

19 Bu kapsamda başka bir örnek olarak TCK m. 166’da malvarlığına karşı bir suç olarak düzenlenen bilgi vermeme suçu verilebilir. Bilgi vermeme suçunda hukuki bir ilişkiye dayalı olarak elde edilen eşyanın suç işlemek suretiyle veya suç işlemek dolayısıyla elde edildiğinin öğrenilmesine rağmen, suçun takibe yetkili makamlara vakit geçirmeksizin bildirimde bulunulmaması cezalandırılmaktadır. Bu kapsamda da bilgi vermeme suçunda sübuta varabilmek için söz konusu eşyanın suçtan elde edildiğine yönelik kesinleşmiş bir hükmün varlığı gerekir. TAŞ, Burak: “Bilgi Vermeme Suçu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:29, S:2, Y:2021, s. 1317.

20 EVİK, Sonay: **Suç Eşyasının Satın Alınması veya Kabul Edilmesi Suçu**, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 432.

21 ÖNDER, Ayhan: **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 441.

ortada kalacaktır. Başka bir örnek olarak TCK m. 165'te düzenlenen suç eşyasının satın alınması veya kabul edilmesi suçunu yargılayan asliye ceza mahkemesi, bu suçun işlenip işlenmediği hususunda ön suçun kesinleşmiş bir hükümlerle ispatlanmış olmasına ihtiyaç duymaktadır.²² Bu bakımdan TCK m. 165 örneğinde ön suç olarak devam eden bir hırsızlık, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi derdest yargılamaların kesinleşmiş sonucunun varlığına ihtiyaç duyacaktır. Konumuz bağlamında önem arz eden husus ise kendisini burada göstermektedir. Ön suçun kesinleşmiş bir vakıa olup olmadığı tespitine ihtiyaç duyan mahkeme, başka bir ceza mahkemesinde devam etmekte olan davanın kesinleşecek sonucunu bekletici sorun sayabilecek midir?

CMK m. 218/1 hükmü, “*ceza mahkemelerinden başka bir mahkeme*” ibaresi ile kesin bir değerlendirmeyi ihtiva etmektedir. Hükmün lafzından anlaşılan, ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun sayma kararı verilemeyeceği, ancak hukuk veya idari mahkemeler arasında bekletici sorun sayma kararı verilebileceğidir. Bu sebeple ceza mahkemesinde görülen hırsızlık, sahtecilik, dolandırıcılık, güveni kötüye kullanma gibi suçlarla ilgili olarak başka bir ceza mahkemesinde görülen asıl suç yargılamasında, ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilemeyecektir.

CMK m. 218 hükmünün gerekçesini incelediğimizde Kanunun lafzi yorumuyla vardığımız sonucu pekiştiren bir yorumda bulunulmuş; ancak sınırlı ve zorunlu hallerde ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebileceği ifade edilmiştir. Şöyle ki: “*Dava konusu uyuşmazlığın çözülmesi, diğer bir deyişle bir eylemin suç olup olmadığının veya niteliğinin saptanması, ceza hukukunun kapsamına girmeyen bir meselenin çözümüne bağlı ise ceza mahkemesinin önünde üç seçenek bulunmaktadır:*

1. *Ceza davasının bir an önce sonuca ulaşmasını sağlamak için bu sorun hakkında da ceza hukukundaki usul ve deliller için geçerli kurallara göre karar vermek.*

Kuşkusuz ceza mahkemesinin bu sorun hakkında verdiği karar, sadece dava konusu uyuşmazlık yönünden geçerli olmak üzere ve esas dava bakımından gerekli olduğu ölçüde verilmiş bir karar sayılacaktır.

2. *Çözülmesi uzmanlığı gerektiren bir sorunun söz konusu olduğunu saptadığında, mahkeme yargılamaya ara vererek sorunun konusuna göre hukuk davası veya idarî dava açılması için ilgililere süre verebilecektir.*

²² DÖNMEZER, Sulhi: *Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, Filiz Kitabevi*, 12. Baskı, İstanbul, 1997, s. 459.

3.Yetkili mahkemede bu hususta bir dava açılmışsa bu mahkemenin kararını da bekleyebilecektir.

Özetlemek gerekirse, ceza mahkemesi dava konusu uyuşmazlığın çözümünde etkili bulunan ve ceza hukuku dışında kalan bir sorun hakkında gerekli hâllerde kendisi karar verecek, sorunun nitelik ve kapsamına göre bu sorunun çözümünü bekletici sorun kabul ederek ilgililere süre de verecektir... Ancak yukarıda (2) numaralı paragrafta da açıklandığı üzere, mahkemenin ceza davasını beklemeye alması, ancak çok zorunlu ve uzmanlığa ilişkin bir husus söz konusu olduğunda karar verilebilecek bir hâl sayılmalıdır. Aksi takdirde davanın makul sürede bitirilmesi ilkesi ihlâl edilmiş olur.”²³ Her ne kadar gerekçe ile “çok zorunlu ve uzmanlığa ilişkin bir husus söz konusu olduğunda karar verilebilecek bir hal”de ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebileceği belirtilse de Kanunun açık hükmü gereği ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilmesinin şeklen hukuki bir temeli bulunmamaktadır. Nitekim kanunun karşısında gerekçenin bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Normlar hiyerarşisinde bir yeri olmayan gerekçe ile kanun arasında çatışmadan bahsedilemeyecektir. Bu bağlamda gerekçe, normun yorumunda yardımcı olacak bir düzenleme niteliğindedir. Ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilmek isteniyorsa bu kapsamda CMK m. 218 hükmünde değişikliğe gidilmesi gerekmektedir.

Genel kabulünün aksine bazı kararlarında Yargıtay; ceza mahkemesinin, bekletici sorun olarak sadece idari ya da hukuki bir uyuşmazlığı ön sorun olarak kabul edebileceğine hükmetmiştir.²⁴ Ki bu

23 ŞAHİN, s. 695.

24 “Bekletici mesele kararı ancak ceza muhakemesi sırasında, kendi uzmanlığı dışında bir mesele ile karşılaşması ve yargılanmakta olduğu uyuşmazlık hakkında karar verebilmek için, o mesele hakkında yetkili uzman mahkemenin kararının beklenmesi durumunda ortada “bekletici mesele” olduğu kabul edilecektir. 1412 Sayılı CMUK’nın 255. maddesinde “bir fiilin suç oluşturup oluşturmaması” bir ön sorun olarak düzenlenmiş iken, 5271 Sayılı CMK’nın 218/1. maddesinde “yüklenen suçun isbatı” biçiminde düzenlenmiştir. Bu değişiklik bir bakıma bir fiilin suç olup olmayacağı bakımından ceza muhakemesi dışındaki yargılama makamlarının kararlarıyla bağlı olmayacağı sonucunu da ortaya çıkarmaktadır. Yani burada mahkemenin bir takdir hakkı bulunmakta bir meseleyi bekletici mesele yapıp yapmama konusunda serbest hareket etmektedir. Gerektiğinde bekletici mesele yapmadan nispi muhakeme yoluyla da bu sorunu kendisi de çözebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus uyuşmazlığın hangi hususlarda ve hangi mahkemelerin yetkisi dahilinde olacağıdır. Kanun metinleri ve gerekçeleri incelendiğinde ceza mahkemesinin idari ya da hukuki bir uyuşmazlığı ön sorun olarak kabul edebileceği sonucu ortaya çıkmaktadır. Çünkü gerek mülga gerek yeni usul kanunlarındaki madde metinlerinde “ceza muhakemesi” “ceza mahkemesi” tabirlerine yer vererek kanun koyucu muradını açıkça ortaya koymuştur. Bu durumda ise somut olayda olduğu gibi ceza soruşturmasında başka bir ceza mahkemesinde görülmekte olan dava bekletici sorun yapılamayacaktır.” Y16.CD, 2016/450E., 2016/367K., 01.02.2016T; “CMK’nın 218/1. maddesine göre bir eylemin

tarz kararlar da ilk derece ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilen uygulamaları hukuki görmemektedir.

Doktrinde *Akkaş* lafzi yorum ile çıkardığımız sonucun aksini savunmaktadır.²⁵ *Akkaş'a* göre kıyas²⁶ yoluyla ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilecektir. Şöyle ki TCK m. 127'de düzenlenmiş olan “*İsnat edilen ve suç oluşturan fiilin ispat edilmiş olması halinde kişiye ceza verilmez. Bu suç nedeniyle hakaret edilen hakkında kesinleşmiş bir mahkûmiyet kararı verilmesi halinde, isnat ispatlanmış sayılır.*” hükmü, diğer bir ceza mahkemesinin yargılamasının sonucunun beklenmesi gerektiği anlamına gelmektedir. 127. maddenin kıyasından hareketle yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde de bekletici sorun kararı verilebileceği sonucuna ulaşılabilir.²⁷ *Güngör/Okuyucu Ergün'e*

suç oluşturup oluşturmadığı veya suçun niteliğinin saptanması ya da yüklenen suçun ispatı ceza mahkemesi dışında bir sorunun çözümlenmesine bağlı ise ceza hâkimi, ya sorunu ceza muhakemesi hükümlerine göre karara bağlayacak ya da sorunun hukuk veya idare mahkemesinde çözümlenmesini bekleyecektir.” YCGK, 2016/73E., 2020/40K., 30.01.2020T.

- 25 Bir iftira suçu yargılamasında dinlenen tanık hakkında yalan tanıklık suçundan dolayı kovuşturma yapılmaktaysa, o tanığın yalan söylediği; yani yalan yere tanıklık yaptığı iddia olunuyorsa mevcut davada, yalan yere tanıklık suçunun kovuşturulduğu ceza davasının sonucunun beklenmesi gerektiği görüşü için bkz. KUNTER, Nurullah/ YENİSEY, Feridun: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000, s. 258; Benzer yönde bkz. TAŞDEMİR, Kubilay: **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2011, s. 218; Devrim Güngör/ Güneş Okuyucu-Ergün, “Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C:22, S:83, Y:2009, s. 70-71.
- 26 Ceza hukuku bağlamında her hukuk normu, kanunun lafzını esas alacak bir yoruma gereksinim duymaktadır. Kanunun lafzı, hukuken geçerli bir yorumun sınırlarını belirtmektedir. Söz konusu sınır aşıldığında ise bu aşamadan itibaren “kıyas” karşımıza çıkmaktadır. Kıyasın ceza hukukunda uygulanırılığı ise kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılmış boşlukların söz konusu olmadığı durumlarda çıkmaktadır (HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım - I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları – Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)**, (Ed. YENER, Ünver), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 22-23). TCK m. 2/3 hükmünde kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinde kıyasa yol açacak şekilde genişletici yorum yapılamayacağı belirtilmiştir. Söz konusu yasak yalnızca TCK ile düzenlenmemiştir. Anayasanın 38. maddesinden de aynı sonuç çıkarılabilmektedir (TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019, s. 67). Evrensel bir hukuk ilkesi olarak kıyas yasağı (*nulla poena sine lege stricta*), ceza normları bakımından geçerli bir ilkedir (PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2010, s. 68-69). Bu ilke ceza muhakemesi normları bakımından kural olarak geçerli değildir. Ancak istisnai ve tahdidi nitelikteki normlar bakımından kıyas yorumuna başvurulamayacaktır (TOROSLU/ FEYZİOĞLU, s. 16). TCK m. 127 incelendiğinde kanun koyucu tarafından bilinçli olarak bırakılan bir boşluk söz konusu değildir. Bu bakımdan bu hüküm kıyasa elverişli olmakla birlikte istisna bir hüküm teşkil etmesinden dolayı kıyasa elverişli değildir. Bu bağlamda TCK m. 127'nin kıyas edilerek ceza mahkemeleri arası bekletici sorun kararı verilebileceği görüşüne katılmıyoruz.
- 27 *Akkaş*, s. 192-193; Benzer yönde ÜZÜLMEZ, İlhan “Hakaret Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**,

göre de ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun sayma mümkün görünmektedir. Öyle ki TCK m. 165'te düzenlenen "suçtan elde edilen eşyayı almak suçu"nun kovuşturulduğu ceza davasında, söz konusu suçun işlenip işlenmediğinin araştırılması, nispi muhakeme yolu ile çözülebileceği gibi, bu husus ilgili mahkemesince bekletici sorun olarak da değerlendirilebilir.²⁸ Nitekim Yargıtay da genel olarak ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilen uygulamaları desteklemektedir.²⁹

Çocuk Koruma Kanunu m. 17/2 hükmü gereğince çocuk mahkemeleri, çocuklar hakkında görülen davalarda suç ortakları olan yetişkinlerin davasında çıkacak hükmü bekleyebilir.³⁰ ÇKK m. 17/2 ile TCK m. 127 hükmü lafzen incelendiğinde bir kurala karşı getirilmiş istisna hükümler ifade ettikleri görülecektir. Ana kural; yüklenen suçun ispatı, ceza mahkemelerinden başka bir mahkemenin görev alanına giren bir sorunun çözümüne bağlı; ancak bu sorunla ilgili olarak görevli mahkemede dava açılması veya açılmış davanın sonuçlanması ile ilgili olarak ceza mahkemelerinin bekletici sorun kararı verebileceğidir. Bu kural kesin bir izni içermektedir. Bu açıdan bakıldığında istisna hükümlerde kıyas metodu uygulanamayacağından³¹ ceza mahkemelerinde görülmekte olan

S:12, Y:2010, s. 62; MALKOÇ, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 2**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013, s. 2151; Ünver/Hakeri, isnat konusu iddianın ispatına dair TCK m. 127'nin gerekçesinde belirtilen "isnat edilen suçun bekletici sorun yapılması gerektiği" hususunda gerekçenin bir bağlayıcılığının bulunmadığı, bu konunun nispi muhakeme yoluyla çözümlenmesine engel herhangi bir durumun da bulunmadığını savunmaktadır. ÜNVER/HAKERİ, s. 299.

28 GÜNGÖR/OKUYUCU-ERGÜN, s. 70-71.

29 "Ağır Ceza Mahkemesinin 2010/161 Esas sayılı dosyasında sanık hakkında suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, tehdit, yalan tanıklık ve tefecilik suçlarından kamu davası açıldığı, tefecilik suçu yönünden suç ve iddianame tarihleri ile mağdurları yönünden iş bu dava dosyası ile aynı olmadığı ancak eylemlerin subuta ermesi halinde zincirleme suç hükümlerinin uygulanması ihtimali bulunduğu, aynı teselsül ilişkisi içinde bir kısım mağdurlara karşı gerçekleştirilen tefecilik eylemi nedeniyle açılmış bir kamu davasının veya verilmiş ya da kesinleşmiş bir hükmün bulunmasının diğer mağdurlara yönelik eylemlerin dava konusu yapılmasına engel olmayacağı, yargılama sonunda sabit görülen suçların cezalandırılabilirliğinin bu husustan bağımsız olarak ele alınması gerektiği nazara alınarak, söz konusu dosyanın akibetinin bekletici mesele yapılıp, aslının veya onaylı örneğinin temininden sonra sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerektiği halde davanın mükerrer açıldığı şeklindeki yanılığın gerekçe ve eksik inceleme sonucu red kararı verilmesi, Kanuna aykırın..." Y5.CD, 2013/15647E., 2016/551K., 19.1.2016T.

30 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 865-866; TOROSLU/FEYZİOĞLU, s. 107; YENİSEY/NUHOĞLU, s. 85; Davaların birlikte yürütülmesinin zorunlu olduğu durumlarda bağlantılı davalar birleştirilmek suretiyle genel mahkemelerde görülebilecektir (ÇKK m. 17). ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 866.

31 İstisna hüküm, "olağanın dışında hüküm getiren, sisteme yabancı unsurlar içeren, ayrık durum kuralları" şeklinde tanımlanmaktadır (YONGALIK, Aynur: "İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi" **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:60, S:1,

davalar arası bekletici sorun kararı verilemeyecektir. CMK m. 218'de yer alan bu teknik sorunun çözümü, ceza mahkemeleri arası bekletici sorun saymaya cevaz veren kanuni bir düzenlemeyi gerektirmektedir. Nitekim fayda ilkesine dayanan bekletici sorun sayma kurumu, işlevsel kullanıldığında subûta ulaşmada ve mahkeme kararları arası çelişkileri önlemede oldukça etkili olmaktadır. Ancak bu fayda, ceza mahkemelerinden başka bir merciin çözümüne bağlı bir sorunda söz konusu olmaktadır. CMK m. 218 hükmünün karşılığı niteliğinde kabul edebileceğimiz Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO), "*medenî hukuka ilişkin ön sorunlar*" başlıklı 262'nci paragrafında yalnızca "*hukuki uyumsuzluklar*" bağlamında bekletici sorun kararı verilebileceği düzenlenmektedir.³² Bu sebeple yüklenen suçun ispatı başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediği vakiasının sübutuna bağlıysa, ceza mahkemesi, söz konusu maddeye dayanarak bekletici sorun kararı veremeyecektir.³³ Ancak Türk ceza muhakemesi hukuku uygulamasında, CMK m. 218'in açık hükmüne rağmen ceza mahkemeleri arasında da bekletici sorun kararı verilmektedir. Kanunun açık hükmüne rağmen ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilmesi hususunun mümkün olması için Kanun değişikliğine gitmek gerekmektedir.

Ön suçun varlığında ya da iftira suçunda isnat konusu suç veya yalan tanıklık gibi bir suçun ispatının beklenmesi gerekliliği³⁴ karşısında uygulamada mahkemeler en çok bekletici sorun sayma yoluna gitmektedirler. Kararlar arası çelişkiyi önleme ve mahkemenin, kararını beklediği mahkemenin konuyu daha doğru çözüme bağlayacağını tasavvur etmesi³⁵ noktasında ilk bakışta doğru bir uygulama gibi gözükse de bir vakianın kesinleşmesinin uzun zaman alması gerçekliği karşısında bekletici sorun sayma kararı, her zaman için olması gerekeni yansıtmamaktadır. Nitekim mahkeme, başka bir mahkemenin kararını

Y:2011, s. 6-7). Türk doktrininde kabul edilen genel görüşe göre "*istisna hükümlerinin dar yorumlanması kuralının bir gereği ve sonucu olarak, istisna hükümlerinin uygulama alanının genişlemesine yol açacağı düşüncesiyle kıyasen de uygulanamayacakları*" savunulmaktadır (YONGALIK, s. 11). Nitekim istisnalar ana kuralın kapsamını daralttıkları için kuralın değiştirilmesi anlamına gelir (GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Bursa, 2016, s. 302). İstisnayı genişletme yetkisi ise yorumcunun değil kanun koyucunun bir görevidir. Bu kapsamda istisnanın yorumlanmasına ihtiyaç duyulduğunda istisnalar geniş yorumlanıp kapsamı genişletilemeyecektir (GÖZLER, s. 302).

32 Bkz. AKKAŞ, A. Hulusi "*Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi (CMK md. 218)*", **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:6, S:2, Y:2015, s. 6.

33 AKKAŞ, Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi, s. 6.

34 EREM, s. 308.

35 TOSUN, s. 408.

vermesini beklemek neticesinde zaman kaybetmektedir.³⁶ Kişilerin uzun süre sanık sıfatını taşımaları neticesinde ise adil yargılanma hakları ihlal edilmektedir.³⁷ Her şeyden önce de Kanunumuzun açık hükmüne aykırı bir uygulama gerçekleşmektedir. Ayrıca zorunlu haller dışında mahkemenin bekletici sorun kararı vermesinin dava zamanaşımını durdurup durdurmayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Kanun koyucu belirli bir sorunu mahkemenin beklemesinde fayda olduğunu kabul ediyorsa veya nispi muhakeme yapılmasını yasaklamışsa artık bekletici sorun sayma zorunluluğundan bahsetmek gerekecektir.³⁸ Doktrinde bir görüşe göre, ihtiyari durumlarda mahkeme takdirenen bekletici sorun kararı vermişse de dava zamanaşımı duracaktır.³⁹ Yargıtay'ın kabulü de bu yönde⁴⁰ olmakla beraber katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, bekletici sorun saymanın mahkemenin ihtiyarında olduğu durumlarda, ceza mahkemesinin sadece takdir hakkını kullanarak bekletici sorun sayma yolunu tercih etmesiyle kamu düzenine ilişkin olan bir sürenin işlemesine engel olması doğru değildir ve bu görüşe göre sadece bekletici sorun saymanın zorunlu olduğu, yani ceza mahkemesinin nispi muhakeme yapamadığı sınırlı durumlarda zamanaşımı durmalı, aksi takdirde işlemeye devam etmelidir.⁴¹ Yargıtay'ın son yıllardaki içtihatları incelendiğinde savunduğumuz

36 PARLAR/HATİPOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 1216; TOSUN, s. 408.

37 Bekletici sorunun ortaya çıktığı her durumda dava zamanaşımının durması kabul edildiğinde, bazı durumlarda ceza muhakemesinde geçerli temel ilkeler ihlal edilebilmektedir. Şöyle ki mahkeme ekletici sorun kararı verdiği muhakeme duracak ve beklenen sorun çözümlenene kadar muhakemeye devam edilmeyecektir. Mahkemenin beklediği sorunu çözmekle görevli ceza mahkemesinde sanık davayı takip etmezse, muhakeme hukukunun sanığa tanıdığı hakları kötüye kullanıp yargılamayı uzatırsa ceza yargılamasına devam edilemeyeceği için yargılanan kişinin sanık sıfatı sona eremeyecek ve dava tehdidinden kurtulması mümkün olmayacaktır. Çünkü kanunda dava zamanaşımının durması hususunda, zamanaşımının kesilmesinde olduğu üzere bir "üst sınır" getirilmemiştir. Kanunda böyle bir sınır tanınmaması nedeniyle de zamanaşımı sınırsız olarak durabilecektir. GÜNGÖR/OKUYUCU-ERGÜN, s. 71-72.

38 TOSUN, s. 409.

39 TOSUN, s. 410.

40 "... Durma nedenlerinden olan "bekletici sorun"un bulunduğu hallerde; kanunun emri veya hâkimin takdiri sonucunda ceza davasındaki uyumsuzluğun çözümü her şeyden önce başka bir mercide belirli bir sorunun çözümüne bağlıdır. Böyle bir durumda, sözü geçen sorun çözümlenmedikçe ceza davasına devam etmeye imkân bulunmadığı için, ceza davasının olduğu yerde durması ve sorun çözümleninceye kadar dava zamanaşımının işlememesi gerekir. Bekletici sorunun dava açıldıktan sonra ortaya çıkması da mümkündür. Bu hallerde de 107. maddenin uygulanması gerektiğinden zamanaşımı durur. Durma nedenlerinin varlığı halinde, bu neden ortadan kalkınca zamanaşımı durduğu yerden işlemeye başlar, durduran nedenlerden önce işlemiş olan süre de varlığını korur..." (YCGK, 2004/3-89E., 2004/110K., 04.05.2004T.). GÜNGÖR/OKUYUCU-ERGÜN, s. 71.

41 GÜNGÖR/OKUYUCU-ERGÜN, s. 72.



ikinci görüşe daha yakın kararlar vermeye başladığı görülmektedir. 2019 yılında 19.CD, *“Bekletici sorun nedeniyle muhakemenin durdurulması, ancak muhakemelerin birleştirilmesinin veya nispi muhakemenin kabul edilmediği hallerde söz konusu olabilir.”*⁴² diyerek bu kabulünü açıkça ortaya koymuştur.

Hâkim yargılamada belirli aşamaları geçerek nihai hükme varmaktadır. Bütün bu aşamaların “davanın devamlılığı” içerisinde kalması gerekmektedir. Davanın başlamasından hükme ulaşıncaya kadar geçen sürenin mümkün olan en kısa süreyi ihtiva etmesi adil yargılanma hakkının bir gereği olan makul sürede yargılanma hakkı bakımından son derece önemlidir. Bu bağlamda usul işlemlerinin birbirinden uzak olmaması, kural olarak hâkimin huzuru dışında bir yerde gerçekleştirilmemesi, hâkimin davanın tamamı hakkında vicdanî kanaate sahip olmasını sağlamaktadır.⁴³ Böylece hâkimin dikkati de dağılmayacaktır. Buradan hareketle usul işlemlerinin zaman ve mekân bakımından bir araya toplanması kavramına ceza muhakemesinde “*usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesi (usul muamelelerinin teksifi ilkesi)*” denir.⁴⁴ Usul işlemleri arasında zaman geçmesi davanın devamlılığını aksatacak ve bu ilkeye aykırı olacaktır. Kaldı ki asıl kural, ceza davasında bu davanın devamına engel olan bir sorunun çözülmesi gerekiyorsa bu sorunun, hâkimin yetkisi dışında olsa bile yine de ceza hâkimi tarafından çözülmesidir. Nitekim usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesi bunu gerektirmektedir. Kural bu şekilde olmakla birlikte kanun koyucu nispi muhakeme yasağı öngördüğü durumlarda bu ilkeye istisnalar yaratmıştır.⁴⁵ Ancak konumuz bağlamında bir muhakeme yasağı uygulaması söz konusu değildir.

Hâkimin, önündeki vakıanın sübuta varması için başka bir ceza mahkemesinin kararını beklemesine gerek yoktur. Usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesi sayesinde hâkim eğer hali hazırda çözümlenmesine ihtiyaç duyduğu sorunla ilgili dava açılmamışsa nispi muhakeme yapabilir. Ancak hali hazırda bir yargılama devam etmekteyse, burada davayı neticelendirme noktasında belirli bir sorunun çözümüne muhtaç bir mahkemenin yapması gereken, şartları mevcutsa davaları

42 Y19.CD, 2020/2053E., 2020/6650K., 15.6.2020T.

43 TANER, Tahir: **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 608, İstanbul, 1955, s. 297-298.

44 EREM, s. 305.

45 EREM, s. 305.

birleştirmektir.⁴⁶ Nitekim Yargıtay, 2019 yılındaki Ceza Genel Kurulu kararıyla savunduğumuz uygulamayı destekler nitelikte karar vermiştir: “Yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması hâlinde, ilk başta davaların birleştirilmesi müessesinin işletilmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda suçlar arasında bir bağlantı söz konusudur. Bağlantılı suçlarda ise ilk olarak savcılık, birleştirmek suretiyle davaları yüksek görevli mahkemede açabilir (CMK m. 9). Davalar ayrı mahkemelerde açılmış olsa da kovuşturma evresinin her aşamasında, bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesine yüksek görevli mahkeme tarafından karar verilebilir (CMK m. 10, f. 1). Görüleceği gibi, uyuşmazlıklar arasında bir bağlantı bulunması durumunda, davaların birleştirilmesine karar verilip uyuşmazlık yüksek görevli mahkemede çözüme kavuşturulacağı için bekletici sorun kararı verme veya nispi muhakeme yapma yollarına gerek dahi bulunmayacaktır. Fakat uyuşmazlıklar arasında bağlantı bulunması, davaların mutlaka birleştirileceği anlamına da gelmemektedir. Eğer davaların birleştirilmesi suretiyle yargılama daha çabuk ve ekonomik yapılacaksa ve daha isabetli bir karar verilecekse birleştirme yapılmasında fayda vardır. Buna karşılık davaların birleştirilmesinde fayda yok ise davalar ayrı görülmeye devam eder...Şeklindeki tüm hususlar göz önüne alındığında; sanık hakkındaki görevi kötüye kullanma suçuna ilişkin dava dosyasının bekletici sorun yapılmasına gerek bulunmadığı kabul edilmelidir.”⁴⁷

Ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı vermek yerine bağlantı nedeniyle davaları birleştirmek aynı zamanda zincirleme suç, fikri içtima gibi sebeplerle sanık hakkında daha az ceza verilmesini de mümkün kılmaktadır. Tüm bu açıklanan gerekçelerle hem kanunen ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilemeyeceği; şartlar mevcutsa davaların CMK m. 10/1 uyarınca yüksek görevli mahkemece birleştirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.⁴⁸ Nitekim her iki mahkemede derdest davalar arasında bir “bağlantı” söz konusuysa, davalar birleştirilip uyuşmazlık “yüksek görevli mahkemede” çözüleceği için bekletici sorun kararına ya da nispi muhakeme

46 Aynı yönde bkz. “Hukukumuzda ise yüklenen suçun ispatının başka bir ceza mahkemesinin yetkisine giren bir suçun işlenip işlenmediğine bağlı olması halinde, ilk başta davaların birleştirilmesi müessesinin işletilmesi gerekir. Çünkü böyle bir durumda suçlar arasında bir bağlantı söz konusudur.” AKKAŞ, Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi, s. 6.

47 YCGK, 2019/601E., 2019/723K., 26.12.2019T; Aynı yönde başka bir CGK kararı için bkz. YCGK, 2019/391E., 2019/722K., 26.12.2019T./YCGK, 2019/469E., 2019/721K., 26.12.2019T.; Benzer yönde bkz. Y19.CD, 2020/2053E., 2020/6650K., 15.6.2020T.

48 Bir ön koşul içeren bilgi vermeme suçu bakımından davaların birleştirilmesi gerektiği önerimiz hakkında detaylı bilgi için bkz. TAŞ, s. 1336.



yapılmasına gerek kalmayacaktır.⁴⁹ Ancak fayda ilkesi gereği sınırlı ve zorunlu durumlarda ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilmesi gerekmektedir. Nitekim bağlantılı davaların biri ilk derece aşamasında iken diğeri kanun yolu aşamasında olabilir. Bu durumda ise bekletici sorun gerçekten zorunlu bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada kanuni engel karşısında CMK m. 218 hükmünde revizyona gidilmesi gerekecektir. Burada önerimiz CMK m. 218'e ek fıkra olarak ceza mahkemeleri arası bekletici sorun kararının son derece sınırlı durumlarda uygulanabileceği ve bağlantılı davalarda önce muhakemelerin birleştirilmesi yolunun denenmesi gerektiği, ancak sınırlı ve zorunlu durumlarda bekletici sorun kararı verilebileceği hususu düzenlenmelidir. Bu kapsamda ceza mahkemeleri arası bağlantının sonucu olarak muhakemelerin birleştirilmesi kurumunun kapsamını ve şartlarını incelemek gerekecektir.

III. MUHAKEMELERİN BİRLEŞTİRİLMESİ

Ceza muhakemesinde kural davaların ayrı ayrı görülmesi, uyumsuzluklar arasında bağlantı bulunması durumunda davaların birleştirilmesidir.⁵⁰ Bağlantının sonuçlarından biri olarak muhakemelerin birleştirilmesi kurumu⁵¹; farklı veya aynı mahkemelerde görülen iki ayrı uyumsuzluğun *tek bir dosya halinde tek bir hükümle çözümlenmesidir*.⁵² Bir kişinin, birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta her ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunması halinde bağlantı var sayılır (CMK m. 8/1). Suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiilleri de bağlantılı suç sayılır (CMK m. 8/2).

Muhakemelerin birleştirilmesi için; birleştirmede fayda bulunması, birleştirme olanağının bulunması (birleştirme yasağının bulunmaması) ve uyumsuzluklar arasında bağlantı bulunması koşulları aranmaktadır.⁵³

49 AKKAŞ, Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi, s. 6.

50 ÖZEN, Mustafa, **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019, s. 233.

51 ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 530; ÖZTÜRK, Bahri (*Editör*), **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 14. Baskı, Ankara, 2020, s. 209.

52 CENTEL/ZAFER, s. 710.

53 CENTEL/ZAFER, s. 710-711; ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ/TEPE, s. 530; "Davaların birleştirilebilmesi için uyumsuzluklar arasında bağlantı, birleştirmede fayda ve birleştirme olanağının bulunması gerekir. Davalar arasında bağlantı bulunması birleştirmeyi zorunlu kılmamaktadır. Birleştirmede mecburiyet ilkesi geçerli olmamasına rağmen somut duruma göre ihtiyarilik zorunluluğa dönüşebilecektir. Yargılamaların birleştirilmesi, tüm delillerin birlikte tartışılmasını, maddi gerçeğe daha çabuk ulaşılmasını sağlayacak, çelişkili kararlar verilmesini engelleyecektir. Yargılama daha ucuz yapılacak, kararlar arasında çelişki doğmayacaktır". Y8.CD, 2013/2523E., 2013/11479K., 11.04.2013T.

Koşullar elverdiğinde ceza davaları bağlantılı olduğu durumlarda CMK m. 9 hükmü sayesinde birleştirilmek suretiyle yüksek görevli mahkemede dava açılabilir gibi CMK m. 10/1 hükmü sayesinde hali hazırda derdest olan bağlantılı ceza davaları yüksek görevli mahkemece birleştirilebilecektir.⁵⁴ Örneğin biri ağır ceza mahkemesinin diğeriye asliye ceza mahkemesinin görevine giren ceza davaları, ağır ceza mahkemesinde birlikte görülebilecektir.⁵⁵ Her biri değişik mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı ceza davaları da yetkili mahkemelerden herhangi birisinde birleştirilerek görülebilecektir (CMK m. 16/1).⁵⁶

Bir uyuşmazlıkla ilgili verilecek hükmün diğer bir uyuşmazlığın çözümünde etkili olması akla öncelikle bekletici sorun sayma yolunu getirirse de muhakemelerin birleştirilmesi münferit durumlarda daha faydalı sonuçların doğmasına katkı sağlayabilmektedir.⁵⁷ Bağlantılı ceza davalarının kısa zamanda bitirilmesi ile usul ekonomisi ilkesine daha uygun bir sonuç doğabilir.⁵⁸ Aynı sanık veya fiille ilgili delillerin bir arada toplanması sayesinde delil değerlendirmesi bir bütün olarak gerçekleştirilebilir ve bu yolla maddi gerçeğin ortaya çıkarılması hedefine daha kolay ulaşılabilir.⁵⁹ Aynı zamanda farklı davalar sonucunda çelişkili kararlar verilmesi önlenir.⁶⁰ Ancak bağlantılı davaları birleştirmek zorunlu olmadığı için Cumhuriyet savcısının davaları birleştirerek

54 Birleştirilen bağlantılı ceza davalarında bu davaları gören mahkemenin tabi olduğu yargılama usulü uygulanacaktır (CMK m. 10/2).

55 ÖZTÜRK, s. 209.

56 Bağlantılı ceza davalarının değişik mahkemelerde bakılmasına başlanmış olursa, Cumhuriyet savcılarının istemlerine uygun olmak koşuluyla, mahkemeler arasında oluşacak uyuşma üzerine, bu davaların hepsi veya bir kısmı bu mahkemelerin birinde birleştirilebilir. Uyuşmazsa, Cumhuriyet savcısı veya sanığın istemi üzerine ortak yüksek görevli mahkeme birleştirmeye gerek olup olmadığına ve gerek varsa hangi mahkemede birleştirileceğine karar verir (CMK m. 16/2,3). Ancak CMK m. 10 hükmüne göre kovuşturma evresinin her aşamasında, bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesine veya ayrılmasına yüksek görevli mahkemece karar verilebilir. Bu durumda kanaatimizce daha spesifik bir ihtimali düzenleyen, genel kuralı özelleştiren CMK m. 16'ya göre bağlantılı ceza davalarının birleştirilmesine ortak yüksek görevli mahkeme karar vermelidir. Aynı yönde ÜNVER/HAKERİ, s. 296.

57 Doktrinde Olgaç'a göre, zincirleme suç kapsamında işlenen suçlarla ilgili devam eden iki ceza davası bulunmaktaysa davaların birleştirilmesine karar verilmesi, mükerrer cezalandırmanın önüne geçilmesi başta olmak üzere ceza hukukunun birçok ilkesine hizmet etmektedir (OLGAÇ, Samet Can: "Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükmün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükmeye Etkisi", **Terazi Hukuk Dergisi**, C:15, S:167, Y:2020, s. 1466). Ancak yazara göre birleştirme yapılamaması halinde ilk yargılamanın bekletici sorun sayılması gerekmektedir. Çalışmamızda savunduğumuz üzere ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilemeyeceği için yazarın bu görüşüne katılmamaktayız.

58 ÖZTÜRK, s. 210.

59 PARLAR/HATİPOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 78.

60 PARLAR/HATİPOĞLU, Ceza Muhakemesi, s. 78.

açmasında takdir yetkisi bulunmaktadır.⁶¹ Aynı şekilde derdest davalarda da mahkemelerin birleştirmeye lüzum görmesi durumunda anlaşarak dosyayı yüksek görevli mahkemeye göndermeleri zorunlu değil ihtiyaridir (CMK m. 16). Ancak belirtmek gerekir ki derdest davalarda birleşme için mahkemeler arası aranan uzlaşma şartı aynı sıfattaki mahkemeler bakımından geçerlidir.⁶² Davalardan birisi yüksek görevli mahkemedeysen bu durumda uzlaşma şartı aranmayacaktır.⁶³

Davaların birleştirilmesinin dört temel şartı bulunmaktadır: Birden fazla uyuşmazlığın bulunması, uyuşmazlıklar arasında bağlantı bulunması, birleştirmenin faydalı ve gerekli olması ve son olarak birleştirmede olanak bulunması.⁶⁴ Bu şartları bir bütün olarak sağlayan uyuşmazlıkların birleştirilmesi söz konusu olabilecektir.⁶⁵

Sonuç olarak, ceza mahkemeleri, çözümü diğer bir ceza mahkemesinin kararına bağlı olduğu uyuşmazlıklarda bekletici sorun yoluna başvurmaktansa davaları birleştirme yoluna başvurmalıdır. Bekletici sorunun hukukilik sorunu da göz önüne alındığında usul ekonomisi ve usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesine en uygun çözüm, davaların birleştirilmesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Eğer birleştirmenin şartları olay bazında sağlanamıyorsa bu durumda ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun sayma mümkün görülmelidir. Ancak bunun için de kanuni sorunun çözülmesi gerekecektir. Örnek vermek gerekirse

61 Birçok faydasında rağmen davaların birleştirilerek açılması, kitlesel yargılamalara yol açabileceği gibi yargılamayı hızlandırmak yerine yargının yükünü de artırabilir. Bu kapsamda kanun koyucu, davaların birleştirilerek açılmasına imkân verdiği gibi ayrılmasına da imkân vermiştir. Bu aşamada Cumhuriyet savcısının rolü önem arz etmektedir. ÖZTÜRK, s. 210.

62 ÖZTÜRK, s. 210.

63 ŞEN, Ersan/Arda, Büşra: "Birleştirme Uyuşmazlığı", **Haber 7 İnternet Makalesi**, 10.12.2016, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2232329-birlestirme-uyusmazligi>, E.T:8.2.2021; Uygulamada davaların birleşmesinin gerektiğini düşünen mahkeme, ilgili mahkemeye birleşmeye muvafakat edip etmediğini müzekkere yazmak suretiyle sormaktadır. Bu şekildeki uzlaşma şartının temelinde hâkimlerin bağımsızlığı ilkesi yatmaktadır. Nitekim hiçbir mahkeme, diğer bir mahkemeye emir ve talimat vermeyecektir. YURTCAN, Erdener: **Ceza Avukatının El Kitabı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 4. Baskı, Ankara, 2003, s. 33.

64 ÖZTÜRK, s. 210.

65 "...aralarında CMK'nin 8/1. maddesinde yer aldığı şekilde hukuki ve fiili bağlantı bulunması nedeniyle söz konusu davanın akıbetinin araştırılması, mümkünse davaların birleştirilmesi, kesinleşmesi veya birleştirme olanağının ortadan kalkması durumunda ise aslının veya onaylı bir suretinin bu dosya arasına konularak delillerin birlikte değerlendirilmesinden sonra sanıkların hukuki durumlarının takdir ve tayin edilmesi gerektiği gözetilmeden, eksik inceleme ve yetersiz gerekçe ile yazılı şekilde hükümler kurulması, bozmayı gerektirmiş" Y5.CD, 2017/1308E., 2021/1792K., 13.4.2021T; Bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi, soruşturma ve kovuşturma evrelerinde birleştirme usulü, uygulamadaki sorunlar ile ilgili detaylı bilgi için bkz. ÖZEN, s. 233-238.



iftira suçı ile ilgili bir yargılama henüz duruşma hazırlığı devresinde, isnat edilen suçun görüldüğü dava kanun yolu devresinde olabilir. Bu durumda bağlantı kabul edilse bile iki dava birleştirilemeyecektir. Ancak böylesi sınırlı ve zorunlu durumlarda bekletici sorun mümkün görülmelidir. Burada iftira suçunu yargılayan ceza mahkemesi, kanun yolu muhakemesinin sonucunu bekletici sorun sayabilir. Ancak CMK m. 218 hükmünün sorunlu yapısı bu duruma cevaz vermemektedir. Usul ekonomisi, yargılamanın makul sürede sonuçlanması, fayda ilkeleri gereği bekletici sorun sayma kararı vermek mümkün görülmelidir. Yine de CMK m. 218'in sorunlu lafzının bir an önce değişmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Bekletici sorun, bir muhakemenin sona erebilmesi bakımından çözülmesi gereken hukuki veya maddi sorunlardır. Ön koşul içeren bazı suç tiplerinde veya iftira suçı gibi isnat edilen suçun ya da yalan tanıklık vakiasının sübuta ermesi, bir ceza yargılamasında çözülmesi gereken bekletici soruna örnek verilebilir. Bu gibi hallerde ceza mahkemesi, görülmekte olan diğer bir ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararına ihtiyaç duyabilir. Uygulamada CMK m. 218'in lafzına rağmen ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verildiği görülmektedir. Yargıtay'ın son yıllarda verdiği kararlar ise bu durumun hukuki temelden yoksunluğunu ortaya koymaktadır. Kanımızca ceza mahkemeleri, diğer bir ceza mahkemesinde görülen bir sorunun çözümüne ihtiyaç duyuyorsa diğer ceza mahkemesinin kararını beklemek yerine bağlantı nedeniyle davaların birleştirilmesi yoluna gitmelidir. Nitekim böylesi bir uygulama usul işlemlerinin yoğunluğu ilkesine, usul ekonomisi ilkesine ve makul sürede yargılanma hakkına uygun sonuçlar doğurma kapasitesine sahip olacaktır. Bağlantı nedeniyle ceza davalarının birleştirilmesi hususunda CMK m. 9 ve 10/1 hükümleri yol gösterici nitelikte olacaktır.

Ceza mahkemesi, zorunlu bekletici sorun sayma dışında ihtiyaren bu kararı verdiğinde dava zamanaşımının durup durmayacağı hususu da doktrinde tartışmalıdır. Benimsediğimiz görüşe göre ceza mahkemesinin başka bir ceza mahkemesinin kararını kanunda zorunlu olarak beklemesi gerektiği düzenlenmediği için dava zamanaşımı da durmayacaktır. Kamu düzenine ilişkin sürenin durması, hem Kanunun lafzına aykırı bir uygulama ile hem de Kanunda zorunlu olduğu belirtilmeyen durumlarda mümkün görülmemelidir. Ancak oldukça sınırlı ve zorunlu durumlarda ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilmesi ve dava zamanaşımının durması mümkün görülmelidir. CMK m. 218/1



hükmünün lafzı sorunlu olsa da doğrudan bekletici sorun uygulamasını mümkün görmemek muhakeme hukukunun temel ilkelerini ihlal edebilir. Kanun yolu ve duruşma devrelerinde bağlantılı olan davalarda çelişkili sonuçların doğması söz konusu olabilir.

Son olarak belirtmek gerekir ki davaların birleştirilmesi ve bekletici sorun sayma uygulamaları ihtiyari niteliktedir. Bağlantının varlığına rağmen davaların birleştirilmesi zorunlu değildir. Çalışmamızda savunduğumuz uygulama, eğer ceza mahkemesi diğer bir ceza mahkemesinin kararını beklemeden kendi hükmünü kuramayacaksa, CMK m. 218'in lafzı karşısında önce davalar arası bağlantı varsa davaları birleştirme yoluna gitmesi gereğidir. Ceza mahkemesi, çok zorunlu ve sınırlı durumlarda, örneğin bağlantı imkanının olmadığı somut durumlarda bekletici sorun sayma yoluna son çare olarak başvurmalıdır. Nihayetinde de kanımızca CMK m. 218/1 hükmünde sınırlı durumlarda bekletici sorun saymayı mümkün kılan bir revizyona gidilmelidir. İstisnai olarak ceza mahkemeleri arasında bekletici sorun kararı verilebilecek haller belirtilmelidir. İlâveten bu konuda dava zamanlaşımının durması hususu ile ilgili açıklayıcı hükümler de ihdas edilmelidir.

KAYNAKLAR

AKKAŞ, A. Hulusi: “Ceza Mahkemelerinin Ek Yetkisi (CMK md. 218)”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:6, S:2, Y:2015, ss. 1-28.

AKKAŞ, A. Hulusi: **Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

BAYRAKTAR, Köksal/YILDIZ, Kemal/AKSOY-RETORNAZ, Eylem/AKYÜREK, Güçlü/SONAY-EVİK, Vesie/EVİK, Ali Hakan/KANGAL, Zeynel T./MEMİŞ-KARTAL, Pınar/SINAR, Hasan/ALTUNÇ, Sinan/AYTEKİN-İNCEOĞLU, Asuman/BOSTANCI-BOZBAYINDIR, Gülşah/ERMAN, Barış: **Özel Ceza Hukuku Cilt IV, Malvarlığına Karşı Suçlar**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

CENDEL, Nur/ZAFER, Hamide: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayıncılık, 19. Bası, İstanbul, 2020.

DE GUZMAN, Vera M: “The Prejudice of the Prejudicial Question: Examining and Re-Examining the Doctrine of the Prejudicial Question.” **Ateneo Law Journal**, C:52, S:3, Aralık 2007, ss. 600-611. HeinOnline.

DEMİRAG, Fahrettin: **Örneklemlerle Ceza Muhakemesi Hukuku İşlemleri ve Adli Yazışmalar**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

DÖNMEZER, Sulhi: **Ceza Hukuku Özel Kısım – Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, Filiz Kitabevi, 12. Baskı, İstanbul, 1997.

EREM, Faruk: **Ceza Usulü Hukuku**, Sevinç Matbaası, 4. Baskı, Ankara, 1973.

EREM, Faruk: **Ümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku Cilt I**, Sevinç Matbaası, 11. Baskı, Ankara, 1976.

GÖZLER, Kemal: **Hukuka Giriş**, Ekin Yayınevi, 13. Baskı, Bursa, 2016.

GÜNGÖR Devrim/OKUYUCU-ERGÜN, Güneş: “Ceza Muhakemesinde Bekletici Sorun Kararının Dava Zamanaşımının Durmasına Etkisi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, C:22, S:83, Y:2009, ss. 68-72.

HEINRICH, Bernd: **Ceza Hukuku Genel Kısım - I (Cezalandırılabilirliğin Temel Esasları – Tamamlanmış ve Teşebbüs Edilen Suçlarda Suçun Yapısı)**, (Ed. Yener ÜNVER), Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

İÇEL, Kayıhan/ÖNDER, Ayhan: **Açıklamalı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1964.

KUNTER, Nurullah/YENİSEY, Feridun: **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, Beta Yayınevi, İstanbul, 2000.

MALKOÇ, İsmail: **Açıklamalı Türk Ceza Kanunu Cilt 2**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2013.

OLGAÇ, Samet Can: “Zincirleme Suç Kapsamındaki Suçlardan Birisi Hakkında Verilen Hükümün Diğer Suça İlişkin Yargılamaya ve Hükme Etkisi”, **Terazi Hukuk Dergisi**, C:15, S:167, Y:2020, ss. 1461-1474.

ÖNDER Ayhan: **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

ÖZBEK, V. Özer/DOĞAN, Koray/BACAĞSIZ, Pınar/TEPE, İlker: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, Ankara, 2018.

ÖZEN, Mustafa: **Öğreti ve Uygulama Işığında Ceza Muhakemesi Hukuku**, Adalet Yayınevi, 3. Baskı, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Bahri (*Editör*), TEZCAN, Durmuş /ERDEM, Mustafa Ruhan/SIRMA, Özge/SAYGILAR, Yasemin/ALAN, Esra: **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, 14. Baskı, Ankara, 2020.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu Cilt 1**, Yazarın Kendi Yayını, Ankara, 2008.

PARLAR, Ali/HATİPOĞLU, Muzaffer: **Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1**, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2010.

SOYUBELLİ, Fethullah: **Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi**, Hâkim Yayınları, Ankara, 2013.

ŞAHİN Cumhur: **Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005.

ŞEN, Ersan/ARDA Büşra: “Birleştirme Uyuşmazlığı”, **Haber 7 İnternet Makalesi**, 10.12.2016, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2232329-birlestirme-uyusmazligi>, E.T:8.2.2021.

TAŞ, Burak: “Bilgi Vermeme Suçu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:29, S:2, Y:2021, ss. 1305-1342.

TAŞDEMİR, Kubilay: **Ceza Hukukunda Zamanaşımı**, Cantekin Matbaacılık, Ankara, 2011.

TANER, Tahir: **Ceza Muhakemeleri Usulü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 608, İstanbul, 1955.

TOROSLU, Nevzat/FEYZİOĞLU, Metin: **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.

TOROSLU, Nevzat/TOROSLU, Haluk: **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Savaş Yayınevi, Ankara, 2019.



TOSUN, Öztekin: **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri – Cilt I (Genel Kısım)**, Acar Matbaacılık Tesisleri, 4. Bası, İstanbul, 1994.

ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: **Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt 1**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

ÜZÜLMEZ, İlhan: “Hakaret Suçu”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S:12, Y:2010, ss. 41-71.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: **Ceza Muhakemesi Hukuku Ders Kitabı**, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2014.

YONGALIK, Aynur: “İstisnalar Dar Yorumlanır Kuralı ve Değerlendirilmesi” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:60, S:1, Y:2011, ss. 1-18.

YURTCAN, Erdener: **Ceza Avukatının El Kitabı**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:51, 4. Baskı, Ankara, 2003.

ZAFER, Hamide: **Ceza Hukuku Genel Hükümler (TCK m.1-75)**, Beta Yayıncılık, 7. Bası, İstanbul, 2019.



ULUSLARARASI HUKUKTA TERÖR EYLEMLERİNE KARŞI KUVVET KULLANIMI

(Use of Force in case of Terrorist Acts in International Law)

Dr. Öğr. Üyesi Hatice TÜRKAY¹

ÖZ

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımı, kuvvet kullanma yasağı ve bu yasağın istisnalarına ilişkin Birleşmiş Milletler (BM) Sözleşmesi'nde açık bir düzenleme mevcuttur. Ancak bu düzenlemelerin terörle mücadele konusunda esas alınıp alınamayacağı tartışmalıdır. Bu çalışmada öncelikle BM Sözleşmesi esas alınarak uluslararası hukukta kuvvet kullanımı ve tarihi gelişimi, kuvvet kullanma yasağı, bu yasağın kapsamı ve istisnalarından bahsedilecek ve terörle mücadelede BM Sözleşmesi'ndeki düzenlemelere özellikle kuvvet kullanma yasağının istisnası olarak 51. maddede düzenlenen meşru müdafaaya yönelik hükme dayanılıp dayanılmayacağı incelenecektir.

Bunun yanı sıra uluslararası hukukta kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan meşru müdafaanın yeniden yorumlanmasına ve tartışmalı bir şekilde uygulamada kapsamının genişletilmesine neden olan 11 Eylül 2001'de yaşanan Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'ne yönelik terör saldırılarına ve bunların meşru müdafaanın ele alınmasında yarattığı tartışmalı farklılıklara değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Kuvvet kullanma, meşru müdafa, önleyici meşru müdafa, terör, terörle mücadele

ABSTRACT

There is a clear regulation in the Charter of United Nations related to the use of force, the prohibition thereof and the exception of this prohibition. However it is controversial whether or not this regulation could be utilized as regards counter terrorism. This study will examine, principally based on the Charter of the United Nations, the use of force, its historical development, and the prohibition of the use of force in

1 Atattürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, hatice.geyik@atauni.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1076-8008

international law as well as the scope and exceptions to this prohibition, and will inquire whether it is possible, regarding the issue of counter-terrorism, to rely on the regulations of UN Charter, especially on the regulation of self defence provided for by the Article 51 as an exception to the prohibition of the use of force.

Additionally, this study will review the terrorist attacks of September 11, 2001 to USA, which led to the re-evaluation of self-defence as being one of the exceptions to the prohibition of the use of force, controversially broadening the scope of the implementation of self defence. The examination of the issue will also involve the disputed differences raised by all the aforementioned questions for the discussion on self defence.

Keywords: Use of force, self-defense, preventive self-defense, terrorism, counter-terrorism

GİRİŞ

Uluslararası hukukta, devletler uzun bir süre egemenlik yetkilerini sınırlandırmayı kabul etmemiş ve kuvvete başvurma hakkını egemenliklerinin bir gereği olarak görmüştür². İlk evrensel uluslararası örgüt olan Milletler Cemiyeti'nin ortaya çıkışıyla bu hak yasaklanmasa da bazı sınırlamalara tabi tutulmuştur. Kuvvet kullanımının yasaklanması ise ilk olarak 16.10.1925 tarihinde Almanya, İngiltere, Fransa, İtalya ve Belçika arasında imzalanan Ren Misakı ile gerçekleşmiştir. Ardından *Briand-Kellog* Misakı belirli sayıda devletler arasında da olsa kuvvet kullanımını yasaklamıştır³. Fakat sözü edilen düzenlemelerde savaş teriminin kullanılması savaşa varmayan kuvvet kullanma yollarının yasak dışında bırakılmasına neden olmuş, devletler girdikleri çatışmaları savaş olarak adlandırmayarak kuvvet kullanmama yükümlülüklerinden kurtulmaya çalışmıştır⁴. Sonuçta bu sistemler başarısız olmuş ve II.

2 ASLAN M. Yasin, "Savaş Hukukunun Temel Prensipleri", TBB Dergisi, S. 79, 2008, s. 242; BOZKURT Enver, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 3. Baskı, Asil Yayın, Ankara, 2007, s. 7, ("Uluslararası Hukukta"); BOZKURT Enver / POYRAZ Yasin /ERDAL Selcen, **Devletler Hukuku**, 11. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 305; ÇAKMAK Cenap, **Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014, s. 179; DEĞİRMENCİ Olgun, **Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 22; GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, (Çev. Seha L. MERAY), Say Yayınları, Ankara, 2011, s. 23; SHAW Malcolm N., **International Law**, 7th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, s. 813.

3 KUL Muhammet Celal, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu**, 1 baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016, s. 46; PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 561, ("Uluslararası Hukuk").

4 ÖRNEK Serdar, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 17.



Dünya Savaşı yaşanmıştır. Bu savaşın ardından kurulan Birleşmiş Milletler (BM) örgütü uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını ilke olarak evrensel düzeyde yasaklayan ilk düzenlemeyi, Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'ni uluslararası hukuka kazandırmıştır.

BM Sözleşmesi madde 2/4 uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanımını *“Teşkilatın üyeleri, milletlerarası münasebetlerinde gerek bir başka Devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı, gerekse Birleşmiş Milletler’in amaçları ile telif edilemeyecek herhangi bir surette, tehdide veya kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar”* şeklindeki düzenleme ile yasaklamış ve ardından bu yasağın istisnalarına yer vermiştir.

Bu düzenleme başlarda uluslararası toplumun kuvvet kullanımının yasaklanması hususundaki ihtiyacını karşılamıştır. Ancak Soğuk Savaş'ın sona ermesiyle uluslararası güvenlik ortamında hızlı bir değişim yaşanmış ve tehdidin kaynağının ancak bir devlet olabileceği fikri, artan küreselleşmenin etkisi ve güçlenen terör örgütlerinin ortaya çıkışıyla sorgulanır olmuştur. Diğer taraftan kitle imha silahlarının yayılması ve bunların teröristler veya haydut devletler tarafından kullanılması olasılığı uluslararası toplum için 21. yüzyılın en önemli güvenlik sorunu hâline gelmiştir⁵. Bu nedenle devletleri temel alarak düzenlenen BM Sözleşmesi'nin uygulanmasında sorunlar yaşanmaya başlamıştır. Buna bağlı olarak uygulamada bazı devletler md. 51'de düzenlenen ve kuvvet kullanma yasağının istisnalarından biri olan meşru müdafaa'nın sınırlarını genişletmeye çalışmıştır. Bunun en önemli örneklerinden biri 11 Eylül 2001'de ABD'ye düzenlenen terör saldırılarından sonra ortaya çıkan ve *“Bush Doktrini”* olarak adlandırılan önleyici meşru müdafaa yorumudur. Ancak bu yoruma dayanarak ABD'nin Afganistan'a müdahalede bulunması uluslararası hukukta tartışılan bir durumdur. Yine günümüzde terör örgütlerine karşı meşru müdafaa hakkına dayanılarak müdahalede bulunulması da aynı şekilde tartışmalıdır. Fakat devletlerin kuvvet kullanımına dair bu tutumları şaşırtıcı değildir. Zira uluslararası hukukta kuvvet kullanımına ilişkin istikrarlı ve üzerinde uzlaşa bulunan bir görüş ortaya çıkmamıştır. Bu durum güncel sorunların temel alınarak sorunun çözülmeye çalışılmasına sebep olmuş ve devletler her somut olayda siyasi ihtiyaçlarına göre hareket etmiştir.

Uygulamada terörle mücadelede meşru müdafaa hakkına dayanılarak müdahalede bulunulmasına rastlanılmasına rağmen BM Sözleşmesi'nde yer alan düzenleme üzerine ciddi tartışmalar vardır. Terör örgütlerine

5 TAŞDEMİR Fatma, *“Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”*, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C. 2, No:5, 2000, s. 76.

karşı md. 51 kapsamında meşru müdafaa hakkına başvurulabileceğini savunanlara karşı “saldırı” tanımı nedeniyle terör örgütlerine karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmayacağını savunanlar bulunur. BM Sözleşmesi’nin uzun zaman önce devletleri esas alarak düzenlenmesi ve günümüz şartlarına uygun değişikliklerin yapılmaması bu sorunun büyümesine sebep olmuştur.

I. ULUSLARARASI HUKUKTA KUVVET KULLANIMININ TARİHİ GELİŞİMİ

Uluslararası toplum uluslararası ilişkilerde kuvvet kullanılmasını uzun süre devletin egemenliğinin bir gereği olarak görmüş ve hukuka uygun kabul etmiştir. Kuvvet kullanımı ilk kez 16.10.1925 tarihli Ren Misakı ve 27.08.1928 tarihli *Briand-Kellog* Misakı ile sınırlı sayıda devlet arasında yasaklanırken⁶, bu konudaki evrensel yasak 1945’te BM Sözleşmesi ile gelmiştir. Bu gelişmeler ışığında uluslararası hukukta kuvvet kullanımını beş ayrı dönem içinde ele almak mümkündür⁷.

İlk dönemde devletler savaşı bir hak olarak görmüş ve bu dönemde kuvvet kullanımı savaş hukuku kurallarıyla belirlenmiştir. Bu dönemde devletler kuvvet kullanımını “haklı savaş” doktrini ile açıklamaya çalışmıştır. Romalılar tarafından geliştirilen haklı savaş doktrini⁸, kuvvet kullanımının haklı olmasını siyasi amaçlar bakımından ele alan tüm düşünce ve uygulamaları ifade eder⁹. Buna göre savaşın hukuki olabilmesi için siyasi amaçlar bakımından haklı sebepler olmalıdır. Teolojik bir temeli bulunan haklı savaş doktrinine benzer görüşler, Hristiyan¹⁰ ve İslam hukuklarında da vardır¹¹.

6 KUL, s. 46; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 561.

7 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 306; BOZKURT, Uluslararası Hukukta, s.7-9; BOZKURT Enver, *Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı*, 1. Baskı, Nobel Yayın, Ankara, 2003, s. 7.

8 MILLER Lynn H., “The Contemporary Significance of the Doctrine of Just War”, *World Politics*, Vol.16, No:2, 1964, s. 255; SBEARER Ivan, “A Revival of Just War Theory?”, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal SCHMITT/ Jelena REJIC), Boston 2007, s. 4.

9 DEĞİRMENCİ, s. 22; ÖRNEK, s. 23; REÇBER Sercan, *İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu*, 1. Baskı, On iki levha Yayınları, Bursa, 2015, s. 12.

10 BOZKURT, Uluslararası Hukukta, s.7; MERAY Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, 2. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi,, Ankara, 1975 s. 458; ÖRNEK, s. 25.

11 AKGÜNDÜZ Ahmed, *İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyatı, Kamu Hukuku*, C.1, 1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011, s. 993; BATUR YAMANER Melike, *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007, s. 6; BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 306; ÇAKMAK, s. 177-178; YAMAN Ahmet / ÇALIŞ Halit, *İslam Hukukuna Giriş*, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, İstanbul, 2018, s. 144.

İkinci dönem *Hugo Grotius* ile başlayıp I. Dünya Savaşı sonuna kadar devam eden dönemdir. Bu dönemde haklı savaş doktrini etkisini yitirmiş ve yeniden devletlerin sınırsız egemenlikleri kabul edilmiş, savaş hakkının da bu egemenlik kapsamında olduğu savunulmuştur. Hatta savaş egemenliğin temel hâli olarak görülmüştür¹². Bu dönem itibarıyla savaş uluslararası hukuka ve tanrısal iradeye dayanan hukuka da aykırı sayılmamıştır¹³.

Üçüncü dönem Milletler Cemiyeti'nin kurulmasından 1928 *Briand-Kellog* Misakı'na kadar geçen süreyi kapsar. Bu dönemde savaş tamamen yasaklanmamış, sadece savaşa başvurma yetkisi sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla devletler yaptırım olarak gerekli olması, meşru müdafaa için gerekli olması, uyuşmazlığın münhasıran bir devletin milli yetkisine girmesi gibi çeşitli hâllerde savaşa başvurma hakkını muhafaza etmiştir. Bu devrede savaş tamamen yasaklanmasa da belirli hâllerde haksız fiil olarak görülmüş ve haksız fiilin unsurlarını taşıdığı ölçüde devletin sorumluluğu kabul edilmiştir. Milletler Cemiyeti sisteminde esas olan kuvvet kullanmadan önce barışçı yollara başvurulmasıdır. Ancak barışçı yollar başarısızlıkla sonuçlanırsa devletlerin kuvvet kullanma hakkı vardır. Dolayısıyla misak kuvvet kullanılmasına yönelik mutlak bir yasak getirmemiş, sadece bunu geciktiren bir düzenleme yapmıştır¹⁴.

Dördüncü dönem *Briand-Kellog* Misakı dönemidir. Bu misak Milletler Cemiyeti sisteminin eksiklerini gidermek için 1928'de Fransa ve ABD'nin girişimiyle kabul edilmiştir. Fakat misak sadece yasaklamalara yer vermiş, ancak bu yasağı kuvvetlendirecek düzenlemelere veya barışçı çözüm yöntemlerine değinmemiştir¹⁵. Ayrıca belirli devletler arasında geçerli olduğu için evrensel düzeyde bir kuvvet kullanma yasağı da getirmemiştir. Üstelik meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmasını BM Sözleşmesi kadar açık düzenlememiş olsa da kabul etmiştir¹⁶.

Son dönem ise II. Dünya Savaşı'nın ardından BM örgütünün kurulması ve BM Sözleşmesi'nin imzalanması ile başlamıştır. Bu antlaşmada kuvvet kullanımı evrensel olarak yasaklanmıştır. Ancak bu yasak mutlak nitelikli değildir. Kuvvet kullanma yasağına bazı istisnalar getirilmiştir.

12 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 337; CROZAT Charles, *Devletler Umumi Hukuku*, (Çev. Edip F. ÇELİK), C.1, İstanbul, 1950, s. 362; MERAY, s. 457.

13 GROTIUS, s. 40-41.

14 MILLER, s. 261; LÜTEM İlhan, *Devletler Hukuku Dersleri*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958, s. 582.

15 GÜNDÜZ Aslan, *Milletlerarası Hukuk*, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 91.

16 MUTLU Erdem İlker, *Savaşın ve Barışın Hukuku*, Ankara Nisan-2016, s. 127; MILLER, s. 262; ÖRNEK, s. 35.



II. BİRLEŞMİŞ MİLLETLER ÖRGÜTÜ DÖNEMİNDE KUVVET KULLANIMI

Uluslararası toplumun uluslararası hukukta kuvvet kullanımının tarihi gelişiminde son evre olarak bahsedilen bu safhada, II. Dünya Savaşı'ndan sonra Birleşmiş Milletler Örgütü kurulmuş ve birçok milletlerarası konferans çerçevesinde ortaya çıkan BM Sözleşmesi 51 devlet tarafından 26 Haziran 1945'te imzalanmış ve 24 Ekim 1945'te de yürürlüğe girmiştir¹⁷.

BM sistemi daha önce var olan ve başarılı sayılamayan Milletler Cemiyeti sisteminden farklıdır. Bu farklardan en önemlisi uluslararası hukukta belli istisnalar hariç kuvvet kullanmayı evrensel olarak yasaklamasıdır. Söz konusu yasak madde 2/4'te *"Tüm üyeler, uluslararası ilişkilerinde gerek herhangi bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığa karşı, gerek Birleşmiş Milletler'in amaçları ile bağdaşmayacak herhangi bir biçimde kuvvet kullanma tehdidine ya da kuvvet kullanılmasına başvurmaktan kaçınırlar"* ifadesi ile düzenlenmiştir.

A. BM Sözleşmesi Çerçevesinde Kuvvet Kullanma Yasağı

BM sisteminde temel ilke, milletlerarası uyuşmazlıkların barışçı yollarla çözülmesidir. Bu ilke örgütün amaçlarını açıklayan md. 1/1'de de *"milletlerarası barış ve güvenliğin muhafazası"* şeklinde ilk amaç olarak sayılmış ve sözleşmenin farklı yerlerinde tekrarlanmıştır¹⁸. Madde 2/4'te yer verilen kuvvet kullanma yasağı da bu amaca hizmet eden bir düzenlemedir.

Bu düzenlemeye göre uluslararası ilişkilerde bir devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına ya da BM'nin amaçlarına aykırı şekilde sadece kuvvet kullanma değil, kuvvet kullanma tehdidinde bulunma da yasaktır. Madde metnindeki kuvvet kullanma kavramı saldırı, silahlı saldırı ve müdahale başta olmak üzere kuvvet kullanılmasını içeren bir dizi hukuka aykırı eylemi kastetmektedir. Başka bir ifadeyle düzenleme gereğince kuvvet kullanma yasağı kapsamında sadece savaş değil, kuvvet kullanılmasını gerektirdiği ölçüde zorlama eylemleri ve müdahaleler de yasaktır¹⁹.

17 DENK Erdem, *Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 147.

18 BOZKURT, *Uluslararası Hukukta*, s. 16; BOZKURT/POYRAZ / ERDAL, s. s. 307.

19 BOZKURT, *Uluslararası Hukukta*, s. 18; SHAW, s. 815.

Düzenleme metninden de anlaşıldığı üzere, kuvvet kullanma yasağı uluslararası ilişkiler çerçevesinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla devletin ülkesi içinde meydana gelen ayaklanma veya iç savaş gibi durumlarda kuvvet kullanması, bu yasağın kapsamı dışında bırakılmıştır²⁰. Bu nedenle devletin iç karışıklık, kriz, ayaklanma ve teröre karşı kuvvet kullanma hakkı korunmuştur²¹. Bunun yanı sıra düzenlemede bahsedilen silahlı kuvvet kullanılması bir devletin düzenli askeri birliklerince doğrudan kuvvet kullanılmasını ifade ettiği gibi, bir devletin destekleyeceği ve yardım edeceği silahlı gruplar ya da gönüllü birlikler gibi düzen dışı kuvvetlerce dolaylı olarak kullanılmasını da ifade eder. Bu durum Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 2625 sayılı Dostça İlişkiler Bildirisi²²'nde de onaylanmıştır²³.

Daha önce Milletler Cemiyeti Misakı'nda ve *Briand-Kellog* Misakı'nda savaşın tanımlanmamış olması gibi, BM Sözleşmesi'nde de kuvvet kullanma, kuvvet kullanma tehdidi, saldırı hareketi gibi terimler tanımlanmamış, yasaklanan kuvvet kullanımının kapsamı net olarak açıklanmamıştır. Bu durum tartışma konusu olmuş ve bu konuda başlıca iki görüş ortaya çıkmıştır. Bu konuda özellikle gelişmiş ülkeler düzenlemenin dar yorumlanması gerektiğini, bu nedenle siyasi ve ekonomik baskı yapılmasının madde kapsamında ele alınamayacağını ileri sürerken, gelişmekte olan ülkeler ise düzenlemenin geniş yorumlanması gerektiğini ve yasaklamanın askeri kuvvet kullanılmasının yanı sıra siyasi ve ekonomik baskı yapılmasını da kapsadığını ileri sürmüştür. Dar yorumu kabul edenlerin dayanağı özellikle BM Sözleşmesi'nin hazırlık aşamasıdır. Zira hazırlık çalışmalarında, Brezilya'nın ekonomik zorlamaların da yasak kapsamına alınması önerisinin reddedilmesi gibi, yasağın kapsamının genişlemesine sebep olabilecek öneriler reddedilmiştir²⁴. Madde metninin geniş yorumlanması gerektiğini savunanlar ise hükmün amacını esas alır. Bu görüştekilere göre, korunmaya çalışılan devletin ülke bütünlüğü ve siyasi bağımsızlığı

20 AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 135-136, ("Uluslararası Hukuk II"); PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 561; SUR Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021, s. 293; TOPAL Ahmet Hamdi, *Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı*, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005, s. 86.

21 SUR, s. 293.

22 Bildiri tam metni için bkz. https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_17.pdf (12.11.2021).

23 PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 519; TOPAL, s. 98.

24 PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 563; TOPAL, s. 87-88.

ekonomik ve siyasi baskılarla da tehdit edilebilir²⁵. Bu görüş kuvvet kullanmanın evrensel olarak yasaklanması amacına daha uygun görünse de ekonomik ve siyasi yaptırımların uluslararası hukuka uyulmasını sağlama hususunda etkili yollar olduğu da hesaba katılmalı ve her iki görüşü uzlaştıran bir tavır benimsenmelidir.

BM Sözleşmesi md. 2/4'te sayılan *“bir başka Devletin toprak bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına ya da Birleşmiş Milletler’in amaçları ile bağdaşmayacak bir şekilde kuvvet kullanma tehdidinde veya kuvvet kullanımında bulunulması”* durumlarının niteliği de tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş yasağın kapsayıcı ve mutlak olduğunu ve bu nedenle sadece sayılan durumları içermediğini, bu saymanın örneklendirici olduğunu savunurken, karşı görüş de tam aksi yasağın sınırlandırıcı olduğunu bu yüzden madde düzenlemesi dışındaki bir kuvvet kullanımının yasaklanmadığını savunur. İkinci görüşe göre sadece bir başka devletin toprak bütünlüğüne ya da siyasi bağımsızlığına karşı veya Birleşmiş Milletler’in amaçları ile bağdaşmayan kuvvet kullanımı yasaktır, bunun dışında kalan kuvvet kullanımı hâlleri yasaklanmamıştır. Ancak doktrinde baskın olan görüşe uygun olarak yasağı geniş ve kapsayıcı, istisnaları ise dar ve geçici olarak yorumlamak doğru olmalıdır. Zira bir başka devletin siyasi bağımsızlık ve toprak bütünlüğü ile BM ilkelerine aykırılık durumunun madde metninde yer alması, yasağı kısıtlamaya değil tam tersine güçlendirmeye yöneliktir²⁶. Diğer taraftan BM’nin amaçları arasında uluslararası barış ve güvenliği devam ettirmek de yer almaktadır. Güvenlik Konseyi’nin md. 39 kapsamında uluslararası barış ve güvenliği tehdit eden durumları serbestçe belirleme yetkisi dikkate alındığında, yasağın kapsamını dar bir şekilde yorumlamak Güvenlik Konseyi’nin bu yetkisini de önemli ölçüde sınırlandıracaktır²⁷.

BM Sözleşmesi’nin bu hükmü gerek BM Genel Kurulu’nun, gerek Uluslararası Adalet Divanı’nın çeşitli kararlarında dayanak olarak kullanılmıştır. Kuvvet kullanımını yasaklayan bu kural sadece sözleşmeden doğan bir yükümlülük olarak değil, aynı zamanda örf adet kuralı olarak değerlendirilmiştir²⁸. Bu nedenle her ne kadar madde metninde üye devletlere atıfta bulunulsa da madde ile ortaya çıkan yükümlülüklerin bütün devletler için geçerli olduğu düşünülmektedir²⁹.

25 TOPAL, s. 87-88.

26 DEĞİRMENCI, s. 39; KESKİN Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karşıma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği, Ankara, 1998, s. 39-41; ÖRNEK, s. 39; TOPAL, s. 90.

27 TOPAL, s. 90.

28 ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2005, s. 314.

29 ÇAKMAK, s.187; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 562.



Bu yönde bir değerlendirmenin yapıldığı Uluslararası Adalet Divanı kararlarından biri de *Nikaragua/ABD* davasıdır³⁰. Bu davada Divan BM Sözleşmesi md. 2/4'te bulunan yasağın uluslararası teamül kuralı olduğunu ve tarafların da bunu teyid ettiğini dile getirmiştir.

Günümüzde bu hüküm *jus cogens* kuralı olarak da kabul edilmektedir³¹. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 53. maddesi *jus cogens* kuralı "*Bir uluslararası emredici hukuk normu ile çatışan antlaşmalar bir antlaşma yapılması sırasında uluslararası genel hukukun emredici bir normu ile çatışıyorsa batıldır. Bu sözleşme bakımından uluslararası genel hukukun emredici bir normu, bir bütün olarak Devletlerin uluslararası toplumunun, kendisinden hiçbir surette sapmaya müsaade edilmeyen ve ancak aynı nitelikte olan daha sonraki bir uluslararası genel hukuk normu ile değiştirilebilecek olan bir norm olarak kabul ettiği ve tanıdığı bir normdur*" şeklinde tanımlamıştır.

Bu tanım andlaşmaların çatışması esas alınarak yapılmış olsa da sadece andlaşmalar hukuku alanında kullanılması gerekli değildir. Uluslararası hukukun diğer alanlarında da başvurulabilecek niteliktedir³². Bu tanıma göre, bir uluslararası hukuk normunun *jus cogens* kuralı olarak kabul edilebilmesi için üç unsur aranır. Bu unsurlardan ilki uluslararası toplumun bütünü tarafından kabul edilme, ikincisi devletler toplumu tarafından bu kuraldan hiçbir surette sapılmayacağına tanınmasıdır. Son unsur ise aynı nitelikteki bir kural ile değiştirilebilmedir. Kuvvet kullanma yasağı üç unsuru karşıladığı için *jus cogens* niteliği taşımaktadır³³. Kuvvet kullanma yasağının istisnalarının bulunması ikinci unsurun varlığına ilişkin soru oluştursa da, üçüncü unsur gereğince aynı nitelikteki bir normla değiştirilmesi mümkün olduğundan, BM Sözleşmesi istisnaları da aynı düzenleme içerisinde verdiğiinden bir sorun olmadığı ifade edilmelidir.

30 International Court of Justice, Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica), 21 October 1986, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/73/073-19861021-ORD-01-00-EN.pdf> (25.12.2020).

31 BOZKURT / ERDAL / POYRAZ, s. 62-63; DENK Erdem, "Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C.56, S.2, 2001, s. 52; ERTUĞRUL Ümmühan Elçin, **Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 100-112; GÜNDÜZ, s. 27; KADELBACH Stefan, "Jus Cogens, Obligations Erga Omnes and other Rules-The Identification of Fundamental Norms", The Fundamental Rules of the International Legal Order-Jus Cogens and Obligations Erga Omnes (Ed. Christian TOMUSCHAT / Jean-Marc THOUVENIN), Martinus Nijhoff Publishers, Lieden/BOSTON,, s. 27-29; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 85.

32 GÜNDÜZ, s. 27.

33 BOZKURT / ERDAL / POYRAZ, s. 62-63; DENK, s. 52; GÜNDÜZ, s. 27; KADELBACH, s. 27-29; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 85.

B. Kuvvet Kullanma Yasağının İstisnaları

BM Sözleşmesi ile kuvvet kullanma yasağına dört açık istisna getirilmiştir. Bunlar meşru müdafaa durumunda kuvvet kullanımı (md. 51), BM Güvenlik Konseyi kararıyla kuvvet kullanımı (VII. Bölüm), Güvenlik Konseyi faaliyete geçmeden beş sürekli üyenin kuvvet kullanması (md. 106) ve II. Dünya Savaşı'ndaki düşman devletlere karşı kuvvet kullanılması (md. 107)³⁴ durumlarıdır. Ancak meşru müdafaa ve BM kararları uyarınca kuvvet kullanılması dışındaki istisnalar bugün uygulanma ihtimali olmayan durumlardır³⁵.

1. Meşru Müdafaa

BM Sözleşmesi md. 2/4'te düzenlenen kuvvet kullanma yasağının en önemli istisnası meşru müdafaa'dır ve meşru müdafaa olarak tanımlanabilecek durumlarda devletlerin tek taraflı olarak kuvvete başvurabileceği BM Sözleşmesi'nde açık bir şekilde ifade edilmiştir. Bununla birlikte meşru müdafaa çerçevesinde kuvvet kullanılmasına izin verilen durumlar ciddi tartışmalara neden olmaktadır. Bunun en temel nedeni, devletlerin kuvvet kullanma konusunda hala kendilerini yetkili görmeleri, bu bakımdan özel bir alanın var olduğunu düşünmeleridir³⁶.

Sözleşme 51. maddesinde meşru müdafaa'ya ilişkin genel özellikleri *"Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması hâlinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri almaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel ya da ortak meşru savunma hakkına hânel getirmez. Üyelerin bu meşru savunma hakkını kullanırken aldıkları önlemler hemen Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez"* şeklinde ifade etmiştir.

Düzenlemeye göre meşru müdafaa doğal bir haktır. Maddede *"doğal olan"* ifadesiyle ortaya konan bu özelliğe göre, silahlı bir saldırıya uğrayan devlet saldırıyı gerçekleştiren devlete karşı kendisini savunma hakkına doğal olarak sahiptir³⁷. Bu nedenle meşru müdafaa hakkı örf adet kuralı niteliğine sahiptir.

34 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 308.

35 BAYILIOĞLU Uğur, *İnsani Müdahale Çıkılmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu*, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 15; BOZKURT, *Uluslararası Hukukta*, s. 23.

36 ÇAKMAK, s. 191.

37 ÖRNEK, s. 42.



Meşru müdafaa hakkına başvurulabilmesi için silahlı bir saldırı olmalıdır. Hatta meşru müdafaa hakkının kullanımı hususundaki en önemli kavramın silahlı saldırı olduğu söylenebilir³⁸. Ancak bu terim ne BM Sözleşmesi'nde tanımlanmış, ne de *San Francisco* Konferansı'nda tartışılmıştır³⁹. Bu konuda farklı görüşler mevcuttur. Bu konudaki bir görüş maddeye göre meşru müdafaa hakkının doğabilmesi için hedef devletin bir silahlı saldırıya maruz kalmasının gerekli olduğunu, bu yüzden silahlı saldırı gerçekleşmeden meşru müdafaa hakkının ortaya çıkamayacağını ileri sürmektedir. Baskın olan bu görüşe göre, sınırlı bir meşru müdafaa hakkı vardır. Zira önleyici meşru müdafaa kavramı hukuki değildir. Karşıt görüş ise doğal bir hak olan bu hakkın bu madde ile tanımlanmadığını veya sınırlandırılmadığını savunur. Bu görüşe göre meşru müdafaa hakkı sadece silahlı saldırı hâlinde değil, saldırının henüz gerçekleşmediği fakat gerçekleşmesi ihtimalinin yüksek olduğu hâllerde de ortaya çıkar. Özellikle zamanımızdaki teknolojik gelişmeler nedeniyle saldırının çok kısa sürede uzak mesafedeki hedeflere dahi ulaşma imkânı vardır. Bu nedenle kitle imha silahlarının kullanıldığı günümüzde, her zaman karşı tarafın fiilen vurmasını beklemek büyük kayıpların ortaya çıkmasına fırsat vermektir. Bu durumda çoğunlukla korunacak bir şey de, koruyacak güç de kalmayabilir⁴⁰. Bu görüş sahipleri önleyici meşru müdafaa kavramını bir devletin gizli veya potansiyel düşmanlarına karşı silahlı saldırı başlamadan yapacağı ani askeri eylemleri meşrulaştırma aracı olarak görmektedir⁴¹. Uluslararası içtihat bu konuda henüz net bir görüş bildirmese de⁴², Birleşmiş Milletler'in uygulamalarında önleyici meşru müdafaya dayanan eylemleri kınadığı bilinmektedir⁴³.

Tüm bu açıklamalar nihayetinde meşru müdafaa hakkının örf adet niteliği gereğince tüm saldırılara karşı başvurulması mümkünken, akdi

38 ARAL Berdal, **Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1999, s. 16.

39 TRAVALIO Greyory M., "Terrorism, International Law and The Use of Military Force", *Wisconsin International Law Journal*, Vol.18, No:1, 2000, s. 152.

40 AKSAR, *Uluslararası Hukuk II*, s. 140-145; GÜNDÜZ, s. 127; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 521; SHAH Niaz A., "Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-Emption: International Law's Response to Terrorism." *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 12, No:1, 2007, s. 97-100; ÜNAL, s. 318.

41 REISMAN W. Micheal / ARMSTRONG Andera, "Claims to Pre-emptie Use of Force: Some Trends and Projections and Their Implications for World Order", *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal SCHMITT / Jelena PEJIC), 1st Edition, BRILL, Boston 2007, s. 79.

42 PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2020, s. 131, ("4. Kitap").

43 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 325.

niteliği nedeniyle sadece silahlı saldırı durumunda başvurulabilmesi gerektiği söylenebilir⁴⁴. Bu nedenle meşru müdafaa'nın genel niteliğini tespit etmek gerekir. Bir örf adet kuralının andlaşmada düzenlenmesinin onun bu niteliğini sonlandırmadığı kabul edilmektedir⁴⁵. Dolayısıyla meşru müdafaa hem bir andlaşma hükmü hem de bir örf adet kuralıdır. Ancak bu durumda andlaşma hükmü ve örf adet kuralı arasındaki hiyerarşi tespit edilmelidir. Bu konuda açık bir düzenleme yoktur. Uluslararası Adalet Divanı Statüsü'nün uluslararası hukukun kaynaklarını düzenlediği 38. maddesinde önce andlaşmaları saymış olmasının bilinçli bir üstünlük sıralaması olup olmadığı ise tartışmalıdır. Ancak genel olarak iki kaynak arasında üstünlük kabul eden sonuçlara ulaşılmamıştır. Genel görüş iki kaynağı eşit tutma yönündedir⁴⁶. Bu nedenle meşru müdafaa kavramının örf adet niteliği gereğince geniş yorumlanması veya andlaşma hükmü olması nedeniyle dar yoruma tabi tutulması hukuka aykırı değildir. Ancak kuvvet kullanma gibi önemli bir yasağın istisnası olan meşru müdafaa'nın geniş yorumlanması bu hakkı suistimale açık bir hâle getirecek ve istisnaların dar yorumlanması genel ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden madde metnindeki “silahlı saldırı” kavramı ile bağlı kalmak daha doğru olacaktır.

BM Sözleşmesi'nde maddede kullanılan “silahlı saldırı” teriminin tanımına yer verilmemiş olması, 14 Aralık 1974 tarih ve 3314 sayılı Saldırının Tanımına İlişkin Genel Kurul Kararı⁴⁷ ile çözülmeye çalışılmışsa da başarılı olmamıştır. Bu kararda “Saldırı, bir Devletin başka bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya bu tanımda belirtildiği üzere, BM Sözleşmesi ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılmasıdır” şeklinde tanımlanmış ve md. 3'te saldırı olarak kabul edilen fiiller örneklendirici bir şekilde sayılmıştır. Ancak bu tanım silahlı saldırıyı devlet esaslı olarak düzenlediği için uygulamadaki sorunları çözememiştir. Zira hala devlet dışı unsurlar tarafından gerçekleştirilen saldırıların durumu belirsizdir. Bunun yanı sıra bu tanıma içeren karar, Genel Kurul kararı olması dolayısıyla bağlayıcı hukuki bir belge de değildir. Bu durum BM Sözleşmesi'nde düzenlenen kuvvet kullanımına karşı koruma sağlayan yasağın geniş ve

44 GROSS Emanuel, “Self-defence against Terrorism-What Does it Mean? The Israeli Perspective”, *Journal of Military Ethics*, 1:2, 2002, s. 91.

45 AKSAR, *Uluslararası Hukuk I*, s. 78.

46 ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 327; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 115.

47 United Nations, General Assembly Resolution A/RES/3314(XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974, [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\) \(28.7.2021\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX) (28.7.2021)).

belirsiz bir istisna olmasına sebep olmuştur⁴⁸. Bu nedenle meşru müdafaa hakkının andlaşma düzenlemesi temel alınarak tespit edilmesi, dar yorumlanması hukuka uygun olsa da “silahlı saldırı” kavramının devlet dışı unsurları da göz önünde bulundurarak gözden geçirilmesi gerekir.

“Silahlı saldırı” kavramı kuvvet kullanmaya ya da kuvvet kullanma tehdidinde bulunmaya oranla daha dar bir anlama sahiptir. Her türlü silahlı saldırı bir kuvvet kullanımıdır, ancak her kuvvet kullanımı silahlı saldırı olarak nitelendirilemez. Bu kararda yapılan tanım md. 39’da bulunan saldırının tanımıdır. Silahlı saldırıdan söz edebilmek için çok ciddi düzeyde bir kuvvet kullanımının ve bunun yol açtığı hasarın söz konusu olması gerekir⁴⁹. Bu durum anılan kararın 2. maddesinde “bir eylemin saldırı olarak kabul edilebilmesi için Güvenlik Konseyi’nin değerlendirmesi saklı kalmak üzere, saldırı olarak kabul edilecek eylemin bu yönde ilk hareket eden devlete ait olması ve takdiri Güvenlik Konseyi’ne ait olmak üzere eylemin saldırı olarak kabul edilmesi için yeterli yoğunlukta olması” şeklinde iki koşul olarak ifade edilmiştir⁵⁰.

İlgili düzenlemeye göre, meşru müdafaa bireysel veya müşterek olarak gerçekleştirilebilir⁵¹. Devlet meşru müdafaa hakkını tek başına kullanabileceği gibi açıkça ilan edip başka bir devletten yardım isteyerek de kullanılabilir. Müşterek meşru müdafaa hakkı da tıpkı bireysel meşru müdafaa hakkı gibi geçici ve istisnai bir haktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yardım çağrısının yapılması gerektirir⁵².

Meşru müdafaa Güvenlik Konseyi gerekli önlemleri alana kadar devam edebilir. Düzenlemeye göre meşru müdafaa hakkını kullanan taraf durumu Güvenlik Konseyi’ne bildirmelidir. Bu bildirimden sonra Güvenlik Konseyi’nin alacağı tedbirlerle meşru müdafaa hakkı da son bulur.

Meşru müdafaa hakkının kullanılabilmesi için orantılılık ve gereklilik şartlarının da gerçekleşmesi gerekir. Md. 51’de yer almamasına karşın, orantılılığın örf ve adet hukukundan gelen bir sınırlama olarak meşru müdafaa hakkının bir koşulunu oluşturduğu açıktır⁵³. Ayrıca silahlı bir saldırıya karşı silahlı savunma dışında bir seçeneğin olmaması ve

48 TRAVALIO, s. 155; TÛTÛNCÛ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 26.

49 ARAL, s. 17.

50 PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 566.

51 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 308; ÖRNEK, s. 46-47; SHAW, s. 831.

52 AKSAR, Uluslararası Hukuk II, s. 148; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 570.

53 ÖRNEK, s. 47.

bu durumda alınan silahlı tedbirlerin maruz kalınan silahlı saldırının bertaraf edilmesi için zorunlu olan tedbirlerin ötesine geçmemesi gerekir⁵⁴. Zira meşru müdafaa hakkının amacı mevcut durumu korumak veya bozulan durumu düzeltmektir. Cezalandırma veya öç alma gibi bir amacı yoktur. Bu nedenle meşru müdafaa başka bir seçeneğin olmaması hâlinde meşruiyet kazanmaktadır. Orantılılık ve gereklilik sınırları dışına çıkılması hâlinde ise meşru müdafaa hakkı son bulur.

2. Birleşmiş Milletler Kararı ile Kuvvet Kullanma

BM Sözleşmesi'nin "*Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Durumunda Yapılacak Hareket*" başlığını taşıyan VII. Bölümünde yer alan 39. madde, Güvenlik Konseyi'nin barışın tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırı eylemi olduğunu tespit etmesi hâlinde, uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunacağını veya 41. ve 42. madde uyarınca hangi önlemlerin alınacağına karar vereceğini düzenlemektedir. Bu düzenlemeye göre Güvenlik Konseyi öncelikle "*barışın tehdit edilmesi*", "*barışın bozulması*" ve "*saldırı*" durumlarını tespit etmeli ve sonrasında bu konuda tavsiyelerde bulunmalı veya duruma göre çözüm için hangi önlemlere başvurulacağına karar vermelidir. Bu konuda Güvenlik Konseyi'nin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır⁵⁵.

III. ULUSLARARASI HUKUKTA TERÖRLE MÜCADELE

A. Terör Eylemlerine Karşı Kuvvet Kullanımı

BM Sözleşmesi milletlerarası sistemin aktörleri olarak sadece devletleri kabul etmektedir. Zira BM Sözleşmesi'ni yapanlar bu antlaşmayı hazırlarken devlet dışı aktörlerin gerekli teknolojiye ulaşabileceklerini düşünmemiştir⁵⁶. Bu nedenle kuvvet kullanmaya ilişkin düzenlemelerde de devletler esas alınmıştır⁵⁷. Oysaki günümüzde saldırı tehdidi sadece devletlerden gelmemekte, terör örgütleri gibi devlet dışı unsurlar da saldırının kaynağı olabilmektedir. Üstelik devlet dışı unsurlardan gelen saldırılar da çoğu zaman devletlerinki kadar ağır sonuçlara yol açabilmektedir. Özellikle bazı devletler diğer bir devletin toprak bütünlüğü veya siyasi bağımsızlığına yönelik faaliyetlerini açıkça

54 ARAL, s. 26.

55 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 312; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 539.

56 MAOGOTO Jackson Nyamuya, "Walking an International Law Tigtrope: Use of Military Force to Counter Terrorism", Brooklyn Journal of International Law, Vol.31, No:2, 2006, s. 405.

57 GÜNDÜZ, s. 129.

yapmak yerine bunu terör örgütleri aracılığıyla gerçekleştirmeyi tercih etmektedir⁵⁸. Ancak terör eylemlerinin evrensel bir suç olması için çabalar bulunsa da, bu konuda henüz evrensel bir antlaşma yapılamamıştır. Terör eylemleri soykırım suçu gibi her görüldüğü yerde yargılanabilecek bir suç hâline getirilememiştir. Bunun temel nedeni devletlerin ortak bir terör tanımı üzerinde fikir birliğine varamamış olmasıdır. Bu nedenle milletlerarası sistem normatif düzeyde dahi meseleyi çözememiştir. Yapılan sınırlı antlaşmalar da sorunu çözememiştir. Zira terör suçları çoğunlukla siyasi suç olarak kabul edilmekte ve siyasi suçlular iade edilmemektedir. Bununla beraber, bir devletin ülkesini teröristlere açmasını, onlara yardım etmesini ve başka ülkelere teröristleri eğiterek göndermesini yasaklayan açık kurallar vardır. Bunların ihlali, milletlerarası sorumluluğa yol açar. Ancak günümüzde BM, bu gibi durumlarla mücadele etme konusunda istekli bir tavır içinde olmadığı için hedef devletlerin tek taraflı olarak kuvvet kullanmaları yolu tek etkili seçenek olarak görülmektedir⁵⁹.

Daha öncede ifade edildiği gibi uluslararası hukukta meşru müdafaa silahlı saldırı olması durumunda mümkündür. Genel Kurul'un yaptığı saldırı tanımında ise bir devletin başka bir devlete yönelik fiilden bahsedilmektedir. Dolayısıyla meşru müdafaanın ancak devletlerarası ilişkilerde söz konusu olabilecek bir hak olduğunu düşünülebilir. Ancak terör eylemlerine karşı md. 51 kapsamındaki meşru müdafaa hakkının kullanılıp kullanılmayacağına dair görüş ayrılıkları bulunmaktadır ve bu görüş ayrılıkları esasen meşru müdafaa kavramının geniş veya dar şekilde yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Meşru müdafaa hakkını dar yorumlayan görüşe göre BM Sözleşmesi'nin 51. maddesi açık bir düzenlemedir. Bu hak istisnai bir haktır ve her istisna gibi dar yorumlanması gerekir. Meşru müdafaa hakkı ancak silahlı saldırı söz konusu olursa ortaya çıkacak bir haktır. Ayrıca BM Sözleşmesi üye devletlere taraf oldukları uyuşmazlıkları barışçı yollarla çözüme kavuşturmayı esas alan 33. maddeyi içerdiği için, barışçı çözüm yolları dışındaki bu durumun sınırlı bir şekilde yorumlanması gerekir⁶⁰.

Bu görüşün aksine meşru müdafaa hakkının geniş yorumlanması gerektiğini savunan görüş gerçekleştirilen bireysel kuvvet kullanımının meşruiyetini uluslararası örf ve adet hukuku kurallarına başvurarak açıklamaktadır. Bu görüşe göre meşru müdafaa hakkı sadece md. 51'de

58 TOPAL, s. 104.

59 GÜNDÜZ, s. 129.

60 DEĞİRMENCİ, s. 45-47; KUL, s. 48-49; TOPAL, s. 107.

düzenlenen bir hak değil, aynı zamanda uluslararası hukukun bir örf ve adet kuralıdır. Bu görüşe göre, madde metninde de yer verilen “doğal” ifadesi bu hakkın zaten var olan bir hak olduğunu, 51. maddenin amacının bu hakkı sınırlandırmak değil, güçlendirmek olduğunu göstermektedir. Bu yaklaşım devletin bir başka devlet ülkesinde bulunan vatandaşlarını kurtarmak için kuvvet kullanmasının mümkün olduğunu, olayın gerçekleştiği devletin bu eylem ve tehditleri ortadan kaldırma bakımından isteksiz olması veya istekli olsa bile yetersiz kalması hâlinde anılan devletin iznine gerek olmaksızın meşru müdafaa hakkına dayanarak kuvvet kullanabileceğini ileri sürmektedir⁶¹. 51. maddeyi geniş yorumlayan bu yaklaşım devlet düzeyinde de destek bulmuştur. İsrail, ABD, Portekiz, Güney Afrika gibi pek çok devlet bu görüşü desteklemiştir.

Üçüncü bir görüş ise geniş ve dar yorum yapan iki görüşün bir nevi sentezi niteliğindedir. Buna göre, md. 2/4'teki kuvvet kullanma yasağı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmasının ön şartı olan silahlı saldırının saldırıyla eşit kabul edilecek şekilde geniş yorumlanmasına izin vermez. Zira meşru müdafaa istisnai bir düzenlemeye sahiptir ve her istisna gibi dar yorumlanması esastır. Bu görüşe göre terör eylemleri silahlı saldırı boyutuna ulaştığında meşru müdafaa hakkı kapsamında değerlendirilmelidir⁶². Bu görüş meşru müdafaa'nın istisnai niteliği gereğince dar yorumlanması gerekmesi durumuna da uygun olduğundan hukuka uygundur. Saldırı kavramına ilişkin tanıma yer verilen Genel Kurul kararının bağlayıcı olmaması⁶³ ise bu yorumun önünde bir engelin kalmamasını sağlar. Ancak yine de uluslararası ilişkilerin ve özellikle savaşın değişen doğası gereği silahlı saldırı kavramının yeniden ele alınması, yapılacak yeni tanımda devlet dışı unsurların da göz önünde bulundurulması yaşanan tartışmaların son bulması adına gereklidir.

B. Terörle Mücadelede Meşru Müdafaa Hakkının Şartlar Bakımından Değerlendirilmesi

BM Sözleşmesi md. 2/4'te düzenlenen kuvvet kullanma yasağının en önemli istisnası olan meşru müdafaa hakkına başvurulabilmesi için aranan bazı şartlar vardır. Bunlar silahlı bir saldırının bulunması

61 TOPAL, s. 109-110.

62 TOPAL, s. 113-114.

63 AKSAR Yusuf, *Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 101; BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 146; PAZARCI, *Uluslararası Hukuk*, s. 201.



ve bu kapsamda başvuru kuvvetin gerekli ve orantılı olmasıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, silahlı saldırı şartı özellikle saldırı kavramının günümüz koşullarına uygun düşmeyen tanımı ile ilgili sorunlar nedeniyle tartışmalıdır. Bu konuda bir görüş 3314 sayılı Genel Kurul kararı ile yapılan saldırı tanımını esas almaktadır. Bu görüşe göre ilgili karar saldırıyı *“bir Devletin başka bir Devletin egemenliğine, ülke bütünlüğüne veya siyasi bağımsızlığına karşı veya bu tanımda belirtildiği üzere, BM Sözleşmesi ile bağdaşmayan diğer herhangi bir tarzda silahlı kuvvet kullanılması”* şeklinde tanımladığından tarafı devlet olmayan fiiller saldırı olarak kabul edilemez. Dolayısıyla bu tanım gereğince terör eylemlerinin bir devlete isnat edilemediği sürece saldırı oluşturması mümkün değildir. Bu da terör eylemlerine karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanamayacağı anlamına gelir. Bu durum güncel uluslararası hukuk için ciddi bir sorundur⁶⁴. Zira tarafı devlet olmayan saldırılar karşısında saldırıya uğrayan devletin kendisini nasıl koruyabileceği belirsizdir. Ancak bu görüş taraftarlarının saldırı tanımını içeren kararın bağlayıcı nitelikte olmadığını gözden kaçırdığı ifade edilmelidir.

BM Sözleşmesi hazırlanırken antlaşmanın merkezine devletler oturtulmuştur. İlgili antlaşmanın tüm hükümleri devletler arası ilişkiler esas alınarak düzenlenmiş, bu durum Genel Kurul’un *“Saldırının Tanımına İlişkin Kararı”*nda da etkisini göstermiş ve saldırı tanımında bir devletin bir başka devlete yönelik eylemleri esas alınmıştır. Ancak antlaşmanın kabulünden bu yana uzun bir zaman geçmiş ve antlaşma hazırlanırken göz önünde bulundurulmuş şartlar ciddi ölçüde değişmiştir. Tehdidin gelebileceği tek adres olarak görülen devletlerin dışında farklı tehdit unsurları ortaya çıkmıştır. Özellikle bazı devletlerin bir strateji olarak terörizmi desteklemesiyle günümüzde terörizm artık uluslararası barış ve güvenliğe yönelik ciddi bir tehdide dönüşmüştür. Yaşanan tecrübeler, terör eylemlerinin neden olduğu tehdidin düzenli silahlı kuvvetler tarafından gerçekleştirilen saldırılarla aynı değerde olduğunu göstermiştir. Zira bir devletten bir devlete yönelen silahlı saldırı simetrik bir saldırı iken, bir devlete isnat edilemeyen terör örgütü saldırısı da asimetrik bir saldırıdır⁶⁵. Bu nedenle 51. maddenin esasını oluşturan saldırıya uğrayan devletin korunması amacı, silahlı gruplara karşı kuvvet kullanılmasını gerekli kılmaktadır. Silahlı saldırı kavramının

64 O’CONNELL Mary Ellen / TAMS Christian J. / TLADI Dire, *Self Defence against Non-State Actors, Mx Planck Trialogues on the Law Peace and War*, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2019, s. 1; ÖRNEK, s. 179.

65 ERKİNER Hakkı Hakan, *Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 295.



terör eylemlerini kapsayacak bir şekilde yorumlanması, devletlerin uluslararası barış ve güvenliğe yönelik bu yeni tehdit karşısında savunmasız bırakılmaması için gerekli olduğu kadar, BM sisteminin de mevcut sözleşme kapsamında değişen şartlara uyum sağlaması ve uygulanmasının devam etmesi için de gereklidir. Bu durumda meşru müdafaa hakkının saldırının kaynağına bakılmaksızın uygulanması gerektiği söylenebilir⁶⁶.

Uygulamada da baskın olan görüş bu yöndedir. Özellikle 11 Eylül 2001'de terör eylemlerine yönelik gerek uluslararası toplumun vermiş olduğu tepki⁶⁷, gerek Güvenlik Konseyi'nin almış olduğu 1368⁶⁸ ve 1373 sayılı kararlar⁶⁹ bunun göstergesi olmuştur. Güvenlik Konseyi her ne kadar aldığı kararlarda "*silahlı saldırı*" kavramı yerine "*terör saldırısı*" kavramını tercih etse de bu tür saldırılara karşı bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkını tanınması nedeniyle bu iki kavramı eş anlamlı olarak gördüğünü söylemek mümkündür⁷⁰. Ancak doktrin ve uygulama her ne kadar terör eylemlerine karşı md. 51'de yer alan meşru müdafaa hakkına dayanılabileceğini kabul etse de terör eylemlerinin silahlı saldırı olarak kabul edilebilmesi ve dolayısıyla da meşru müdafaa hakkının söz konusu olabilmesi için bu tür eylemlerin bazı özellikleri taşıması gerektiğini de kabul etmektedir. Ancak bu konu hakkındaki ölçütler üzerinde görüş birliği bulunmamaktadır. Yine de terör eyleminin neden olduğu zarar, yöneldiği hedef, şiddeti ve gerçekleştirildiği yer gibi ortak ölçütler ortaya çıkmıştır.

Terör eylemlerinin silahlı saldırı sayılabilmesi için aranan ilk unsur belli bir yoğunluğa ulaşmış olmasıdır. Bu nedenle terör eylemlerini teker teker ele almaktansa, tüm terör eylemlerini içeren bir ölçüte göre bir değerlendirme yapılması daha doğru görülmüştür. Bu çerçevede, terör eylemleri "*etki ve ölçek kriteri*"ne göre ele alınmıştır⁷¹. Bu yaklaşım 11 Eylül eylemleri sonrasında da teyit edilmiştir. Buna göre devlet dışı aktörlerin

66 ERKİNER, s. 296; TOPAL, s. 117-118.

67 Ancak ABD'nin uluslararası hukuk kurallarını devre dışı bırakmak için bu durumu kullandığını, örf adet kurallarını ve BM Sözleşmesi gibi andlaşmaları değiştirmek için hukukçuların düzenli ve sistemli hareket ettiğini savunan görüşler de vardır. ÖRNEK, s. 180.

68 United Nations Security Council, S/RES/1368(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 12 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1368\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1368(2001)) (28.7.2021).

69 United Nations Security Council, S/RES/1373(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 28 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1373(2001)) (28.7.2021).

70 ÖRNEK, s. 188.

71 TOPAL, s. 121.



eylemlerinin silahlı saldırı olarak kabul edilmesi için önemli bir yoğunluğa ulaşması gerekir. Ancak “*etki ve ölçek kriteri*”nde gerçekleştirilen terör eylemlerini tek başına silahlı saldırı olarak kabul edilebilmek için yetersiz olabildiğinden eylemlerin silahlı saldırı olarak kabul edilebilmesi zorlaşmış ve bu da devletleri “*olayların toplamı teorisi*”ne yönlendirmiştir. Bu teoriye göre terör eylemleri tek tek değil, bir bütün olarak ele alınmalı ve etkisi bütüne göre saptanmalıdır⁷². Değerlendirme neticesinde ölçek ve etki bakımından silahlı saldırı olarak kabul edilemeyen durumlara karşı meşru müdafaaya başvurulmamalıdır⁷³.

Bu yaklaşım meşru müdafaanın düzenlendiği 51. maddenin geniş bir şekilde yorumlanmasına imkân tanımakta ve terörizmi şiddet eylemlerinin aralıklarla gerçekleştiği devam eden bir tehdit olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla terör eylemi sona erdiğinde tehdit sona ermiş sayılmamaktadır. Bu nedenle terör eylemleri arasına giren zamansal kesintileri saldırının sona erdiği şeklinde değil, eylemleri gerçekleştirenlerin en uygun zamanı bekledikleri şeklinde algılamak daha doğru görüldüğünden saldırıya karşı meşru müdafa gerekliliği de devam etmektedir. Başka bir ifadeyle meşru müdafa hakkına süreklilik kazandırılmaktadır⁷⁴.

Söz konusu durum meşru müdafaanın istisnai niteliği bakımından bir sorundur. Her terör eylemi sonrasında saldırıya uğrayan devletin, meşru müdafa hakkına sahip olduğunu kabul etmek BM Sözleşmesi md. 2/4 ile getirilen kuvvet kullanma yasağının uygulama alanının daralmasına, uluslararası toplumda bir anarşi ortamına ve keyfi kuvvet kullanımlarına fırsat tanımak demektir. Ayrıca her terör eyleminin sonrasında kuvvet kullanımını meşrulaştırmak terör eylemlerini gerçekleştirenlerin bulunduğu devletin ülke bütünlüğünü ihlal edebilecek bir tehdittir. Zira terörist grupların üzerinde buldukları ülke onlara ait değildir. Bu nedenle bu tür gruplara karşı yapılacak müdahale bu grupların üzerinde bulunduğu devletin ülke bütünlüğüne de bir nevi müdahale olarak görülmektedir. Bu noktada teröristlerin bulunduğu ülke devletin sorumluluğu ve ona karşı meşru müdafaanın mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkar.

Devletin terörizme verdiği desteğin derecesine bağlı olarak meşru müdafa hakkına dayanılmasının söz konusu hakkın belirsiz bir şekilde

72 ERKİNER, s. 306.

73 CASSESE Antonio, *International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, s. 596.

74 TOPAL, s. 123-124.

genişlemesine sebep olabileceğini söylemek mümkündür. Uygulamada da terörizme yönelik devlet desteği kuvvet kullanma yasağının ihlali olarak kabul edilse de, silahlı saldırı şeklinde değerlendirilmez⁷⁵. Durum böyle olsa da devletlerin de bu konuda ülkesindeki teröristleri organize ve teşvik etmekten kaçınma, terör eylemlerine yardım etmeme, katılmama, ülkesinde gerçekleştirilen bu tür eylemlere rıza göstermeme gibi bir takım yükümlülükleri vardır. Dolayısıyla devlet kendi ülkesinde bulunan teröristleri örgütlemekten, desteklemekten, teşvik ve yardım etmekten kaçınmalı ve sadece bu şekilde pasif tutumlar sergilememeli, ayrıca terörizmi önlemek için aktif bir çaba da göstermelidir. Bunlar devletin doğrudan yükümlülükleridir. Zira egemen bir devletin ülkesi üzerindeki yetkisi başka bir egemen devlete zarar verecek şekilde kullanılmamalıdır⁷⁶. Bu yükümlülükler 1930 tarihli Milletlerarası Hukuk İlkeleri Hakkında Bildiri gibi çeşitli uluslararası belgelerde de yer verilmiştir⁷⁷.

Bunun yanı sıra devlet ülkesi üzerinde yer edinen terörist grupları kabul etmese de bu gruplarla mücadele edecek güçte değilse yükümlülüklerini dolaylı yoldan ihlal etmiş olur. Bu durum karşısında meşru müdafaaaya başvurup vurulmayacağı ise tartışmalıdır. Bir görüş bu durumda saldırıya uğrayan devletin sadece kendi toprakları üzerinde bir kolluk önlemi alabileceğini savunurken, bir görüş ise bu durumda fiilin devlete isnat edilmesi durumunun aksine ilgili devlete değil, sadece terörist gruba karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılabileceğini savunur⁷⁸.

Bir devlet terörizme doğrudan veya dolaylı destek vererek bu konudaki yükümlülüklerine aykırı davrandığında, devletlerin egemen eşitliği ilkesi ve içişlerine karışmama ilkesi ile BM Sözleşmesi'nin 2/4. maddesinde öngörülen kuvvet kullanma yasağını ihlal eder. Devletin uluslararası terörizmi finanse etmesi, destek vermesi veya müsamaha

75 TOPAL, s. 126.

76 ERKİNER, s. 309.

77 İlgili düzenleme şu şekildedir;

"Her Devletin, diğer herhangi bir Devletin ülkesine akın düzenlemek üzere, düzenli kuvvetlerin veya paralı askerler de dâhil silahlı çetelerin örgütlenmesini yapmaktan veya örgütlenmesini teşvik etmekten kaçınma görevi vardır.

Her Devletin, diğer bir Devletteki bir iç savaşı ve terörist hareketleri örgütlemekten, tahrik etmekten, onlara yardım etmekten veya bu hareketlere katılmaktan veya kendi ülkesinde böylesi hareketlerin yapılmasına yönelik organ ve faaliyetlere göz yummaktan kaçınma görevi vardır."

78 BYERS Michael, "Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September", International and Comparative Law Quarterly, 51/2, 2002, s. 404; ERKİNER, s. 309- 312.

göstermesi 2/4. madde anlamında kuvvet kullanma niteliğindedir⁷⁹. Ancak meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanabilmek için kuvvet kullanılmış olması yeterli değildir, bunun silahlı saldırı düzeyinde olması gerekir. Şayet silahlı saldırı söz konusu ise bu durumda kuvvet kullanabilmek için terör örgütü veya devletin bu saldırıdan dolayı sorumlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Zira uluslararası hukuka aykırı bir fiil veya faaliyetten dolayı devletin sorumlu tutulabilmesi için sorumluluk doğuran fiil veya faaliyetin devlete ait olması şarttır⁸⁰. Devletin ülkesi kaynaklı bir silahlı saldırı söz konusu olması devlete karşı meşru müdafaa hakkı kapsamında kuvvet kullanabilmek için yeterli değildir.

Devletin sorumlu olarak meşru müdafaya tabi olması doğrudan ve dolaylı olmak üzere iki şekilde ortaya çıkar. Doğrudan sorumluluk gereği devlet kendi görevlileri ve organlarının faaliyetlerinden sorumludur. Bunun yanında devlet şahısların veya grupların faaliyetlerinden bu kişi veya grupların etkili bir şekilde denetimi altında bulunması durumlarında sorumlu olur⁸¹. Devletin ülkesindeki terör örgütünün varlığını kabul etmesi, teröristler tarafından ülkesinin üs olarak kullanılmasına izin vermesi, gerekli aktif önlemleri yerine getirmemesi durumu devletin dolaylı sorumluluğu kapsamındadır. Devletin terör örgütüne karşı müdahalede bulunabilme bakımından yetersizliği durumunda ise ilgili devlet terör örgütüne karşı meşru müdafaa hakkına sahipken, yetersiz olan devlete karşı böyle bir hakka sahip olmadığı yönünde genel bir kabul vardır. Devletin sorumluluğu üzerine çeşitli yargı kararlarında ortaya çıkmış farklı ölçütler de vardır⁸². Devlet dışı unsurların eylemlerinin, devletin bu kişiler üzerinde etkili bir denetim uygulaması hâlinde söz konusu devletin sorumluluğunun olmasını ifade eden etkili denetim ölçütü, etkili denetim ölçütü ile büyük ölçüde benzerlik gösteren bütünsel denetim ölçütü, haksız fiili gerçekleştirenlerle devlet arasında resmi bir ilişki olmasa da devletin zımni bir şekilde dahi olsa gerçekleştirilen eylemi onaylaması durumunda sorumluluğu kabul eden onaylama ölçütü gibi⁸³.

79 TOPAL, s. 132.

80 AKSAR, Uluslararası Hukuk II, s. 293; BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 285; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 456; SUR, s. 278-279.

81 AKSAR, Uluslararası Hukuk II, s. 293-294; DÜLGER Kenan, **Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 166; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 456,460; SUR, s. 278-279.

82 KEDİKLİ Umut, **Uluslararası Terörizm ve Devlet Sorumluluğu**, 1. Baskı, Nobel Yayınları, 2013, s. 191-193.

83 TOPAL, s. 141-147.



Doktrinde de kabul edildiği üzere, devletin organları veya görevlilerinin bir terör eyleminde bulunması, terörist grubun devletin kontrolü ve idaresi altında olması, devletin terör eylemini onaylaması ya da terör örgütü arasındaki ilişkinin finansman ve ekipman desteğini aşarak bu tür grupların eğitilmesi, örgütlenmesi, eylemlerin planlanması ve denetlenmesi boyutuna ulaşması hâlinde eylem devlete isnat edilebilecek ve devletin sorumluluğu doğacaktır⁸⁴. Özellikle son zamanlarda devletin bu tavrının silahlı saldırı olarak kabul edileceği ve meşru müdafaa kapsamında kendisine karşı kuvvet kullanılmasının mümkün olduğu görüşü ağırlık kazanmaya başlamıştır⁸⁵.

Daha önce genel itibariyle bahsedilen meşru müdafaa gereklilik ve orantılılık şartları terörle mücadelede söz konusu olan meşru müdafaa bakımından da geçerli olan şartlardır. Gereklilik ilkesi saldırıya uğrayan devletin kuvvet kullanmadan başka seçeneği olmadığı anlamına gelir. Bu nedenle meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanımının öncesinde barışçı çözüm yollarının tüketilmesi veya bu yolların sonuç vermeyeceğinin anlaşılması gerekir. Diğer bir ifadeyle kuvvet kullanımı daima son çare olarak başvurulabilecek bir yoldur. Bu kapsamda kuvvet kullanmanın gerekliliği sona erince kuvvet kullanmaya devam edilmesi hukuka aykırıdır⁸⁶.

Orantılılık ilkesi ise saldırı ile meşru müdafaa kapsamındaki fiilin orantılı olmasını ifade eder. Meşru müdafaa hakkının tanınmasının amacı cezalandırmak ya da zarar vermek değil, saldırıyı durdurmaktır. Dolayısıyla karşı fiil, saldırıyı durduracak ölçüde olmalıdır. Doktrinde orantılılık ilkesini açıklamaya çalışan üç farklı yaklaşım vardır. Bir görüş gerçekleştirilen terör eylemiyle orantılı bir cevap verilmesi gerektiğini ileri sürerken, bir başka görüş gerçekleşen eylemlerin tümünün göz önüne alınarak bir cevap verilmesi gerektiğini savunur. Bu görüşe göre daha önceden meydana gelmiş küçük ölçekli terör eylemlerinin toplamı daha büyük ölçekte bir cevabı haklı kılabilir⁸⁷. Bu konudaki üçüncü görüş ise geçmişte gerçekleştirilen terör eylemleri ile gelecekte gerçekleşmesi muhtemel eylemlerin birlikte ele alınıp buna uygun ve caydırıcı nitelikte bir cevap verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak

84 KEDİKLİ, s. 190; TOPAL, s. 148.

85 ERKİNER, s. 296.

86 ERKİNER, s. 327,329.

87 BONAFEDE Michael C., "Here, There, and Everywhere: Assessing the Proportionality Doctrine and U.S. Uses of Force in Response to Terrorism after the September 11 Attacks", Cornell L. Rev., Vol. 88, 2002, 174, 183; TOPAL, s. 155.



son iki görüş orantılılık ilkesinin esaslarına aykırı niteliktedir. Zira meşru müdafaa kapsamındaki kuvvet kullanımı savunma amaçlıdır. Cezalandırma, öç alma gibi bir amaç taşımaz düşünülemez. Ancak orantılılık ilkesi gereği saldırı ile savunma fiilinin aynı olması gerekmez. Savunma fiilinin saldırıyı sona erdirecek şekilde, saldırı fiili ile orantılı olması yeterlidir⁸⁸. Bu şartlar sağlanıp meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanıldığında bu durum ilgili devlet tarafından Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve sonrasında Konsey'in gerekli önlemleri almasıyla meşru müdafaa hakkı son bulur.

Bir başka tartışma konusu da silahlı saldırı düzeyine ulaşmayan eylemler için meşru müdafaa hakkının söz konusu olup olmayacağıdır. Özellikle 11 Eylül 2001'de ABD'ye yönelik saldırılardan sonra dikkat çeken önleyici meşru müdafaa kavramı bu konuda ele alınması gereken bir husustur.

C. Önleyici Meşru Müdafaa ve 11 Eylül Saldırıları Sonrası Yaşanan Değişiklikler

Önleyici (*preventive*) meşru müdafaa hakkı, fiilen gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırıyı engellemek amacıyla kuvvet kullanılmasıdır. Önleyici (*pre-emptive*) meşru müdafaa kavramından saldırının mutluluğu ile ayrılır. Zira önleyici meşru müdafaa muhtemel bir saldırıya karşı kuvvet kullanılması söz konusudur⁸⁹. Yine de önleyici meşru müdafaa kavramının uluslararası hukukçuların temkinli yaklaştığı bir kavram olduğu belirtilmelidir.

Önleyici meşru müdafaa doktrininin kabulü uluslararası hukuk kurallarının yorumuna göre farklılık gösterir. Uluslararası hukuk kuralları geniş şekilde yorumlanır ise önleyici meşru müdafaa hakkı hukukidir. Bu görüşteki hukukçular sözlü tehdit ve şüphenin önleyici meşru müdafaa bakımından yeterli olmayacağını, gerçek ve yakın bir saldırı tehlikesinin varlığı durumunda bu kapsamda kuvvet kullanılabileceğini savunur. Ancak çoğunluğu oluşturan diğer hukukçular ise meşru müdafaa hakkının istisnai niteliği gereği sınırlı bir şekilde yorumlanması gerektiğini savunmaktadır⁹⁰. Uluslararası

88 UÇAR Azime Ayça, **Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 44.

89 ERKİNER, s. 322.

90 AKSAR, **Uluslararası Hukuk II**, s. 146-147; PAZARCI, **Uluslararası Hukuk**, s. 565-566; ÜNAL, s. 318.



içtihadın henüz konuya ilişkin açık bir görüşü bulunmasa da⁹¹, BM uygulamalarında bu durumun kınandığı bilinmektedir⁹².

Bu kavram uluslararası hukuka ilk defa *Caroline* Olayı ile girmiştir⁹³. Bu olay 1837'de Kanada isyanı esnasında Amerikan mercileri gerekli önlemleri almasına rağmen, Amerikan vatandaşlarının bu isyancılara yardımıyla ortaya çıkmıştır. *Caroline* adlı Amerikan gemisi isyancılara yardımları ulaştırmıştır. Bunun üzerine Amerikan limanı *Schlosser*'de bulunan *Caroline* İngilizler tarafından yakılarak *Niagara* Şelalesi'nden aşağı atılmış ve iki Amerikan vatandaşı ölmüştür. Olayla ilgili olarak *McLeod* adlı İngiliz vatandaşı ABD'de tutuklanmıştır. Bu olayda İngiltere *Caroline* adlı geminin korsan bir gemi olduğunu ve gemiyi yok ederken meşru müdafaa hakkı çerçevesinde hareket ettiğini ileri sürmüştür. ABD İngiltere'nin bu görüşünü reddetmiş ve konuyu hakemliğe götürmüştür. Kararda önleyici meşru müdafaa'nın mümkün olduğu, fakat bu olay itibarıyla şartların gerçekleşmediği ifade edilmiştir. Bu olay itibarıyla esas önemli olan ABD Dış İşleri Bakanı *Webster*'in İngiltere'ye yazmış olduğu mektupta bulunan "*ani, karşı konulmaz, başka bir araç seçimine ve düşünmeye imkân bırakmayan bir meşru müdafaa zaruretinin olduğunun*" ve "*meşru müdafaa zaruretiyle haklı görülebilecek bir eylem, bu zaruret ile sınırlı olmalı ve kesinlikle bu kapsam dâhilinde kalmalıdır*" ifadeleridir. Bu olayın ardından ortaya çıkan gereklilik ve orantılılık kriterleri geleneksel uluslararası hukukta genel olarak kabul edilmiştir⁹⁴.

Terörizm bağlamında önleyici meşru müdafaa hakkı bakımından yapılacak değerlendirmede ise net bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira böyle bir hakkın varlığı kabul edilirse ve md. 51 in kapsamı bu şekilde genişletilirse, ne zaman gerçekleşebileceği bilinmeyen hatta gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bile belli olmayan bir saldırıya karşı kuvvet kullanılacaktır. Bu durumda kuvvet kullanımını meşru müdafaa kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Bunun en önemli nedeni md. 51'in istisnai bir hüküm olması dolayısıyla dar yorumlanması gerekliliğidir. Bir diğer nedeni ise önleyici meşru müdafaa hakkının devletlere çok fazla takdir yetkisi vermesi ve bu nedenle de bu hakkın kolaylıkla istismar edilebilmesidir⁹⁵.

91 PAZARCI, 4. Kitap, s. 131.

92 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 325.

93 ERKİNER, s. 322; SHIRYAEV Yaroslav, "The Right of Armed Self-Defense in International Law and Self-Defense Arguments Used in the Second Lebanon War", 3 ACTA SOCIETATIS MARTENSIS, 2007/2008, s. 82.

94 MAOGOTO, s. 17.

95 ARAL, s. 114.



Ayrıca bir başka neden de daha önce genel olarak meşru müdafaa kısmında değinmiş olduğumuz meşru müdafaa hakkında orantılılık ilkesinin önleyici meşru müdafaa da bulunmamasıdır. Zira önleyici meşru müdafaa da saldırı hazırlığına karşı gerçekleştirilen bir kuvvet kullanımı söz konusudur. Gerçekleşmemiş bir saldırıya orantılı kuvvet kullanımının belirlenmesi mümkün değildir⁹⁶. Ancak gelişen teknoloji nedeniyle ihtimal dâhilinde olan bir saldırının aksine gerçekleşmesi muhakkak olan bir saldırı için önleyici meşru müdafaa ya başvurulması daha doğru görünmektedir. Bu durum saldırının terör örgütlerinden gelmesi hâlinde de geçerli olmalıdır.

1. 11 Eylül Saldırıları ve *Bush* Doktrini

11 Eylül 2001'de, 19 *El-Kaide* eylemcisi dört yolcu uçağını ele geçirmiş, bunlardan ikisi Dünya Ticaret Merkezi'ne, birisi Pentagon'a çarpmıştır. Dördüncü uçakta ise yolcular eylemcilere karşı ayaklanmış ve uçak Pensilvanya'daki bir tarlaya indirilmiştir. Saldırılarda yaklaşık 3000 kişi ölmüştür. Dünya Ticaret Merkezi'nin ikiz kulelerini ve Pentagon'un bir kısmını tahrip eden saldırıların yaşandığı 11 Eylül 2001 tarihi, uluslararası hukukta kuvvet kullanma bakımından bir dönüm noktası olmuştur⁹⁷. Bu saldırılar devletlere uluslararası hukukun devlet dışı unsurlarının eylemleriyle de ilgilenmesi gerektiğini göstermiş, bu durum bu alanda farklı yaklaşımların ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır⁹⁸. Esasında terörizm bu saldırılar öncesinde de daima uluslararası gündemde olmasına rağmen, 11 Eylül saldırıları terörizm ve uluslararası hukukta kuvvet kullanımı konusunu daha güncel ve ciddi bir tartışma hâline getirmiştir⁹⁹.

11 Eylül 2001'deki terör saldırılarıyla ilgili olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi 1368 sayılı kararda¹⁰⁰ terör saldırılarını kınamış ve bu tip eylemleri uluslararası terörizmin diğer eylemleri gibi uluslararası barış ve güvenliğe karşı tehdit olarak kabul etmiştir. Bu kararında Konsey tüm devletleri, bu terör saldırılarını gerçekleştirenleri, organize edenleri ve destekleyenleri adalete teslim etmek için birlikte çalışmaya çağırmış, bu saldırıları gerçekleştirenlere, organize edenlere ve destekleyenlere yardım etmek, onları desteklemek veya barındırmaktan

96 TOPAL, s. 169.

97 ÖRNEK, s. 174.

98 TAŞDEMİR, s. 6.

99 MAOGOTO, s. 409.

100 United Nations Security Council, S/RES/1368(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 12 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1368\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1368(2001)) (28.7.2021).

sorumlu olanların sorumlu olduklarını belirtmiştir. Yine bu kararda Konsey alınabilecek önlemleri somut bir şekilde belirtmese de gerekli tüm adımların atılmasını istediğini ifade etmiştir.

Konsey 1373 sayılı kararında¹⁰¹ ise bu tür terör eylemlerini kınadığını ve bu tür eylemlerin uluslararası barış ve güvenliğe karşı bir tehdit oluşturduğunu bir önceki kararındaki gibi kabul etmiş, bunun yanı sıra bireysel ve müşterek meşru müdafaa hakkını onayladığını belirtmiştir. Ayrıca maddeler hâlinde bu konu hakkında devletlere yönelik yükümlülükleri de saymıştır¹⁰². 1368 ve 1373 sayılı kararlarda Güvenlik Konseyi tarihinde ilk defa terör eylemlerine karşı meşru müdafaa amaçlı kuvvet kullanmaya izin vermiştir. Ancak Konsey bunu kabul etmekle birlikte bu konuda ne ABD'ye ne de NATO'ya kuvvet kullanımı için yetki vermiştir.

Bu olaylar md. 51'deki silahlı saldırı kavramının terör eylemlerini de içine alacak şekilde geniş yorumlanmasına sebep olmuştur. Bunun yanı sıra NATO tarihinde ilk defa NATO Antlaşması¹⁰³'nün 5. maddesini işletmiştir. İlgili madde üye devletlerden herhangi birine yapılan saldırının üyelerin tamamına yönelik gerçekleştiğini ve dolayısıyla üyelerin kolektif meşru müdafaa hakkının varlığını düzenlemektedir. Başka bir ifadeyle 11 Eylül eylemleri sonrasında hemen hemen tüm devletler ve uluslararası örgütler saldırıya gerekli karşılığın verilmesi konusunda ABD'yi desteklemiştir.

Sözü edilen kararların ardından 7 Ekim'de ABD öncülüğündeki koalisyon güçleri Afganistan'a girmiş ve "*Bush Doktrini*" olarak isimlendirilen görüş kapsamında kuvvet kullanımına başlamıştır. Ancak ABD'nin 11 Eylül 2001 tarihinde uğradığı silahlı saldırı bir devletten gelmemiştir. Müdafaanın saldırgana yapılması gerektiği gibi, silahlı saldırı devam ederken savunma fiillerinin yapılması gereği de ABD tarafından yerine getirilmemiştir. Fakat ABD yetkilileri ve bazı yazarlar, müdahaleyi meşru müdafaa kapsamında değerlendirmiştir¹⁰⁴.

101 United Nations Security Council, S/RES/1373(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 28 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1373(2001)) (28.7.2021).

102 Devletlere terör finansmanından kaçınma, mali kaynak sağlayanlara sığınma hakkı vermeme, sınırlarda etkili denetimler yapma gibi çeşitli yükümlülükler getirilmiştir. Bu düzenleme için bkz. BOZKURT Enver / KANAT Selim, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara, 2007, s. 177-181.

103 Antlaşmanın tam metni için bkz. https://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=tr (13.10.2021).

104 BOZKURT, Uluslararası Hukukta, s. 222-223.

11 Eylül 2001 saldırılarından sonra ABD Soğuk Savaş döneminde belirlemiş olduğu “*caydırıcılık ve çevreleme stratejisi*”nden vazgeçtiğini açıklayarak kendisine karşı tehdit oluşturduğunu düşündüğü hedeflere önleyici saldırılarda bulunma hakkı olduğunu 20 Eylül 2002’de yayınladığı Ulusal Güvenlik Strateji Belgesi’nde ilan etmiştir. Başkan *Bush* bu geniş müdahale hakkını herhangi bir uluslararası hukuk kaynağına dayandırmamıştır¹⁰⁵. Bu durumun bir nevi dayanağı olarak kabul edilen “*Bush Doktrini*” bağlamında ABD devlet yöneticilerinin ve uzmanların yaptıkları tartışmalarda *pre-emptive/preemption* ve *preventive* kavramları sıkça kullanılmıştır. Uluslararası ilişkilerde bu iki kavram farklı anlamlar içermektedir. “*Kendi ülkesini korumak için önce davranma*” ya da “*saldırıdan önce saldırma*” anlamına gelen “*pre-emptive*” eylem bir devletin ani bir saldırı tehdidi karşısında savaş stratejisini anlatır. Önleyici anlamına gelen “*preventive*” askeri eylem ise “*tehdit yeteneği kazanmadan hedefin vurulması*” anlamındadır. Önleyici saldırılar uluslararası toplum tarafından genellikle kınanır. “*Önleyici saldırı doktrini*” olarak da ifade edilen bu görüş altında önleyici müdafaa hakkının da ötesine geçilerek teröristlere yönelik önemli sayılabilecek nitelikte bir destek veren devlete karşı kuvvet kullanımına başvuruyla başlanmıştır¹⁰⁶.

Uluslararası alanda keyfilğe yol açabilecek *Bush* Doktrini, diğer devletleri başka devletlere saldırma konusunda serbest bırakmakta, yeri ve zamanı belirsiz bir tehdide karşı kuvvet kullanımını öngörmektedir¹⁰⁷. *Bush* Doktrini bu şekilde tek taraflı müdahaleleri hukuka uygun kabul etmesi nedeniyle bu süreçte sadece BM Sözleşmesi md 2/4 ‘te düzenlenen kuvvet kullanma yasağını değil, BM sisteminin temel ilkelerinden olan devletlerin egemen eşitliği ilkesini de ihlal etmektedir.

Ayrıca Güvenlik Konseyi’nce alınan kararlarda terörizmle mücadelede askeri güç kullanılabilmesi yönünde hiçbir açık hüküm bulunmadığı ve Güvenlik Konseyi’nin her türlü tedbiri almaya hazır olduğunu belirtmesine rağmen ne ABD’ye ne de NATO’ya askeri kuvvet kullanmasına imkân sağlayan bir yetkilendirme yapmadığı gözden kaçırılmaması gereken bir husustur. Yine de bu şekilde yaratılan bilinçli belirsizliğin Afganistan harekâtına meşruiyet kazandırdığı söylenebilir¹⁰⁸. Buna rağmen 11 Eylül’den sonra savaşın terörle mücadelede hem

105 ÖRNEK, s. 190.

106 TOPAL, s. 170.

107 ERKİNER, s. 325.

108 ÖRNEK, s. 176-177.

uygunluk hem de etkinlik açılarından geçerliliğinin büyük ölçüde sarsıldığı da ifade edilmelidir¹⁰⁹.

11 Eylül saldırılarından sonra ABD'nin Afganistan'a müdahalesi meşru müdafaa şartları bakımından incelendiğinde ise, özellikle silahlı saldırı şartının dikkatle ele alınması gerekir. Ortada bir saldırı olduğu tartışmasız şekilde kabul edilirken, silahlı saldırının varlığı üzerinde tartışma bulunmaktadır. Daha önce ifade edildiği gibi, saldırı tanımında devletin esas alınması terör örgütlerinden gelen saldırıların tanımlanmasında tartışmaya sebep olmaktadır. Ancak BM verdiği kararlarda bireysel ve müşterek meşru müdafaa'yı kabul ettiğinden olayda silahlı saldırı şartının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir. Gereklilik ve orantılılık şartlarının ise gerçekleştiğini savunmak pek mümkün değildir. Afganistan'da özellikle yapılan yoğun hava saldırıları sonrasında sivillerin öldürülmesi, şehir merkezi gibi kalabalık noktalara rastgele bombalar atılması, bazı temel alt yapı birimlerinin tahrip edilmesi orantılılık ilkesine aykırı bir müdahale olduğunu göstermektedir. Ayrıca ülkenin iktidarı olan Taliban rejiminin askeri güç kullanımı ile ortadan kaldırılması ve Afganistan halkının iradesine dayanmayan bir hükümetin iktidara getirilmesinin de, BM Sözleşmesi md. 51 çerçevesinde meşru müdafaa kapsamında olup olmadığı hususu tartışmalıdır¹¹⁰. Gereklilik şartı bakımından ise Taliban rejimi, *El-Kaide* üyelerini iade etmeyi reddettiğinden bu unsurun yerine getirildiği söylenebilir. Ancak ABD'nin uluslararası terörizmle ilgili diğer devletlere karşı güç kullanma hakkı olduğunu iddia etmesi ve bunu "*Bush Doktrini*" gibi tartışmalı bir görüşe dayandırması, BM Sözleşmesi'nin amaçlarına ters olmasının yanı sıra BM sisteminin korunmasını ve sürdürülmesini de olumsuz etkileyebilecek niteliktedir¹¹¹.

Bir tehdidi ortadan kaldırmak için gerekirse tek başına harekete geçmeyi öngören "*Bush Doktrini*"nin esas itibarıyla hukuksal bir doktrin olmadığı, siyasal bir doktrin olup BM Sözleşmesi'nin ruhuna ve lafzına aykırı olduğu söylenebilir¹¹². Esasında önleyici kuvvet kullanılmasına izin veren bu doktrin temelde küresel büyük bir güç olan ABD'nin

109 FALK Rickard, "Terör ve Devlet Terörizmi Çağında Savaş ve Barış", Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe (Ed. Mustafa AYDIN / Günter Hans BRAUCH / Mitat ÇELİKPALA / Ursula Oswald SPRING / Necati POLAT), (Çev. Evren Çelik WITSE), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 97.

110 ÖRNEK, s. 187.

111 CHARNEY Jonathan, "The Use Of Force Against Terrorism and International Law", American Journal of International Law, Vol.95, No:4, 2001, s. 835-839.

112 ÖRNEK, s. 196.



Uluslararası Hukuk normlarını kendi çıkarlarına uygun bir hâle getirme çabası olarak görülebilir¹¹³. Bu nedenle önleyici meşru müdafaa bakımından devletler arasında bir genel uygulama oluşmuşsa da önalıcı meşru müdafaa bakımından bunun gerçekleşmediği söylenmelidir¹¹⁴.

2. Karşı Önlemlere Başvurma Hakkı

Bazen bir eylem kuvvet kullanma yasağını ihlal etse de yoğunluk bakımından silahlı saldırı olarak değerlendirilemez. Bu gibi durumlarda kuvvet kullanılmasını içeren karşı önlemlerin uygulanması akla gelir. Karşı önlemler, *Nikaragua Davası*'nda da gündeme gelmiş ve Divan silahlı saldırı olarak değerlendirilemeyen kuvvet kullanma eylemlerine karşı maruz kalan devletin orantılı karşı önlemlere başvurabileceğini kabul etmiştir. Buna göre, devletler yoğunluk olarak silahlı saldırı boyutuna ulaşmayan bu tür bir kuvvet kullanma durumunda orantılı karşı önlemler alabilecektir. Divan bu yönde bir ifade kullanmasına rağmen karşı önlemlerin uygulanması şartlarından bahsetmemiştir. Bu konuda doktrinde kabul edilen görüş, karşı önlemlerin ancak mağdur devletin kendi ülke sınırları içinde uygulanabileceğini kabul etmektedir. Aksi takdirde meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmasıyla bir farkı kalmayacaktır. Zira bir devlet silahlı saldırı niteliğinde olmadığı için meşru müdafaa hakkına neden olmayan bir eylem karşısında orantılı karşı önlemlere başvurarak ülke dışında da kuvvet kullanabilecektir¹¹⁵. Bu durum BM Sözleşmesi md. 2/4'de öngörülen kuvvet kullanma yasağının uygulama alanını ciddi şekilde daraltarak istisnai olan kuvvet kullanmayı arttıracığından doğru bir yorum değildir.

3. Terörizme Karşı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı ile Kuvvet Kullanma

Terörizme karşı başvurulabilecek diğer bir yol da BM Sözleşmesi'nde düzenlenen ortak güvenlik sistemini kullanmaktır. Bu konuda karar verme yetkisi Güvenlik Konseyi'ne aittir. VII. bölümde yer alan 39. madde ile kuvvet kullanma konusunda karar alma noktasında Güvenlik Konseyi'ne 51. maddeden daha geniş bir yetki verilmektedir. 39. maddeye göre, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin tehdit edildiği, bozulduğu veya bir saldırı eyleminin gerçekleştiğini

113 TAŞDEMİR, s. 87.

114 AREND Antony Clark, "International Law and Preemptive Use of Military Force", *The Washington Quarterly*, 26/2, March 2003, s. 99; ERKİNER, s. 325.

115 TOPAL, s. 174.



tespit ederse, uluslararası barış ve güvenliğin korunması veya yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur ya da 41. ve 42. maddeler uyarınca gerekli tedbirlerin alınmasına karar verir. Güvenlik Konseyi'nin 39. maddeye göre alacağı tavsiye kararlarının bağlayıcı olmamasına karşılık 41. ve 42. maddeler kapsamında zorlayıcı tedbirlerin alınmasına yönelik kararları bağlayıcı niteliktedir¹¹⁶.

Konsey kuvvet kullanma kararı alması durumunda açık bir yetkilendirme yapmalıdır. Ancak Konsey'in açık bir şekilde yetkilendirmede bulunmadığı bazı durumlarda da üstü örtülü bir şekilde kuvvet kullanımına izin verdiği iddia edilmektedir¹¹⁷. Terörizm konusunda ortak güvenlik sisteminin harekete geçirilmesi için md. 39'da ifade edilen barışa yönelik tehdit kavramının terör eylemlerini de karşılaması gerekir. Bu konuda doktrinde terör eylemlerinin de barışa yönelik tehdit olduğu yönünde görüş hâkimdir.

SONUÇ

Uluslararası hukukta kuvvet kullanımı ve en önemli istisnası meşru müdafaaaya yönelik BM Sözleşmesi'nde açık bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak düzenlemenin açık ifadesine rağmen koşulların her gün değişmesi, tehdit olarak görülen devletlerin dışında yeni tehdit kaynaklarının ortaya çıkması bu düzenlemelerin yeniden yorumlanmasını gerektirmiştir. İlgili düzenlemenin, özellikle de meşru müdafaa hakkını düzenleyen 51. maddenin bir şekilde yeniden ele alınmasını gerektiren en önemli sebeplerinden biri de terörizmdir.

Son yüzyılda artan terör eylemleri, BM Sözleşmesi'nin temel felsefesi açısından tahmin edilmeyen bir problem ortaya çıkarmıştır. Bu hareketlerle BM Sözleşmesi'nde tek tehdit olarak devletleri gören uluslararası toplum, devlet dışında da tehditlerin varlığını görmüştür. Esas problem de burada ortaya çıkmaktadır. Bir yanda devletleri esas alarak düzenlenmiş BM Sözleşmesi yer alırken, diğer yanda devletlerle aynı tehditleri yaratabilen devlet dışı unsurlar vardır.

Meşru müdafaa hakkı, BM Sözleşmesi ve *"Saldırımın Tanımına İlişkin Karar"* itibarıyla bir devletin başka bir devletin eylemine karşı başvurabileceği bir haktır. Oysaki günümüzde terör eylemleri sonrası terör eylemini gerçekleştirenlere karşı meşru müdafaa hakkına

116 BOZKURT / POYRAZ / ERDAL, s. 316-317; DEĞİRMENCİ, s. 48-49; PAZARCI, Uluslararası Hukuk, s. 536-543; TOPAL, s. 176.

117 TOPAL, s. 177.

dayanılarak kuvvet kullanılmaktadır. Özellikle 11 Eylül sonrası ABD'nin meşru müdafaa hakkı çerçevesinde *El-Kaide*'ye ve Afganistan'a yönelik operasyonları gerçekleştirdiğini ileri sürmesi bu durumun en dikkat çeken örneklerindedir. Bu örnek önemlidir, zira bu olayda her ne kadar tartışılrsa da hemen hemen tüm devletler ABD'nin kuvvet kullanmasını desteklemiştir. Bu olayın ardından terörizmin önlenmesi önem kazanmıştır.

Terör eylemlerine karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılması bugün hala tartışmalı bir husustur. Bir görüş düzenleme ve saldırıyı tanımlayan karar nedeniyle devlet dışı bir aktöre karşı bu hakka dayanarak kuvvet kullanabilmenin mümkün olmadığını savunur. Bu durum günümüz itibarıyla önemli bir sorundur. Zira kitle imha silahları gibi çok ağır ve yaygın etkiler yaratabilen silah türlerine de sahip olabilen terör örgütlerine karşı BM Sözleşmesi md. 51 çerçevesinde kuvvet kullanma hakkı tanınmaması durumunda devletlerin kendilerini nasıl koruyabileceği belirsizdir. Yine de uluslararası toplum bu konuda çaresiz değildir. Güvenlik Konseyi kararıyla bu tip eylemleri gerçekleştirenlere karşı kuvvet kullanımı mümkündür. Ancak Güvenlik Konseyi'nin böyle bir karar almaması veya alamaması durumunda ne olacağı ise belirsizdir. Böyle bir durumda terör örgütlerine karşı kuvvet kullanılması gerektiği açıktır. Fakat bu kuvvet kullanmanın niteliği tartışmalıdır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere bu durumu meşru müdafaa olarak nitelendirmeyen bir görüş vardır. Ancak bu durumu bir iç sorun olarak kabul ederek md. 2/4 kapsamı dışında bırakmak da bu konuyu tamamen devletlerin takdirine bırakmaya sebep olduğundan doğru bir yaklaşım değildir. Bu bakımdan terör örgütlerine karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılabileceğini savunan görüş daha makul görünmektedir. Buna göre BM Sözleşmesi meşru müdafaayı düzenlemişse de saldırı kavramını açıkça tanımlamadığından ve saldırı kavramının tanımlandığı Genel Kurul kararı bağlayıcı niteliğe sahip olmadığından bu eylemlere karşı meşru müdafaa kapsamında kuvvet kullanılmamalıdır. Ancak devlet dışı unsurların, özellikle terör örgütlerinin, gittikçe artan silahlı eylemleri nedeniyle günümüzde meşru müdafaanın ön şartı olan "*silahlı saldırı*" kavramının yeniden yorumlanmasının zorunlu hâle geldiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla bu kavramın dolaylı bir şekilde de terör kavramının yeni bir tanımının yapılması gerekir. Zira uzun yıllardan beri bu kavramı tanımlama çabalarına rağmen, uluslararası toplum düzeyinde kabul görmüş bir terörizm tanımına henüz ulaşamamıştır.



Neticede yapılacak şey uluslararası toplumca terör ve saldırı kavramlarının net bir tanımının ortaya konması ve terörle mücadeleye yönelik daha belirgin düzenlemeler yapılmasıdır. Ayrıca uluslararası terörizmle mücadelede, etkin bir sonuca ulaşabilmek için terör eylemlerini gerçekleştiren kişilerin yanında bu kişilere çeşitli şekillerde destek veren devletler de bu konuda yapılacak düzenlemelerde ele alınmalıdır. Bu düzenlemeler yapıncaya kadar ise BM Sözleşmesi'ne dayanmak saldırının nereden geleceğine ilişkin bir ifade kullanılmadığı için geçici süreli olarak mümkün görülebilir. Bu nedenle BM Sözleşmesi kapsamında şartlara uygun olmak kaydıyla terör eylemlerine karşı meşru müdafaa hakkına dayanarak kuvvet kullanmak hukuka aykırı kabul edilmemelidir. Ancak en kısa zamanda saldırı ve terör kavramlarının ortak bir tanımına ulaşılması için çalışmalara başlanması, özellikle saldırının kaynak itibariyle açık bir şekilde ele alınması gerekir.



KAYNAKLAR

KİTAPLAR

AKGÜNDÜZ Ahmed, **İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Kamu Hukuku**, C.1, 1. Baskı, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 2011.

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

AKSAR Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk II**, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ARAL Berdal, **Uluslararası Hukukta Meşru Müdafaa Hakkı**, Siyasal Kitapevi, Ankara, 1999.

BATUR YAMANER Melike, **Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması**, 1. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul, 2007.

BAYILLIOĞLU Uğur, **İnsani Müdahale Çıkmazından Çıkış Arayışı: Koruma Sorumluluğu**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

BOZKURT Enver, **Birleşmiş Milletler Sisteminde Kuvvet Kullanımı**, 1. Baskı, Nobel Yayın, Ankara, 2003.

BOZKURT Enver, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 3. Baskı, Asil Yayın, Ankara, 2007, ("Uluslararası Hukukta").

BOZKURT Enver / POYRAZ Yasin / ERDAL Selcen, **Devletler Hukuku**, 11. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021.

BOZKURT Enver / KANAT Selim, **Uluslararası Toplumun Paradoksu: Terörizm, İnsan Hakları, Güvenlik ve 11 Eylül Sonrası Meydana Gelen Değişiklikler**, 1. Baskı, Asil Yayın Dağıtım Ltd. Şti, Ankara, 2007.

CASSESE Antonio, **International Law**, Oxford University Press, Oxford, 2003.

CROZAT Charles, **Devletler Umumi Hukuku**, (Çev. Edip F. ÇELİK), C.1, İstanbul, 1950.

ÇAKMAK Cenap, **Uluslararası Hukuk Giriş, Teori ve Uygulama**, 1. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2014.

DEĞİRMENCİ Olgun, **Uluslararası Ceza Hukukunda Saldırı Suçu**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.



DENK Erdem, **Uluslararası Örgütler Hukuku: Birleşmiş Milletler Sistemi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.

DÜLGER Kenan, **Devletlerin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu**, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

ERKİNER Hakkı Hakan, **Uluslararası Terörizme Karşı Meşru Müdafaa**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

ERTUĞRUL Ümmühan Elçin, **Uluslararası Hukukun Emredici Normlarından Doğan Yükümlülüklerin Ciddi İhlallerinden Devletin Sorumluluğu**, 1. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012.

GROTIUS Hugo, **Savaş ve Barış Hukuku**, (Çev. Seha L. MERAY), Say Yayınları, Ankara, 2011.

GÜNDÜZ Aslan, **Milletlerarası Hukuk**, 9. Baskı, Savaş Yayınevi, İstanbul, 2018.

KESKİN Funda, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanma: Savaş, Karışma ve Birleşmiş Milletler**, Mülkiyeliler Birliği, Ankara, 1998.

KUL Muhammet Celal, **Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Uluslararası Tecavüz (Saldırı) Suçu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2016.

LÜTEM İlhan, **Devletler Hukuku Dersleri**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1958.

MERAY Seha L., **Devletler Hukukuna Giriş**, 2. Cilt, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1975.

MUTLU Erdem İlker, **Savaşın ve Barışın Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, Nisan-2016.

O'CONNELL Mary Ellen / TAMS Christian J. / TLADI Dire, **Self Defence against Non-State Actors, Mx Planck Trialogues on the Law Peace and War**, Vol. 1, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

ÖKTEM Emre, **Uluslararası Teamül Hukuku**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

ÖRNEK Serdar, **Uluslararası Hukukta Kuvvet Kullanımı**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.

PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, 19. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, ("Uluslararası Hukuk").



PAZARCI Hüseyin, **Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap**, Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, (“4. Kitap”).

REÇBER Sercan, **İnsancıl Müdahale ve Koruma Sorumluluğu**, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, Bursa, 2015.

SHAW Malcolm N., **International Law**, 7th Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

SUR Melda, **Uluslararası Hukukun Esasları**, 15. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2021.

TOPAL Ahmet Hamdi, **Uluslararası Terörizm ve Terörist Eylemlere Karşı Kuvvet Kullanımı**, 1. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2005.

TÜTÜNCÜ Ayşe Nur, **İnsancıl Hukuka Giriş**, 2. Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2006.

UÇAR Azime Ayça, **Uluslararası Hukuk Kuralları Çerçevesinde Nükleer Silah Kullanımı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

ÜNAL Şeref, **Uluslararası Hukuk**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.

YAMAN Ahmet / ÇALIŞ Halit, **İslam Hukukuna Giriş**, 1. Baskı, Bilimsel Araştırma Yayınları, İstanbul, 2018.

MAKALELER

AREND Antony Clark, “International Law and Preemptive Use of Military Force”, **The Washington Quarterly**, 26/2, March 2003, s. 89-103.

ASLAN M. Yasin, “Savaş Hukukunun Temel Prensipleri”, **TBB Dergisi**, S. 79, 2008, s. 235-274.

BONAFEDE Michael C., “Here, There, and Everywhere: Assessing the Proportionality Doctrine and U.S. Uses of Force in Response to Terrorism after the September 11 Attacks”, **Cornell L. Rev.**, Vol. 88, 2002, s. 155-214.

BYERS Michael, “Terrorism, the Use of Force and International Law After 11 September”, **International and Comparative Law Quarterly**, 51/2, 2002, s. 401-414.

CHARNEY Jonathan, “The Use Of Force Against Terrorism and International Law”, **American Journal of International Law**, Vol.95, No:4, 2001, s. 835-839.

DENK Erdem, “Uluslararası Andlaşmalar Hukukunda Jus Cogens Kuralları”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.56, S.2, 2001, s. 43-70.

FALK Rickard, “Terör ve Devlet Terörizmi Çağında Savaş ve Barış”, Uluslararası İlişkilerde Çatışmadan Güvenliğe (Ed. Mustafa AYDIN / Günter Hans BRAUCH / Mitat ÇELİKPALA / Ursula Oswald SPRING / Necati POLAT), (Çev. Evren Çelik WITSE), 1. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012, s. 89-99.

GROSS Emanuel, “Self-defence against Terrorism-What Does it Mean? The Israeli Perspective”, **Journal of Military Ethics**, 1:2, 2002, s. 91-108.

MAOGOTO Jackson Nyamuya, “Walking an international law tightrope: use of military force to counter terrorism”, **Brooklyn Journal of International Law**, C.31, No:2, 2006, s. 405-461.

MILLER Lynn H., “The Contemporary Significance of the Doctrine of Just War”, **World Politics**, Vol.16, No:2, 1964, s. 254-286.

REISMAN W. Micheal / ARMSTRONG Andera, “Claims to Pre-emptive Use of Force: Some Trends and Projections and Their Implications for World Order”, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal SCHMITT / Jelena PEJIC), 1st Edition, BRILL, Boston 2007, s. 79-112.

SBEARER Ivan, “A Revival of Just war Theory?”, *International Law and Armed Conflict: Exploring the Faultlines*, (Ed. Micheal SCHMITT/Jelena PEJIC), Boston 2007, s. 1-21.

SHAH Niaz A., “Self-Defence, Anticipatory Self-Defence and Pre-emption: International Law’s Response to Terrorism”, **Journal of Conflict & Security Law**, Vol. 12, No:1, 2007, s. 95-126.

SHIRYAEV Yaroslav, “The Right of Armed Self-Defense in International Law and Self-Defense Arguments Used in the Second Lebanon War”, **3 ACTA SOCIETATIS MARTENSIS**, 2007/2008, s. 80-97.

TAŞDEMİR Fatma, “Uluslararası Anarşiye Giden Yol: Uluslararası Hukuk Açısından Önleyici Meşru Müdafaa Hakkı”, **Uluslararası Hukuk ve Politika**, C.2, No:5, 2000, s. 75-89.

TRAVALIO Greyory M., “Terrorism, International Law and The Use of Military Force”, **Wisconsin International Law Journal**, C.18, No:1, 2000, s. 97-119.



ANDLAŞMALAR ve KARARLAR

https://www.nato.int/cps/fr/natohq/official_texts_17120.htm?selectedLocale=tr (13.10.2021).

International Court of Justice, Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Costa Rica), 21 October 1986, <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/73/073-19861021-ORD-01-00-EN.pdf> (28.7.2021).

United Nations, General Assembly Resolution A/RES/3314(XXIX), Definition of Aggression, 14 December 1974, [https://undocs.org/en/A/RES/3314\(XXIX\)](https://undocs.org/en/A/RES/3314(XXIX)) (28.7.2021).

United Nations Security Council, S/RES/1368(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 12 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1368\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1368(2001)) (28.7.2021).

United Nations Security Council, S/RES/1373(2001), Threats to international peace and security caused by terrorist acts, 28 September 2001, [https://undocs.org/S/RES/1373\(2001\)](https://undocs.org/S/RES/1373(2001)) (28.7.2021).

https://diabgm.adalet.gov.tr/arsiv/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_17.pdf (12.11.2021).



HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SUÇUN YAPISI İÇERİSİNDEKİ YERİ VE MUHTEVASI

(*Justified Causes in the context of Criminal Act and the Contents thereof*)

Arş. Gör. Dilek Özge UĞRAŞ¹

ÖZ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısındaki yeri günümüzde özellikle Türk hukukunda halen tartışmalı olmakla beraber meselenin esasen suçun ikili ve üçlü ayrımı içerisinde mütalaa edildiğini söylemek mümkündür. Bu kapsamda doktrinde bazı yazarlarca ikili ayırım esas alınarak hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin menfi şartları olarak değerlendirilmekte, üçlü ayrımı esas alan yazarlarca ise bağımsız bir unsur altında incelenmektedir. Bu nedenlerin suçun yapısında nerede yer aldığı kadar ve belki de daha fazla problemlili olan diğer bir mesele de bu nedenlerin muhtevasına ilişkindir. Bu soruna ilişkin olarak ise doktrindeki görüşleri hukuka uygunluk nedenlerini salt objektif nitelikte kabul eden yaklaşımlar ile bu nedenlerin aynı zamanda subjektif unsura sahip olduğunu kabul eden yaklaşımlar olarak ikiye ayırmak mümkündür. İşte bu çalışmada önce hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri incelendikten sonra bu nedenlerin hangi temel unsurlardan oluştuğu ve bunların kapsamı ile yokluğuna bağlanan hukuki sonuçlar hakkında doktrinde ileri sürülen görüşlerin açıklanmasına gayret edilecektir.

Anahtar Kelimeler: Hukuka uygunluk nedenleri, subjektif unsur, elverişsiz teşebbüs, kast, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısı.

ABSTRACT

Although the place of justification causes in the structure of the offence is still -especially in Turkish law- controversial, it is possible to claim, that the issue is mainly considered within the dual and triple structural distinction of the offence. In this context, justification causes are evaluated as the negative elements of the typical act by the authors, who adopted

1 ORCID: 0000-0002-2226-7369 Araştırma Görevlisi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ozge.erdem@asbu.edu.tr

mainly the dual theory. On the other hand, the authors, who adopted the theory of triple structure of the offence mainly examine justification causes under an independent element. As much as where these reasons are structured in formation of an offence and perhaps more problematic, is the content of these causes. Regarding this problem, it is possible to divide the views in the doctrine into two; while the first approach accepts them as purely objective; the opposite view acknowledges, that these reasons also have a subjective element. Hereby, in this study, firstly, after examining the place of justification causes in the structure of the criminal offence, it will be tried to explain the basic elements of these reasons and the legal consequences related to their scope and absence.

Keywords: Justification causes, subjective element, impossible attempt, intent, the structure of justification causes.

GİRİŞ

Hukuka aykırılık ilk olarak 1870'li yıllardan itibaren suçun genel unsurları içinde değerlendirilmeye başlanmıştır.² Bu kavramla en genel tabiriyle belirli bir davranışa hukuk düzenince izin verilmemesi ifade edilmektedir. Günlük hayatta kişinin, öngörülen davranış modeline aykırı hareket etmesi halinde, davranışın mazur görülmesini sağlayan istisnai mazeret nedenlerine benzer şekilde; hukuk düzenince kural olarak izin verilmeyen fiiller hakkında söz konusu olan ve hukuk düzeniyle çatışan davranış biçimine izin verilmesini ve hatta bunların emredilmesini³ (örneğin kamu görevlisinin görevinin gereklerini yerine getirme zorunluluğu kapsamında kişiyi hürriyetten yoksun kılması), sağlayan bu nedenler, hukuka uygunluk nedenleri olarak kabul edilmektedir.⁴ Bu anlamda *“hukuka aykırılık, işlenen ve kanuni tarife uygun bulunan bir fiile hukuk düzenince cevaz verilmemesi, bu fiilin mubah sayılmaması, yalnız Ceza hukuku ile değil, bütün hukuk düzeni ile çelişki ve çatışma içinde bulunması demektir.”*⁵

Fiilin hukuka aykırı kabul edilmesini engelleyen hukuka uygunluk nedenlerinin, suçun yapısı içerisinde bağımsız bir unsur niteliği taşıyıp taşımadığı bugün halen özellikle Türk hukukunda tartışmalı bir konu olmaya devam etmektedir. Bu kapsamda doktrinde ileri

2 HIPPEL Robert von, *Deutsches Strafrecht Band II*, Heidelberg 1971, § 16 Kn. 2.

3 HIPPEL, § 16 Kn. 5.

4 Detaylı bilgi için bkz. SCHMIDHÄUSER Eberhard, *Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, s. 77 vd.

5 DÖNMEZER Sulhi /ERMAN Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku*, Genel Kısım, C. II, İstanbul 2015, s. 1, 2.

sürülen görüşleri; hukuka uygunluk nedenlerini suçun maddi unsuru kapsamında fiilin yapısında inceleyen ve bu nedenlere bağımsız unsur niteliği tanıyan görüşler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ancak özellikle hukuka uygunluk nedenlerini bağımsız hukuka aykırılık unsuru altında inceleyen yazarlarca da bu nedenlerin muhtevasına ilişkin yoğun tartışmalar söz konusudur. Hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif/maddi unsurlardan oluştuğunu savunan yazarların yanı sıra bazı yazarlarca failin ayrıca hukuka uygunluk kastıyla hareket etmesi, sübjektif unsurun varlığı aranmaktadır. Türk hukukundan farklı olarak Alman hukukunda sübjektif unsurun varlığı bugün belirgin hâkim görüşü teşkil etmekle birlikte, bu unsurun kapsamı ve hukuki neticesi konusunda farklı görüşlerin bulunduğunu söylemek mümkündür. Türk hukukunda sübjektif unsurun varlığını savunan yazarlarca ağırlıklı olarak kast aranmakta ve unsurun yokluğu halinde teşebbüs hükümlerince cezai sorumluluğun doğacağı belirtilmektedir. Alman hukukunda ise kastın kapsamına ilişkin yoğun tartışmalar olduğu gibi, unsurun yokluğuna bağlanan hukuki netice kapsamında da tamamlanmış suçun varlığını savunanların yanı sıra bu halde cezasızlık sonucuna varan yazarlar da bulunmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle hukuka uygunluk nedenlerinin ve hukuka aykırılığın suçun yapısı içerisindeki yeri incelenecek, ardından hukuka uygunluk nedenlerinin muhtevasına ve bu anlamda sübjektif unsuru ile buna bağlanan hukuki neticelere ilişkin görüşler, Alman ve Türk hukuku karşılaştırması ışığında incelenecektir.

I. HUKUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN SUÇUN YAPISINDAKİ YERİ

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerini Tipikliğinin İçinde Değerlendiren Görüş

Suçun esas itibarıyla maddi ve manevi olmak üzere iki unsurdan oluştuğunu savunan bazı yazarlarca, hukuka uygunluk nedenlerinin, fiilin negatif unsurlarını teşkil ettiği belirtilmektedir. Hukuka uygunluk nedenlerini bu şekilde fiilin menfi unsuru olarak tespit eden görüş “tipikliğinin negatif unsurları teorisi”⁶ olarak adlandırılmaktadır.⁷

6 Teorinin Adolf Merkel tarafından geliştirildiği belirtilmiştir bkz. MERKEL Adolf, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, s. 82; ROXIN Claus, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, München 2006, § 10 Kn. 14.

7 EKİCİ ŞAHİN Meral, *Ceza Hukukunda Rıza*, İstanbul 2012, s. 66.



Buna göre suçun maddi unsurlarıyla ifade edilen kanuni tipte belirlenmiş olan fiildir. Kanuni tipte belirlenmiş olan fiilin tespiti ise yalnızca doğrudan suçun düzenlendiği normun incelenmesiyle elde edilemez. Tipik fiilin tespitinde bütün ceza normları göz önünde bulundurulmalıdır. Bu anlamda örneğin “*kasten bir insanı öldürmek*”ten söz edildiğinde, bu suç meşru savunmaya ilişkin hükümle birlikte değerlendirilerek “*kasten bir insanı meşru savunma halinde bulunmaksızın öldürmek*” olarak anlaşılmalı; yasaklanan fiil hukuk sisteminin bütünüyle ortaya konulmalı ve hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması da aranmalıdır.⁸ Kanun koyucu emir normunu düzenlerken, emrin istisnası olarak izin verilen durumları (hukuka uygunluk nedenlerini), normla getirilen yasağın sınırlarını çizecek şekilde en başta göz önünde bulundurmuştur.⁹ Fiilin bu şekilde tespiti, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının da tipikliğin normatif yapısında yer alması gereken bir unsur olduğunu ortaya koymaktadır. Bir diğer deyişle, suçun maddi unsurunu teşkil eden tipik fiil; hareket, netice ve nedensellik bağı olmak üzere bulunması gereken (müspet) ve hukuka uygunluk nedenlerinin yokluğu şeklinde bulunmaması gereken (menfi) unsurların bir araya gelmesiyle oluşmaktadır.¹⁰

Hukuka aykırılığın bağımsız bir unsur niteliğinde olmadığı yönündeki bu görüş, hukuka aykırılığın suçun bir unsuru değil özü olduğunu, esas itibarıyla iki şey arasındaki ilişki konusunda verilen bir yargıdan, değerlendirmeden; yani fiilin bir hukuk kuralı ile çatışma halinde olduğu konusundaki yargıdan ibaret olduğunu belirtir.¹¹ Ancak bir yandan hukuka aykırılığı fiilin menfi unsuru olarak değerlendirirken diğer yandan bunun fiilin hukuk düzeniyle çatışmasına ilişkin bir yargı olduğu belirtildiğinde; fiil hakkında yürütülen değerlendirmenin aynı zamanda fiilin bir unsuru olduğu şeklindeki tereddütlü sonuca ulaşılır. Zira bir yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunması en başta fiilin kurucu menfi unsuru olarak ortaya çıkmasına engel olurken, diğer yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmasıyla söz konusu olan

8 GÜNGÖR Devrim, *Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata*, Ankara 2007, s. 67; LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/TIEDEMANN Klaus /*Römau, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 2, Berlin 2006, Vor. § 32 Kn. 11; RENGIER Rudolf, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, München 2020, § 30 Kn. 18; HAFIZOĞULLARI Zeki, *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara 1996, s. 275 vd.

9 JESCHECK Hans-Heinrich/Weigend THOMAS, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, Berlin 1996, s. 249

10 TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara 2010, s. 116; GÜNGÖR, s. 56.

11 TOROSLU, *Genel*, s. 111; KATOĞLU Tuğrul, *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık*, Ankara 2003, s. 156 vd.

“hukuka uygunluğun”, mevcut olmayan bir fiilin, hukuk düzeniyle ilişkisine dair bir değerlendirmeyi ifade etmesi söz konusu olacaktır. Nitekim doktrinde tipikliğin menfi şartları teorisi kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiilin gerçekleştirilmesine izin verilen haller olarak anlaşılması eleştirilmiş, hukuka uygunluk nedeninin varlığıyla hukuken izin verilen fiilin esas itibariyle yasaklanmayan davranıştan hiçbir farkının bulunmadığı, zira her iki halde de temel gereklilik olarak norma aykırı hareketin bulunmadığı belirtilmiştir.¹² Bu kapsamda, örneğin meşru müdafaa halinde saldırganın öldürülmesiyle, bir sineğin öldürülmesi ceza hukuku açısından aynı değerlendirmeye tabidir.¹³ Zira her iki halde de başından itibaren normla yasaklanan bir fiil bulunmamaktadır.

Bu görüşün tereddüt uyandıran bir diğer noktası, özellikle rıza hususunda ortaya çıkan işlev farklılığının anlamını yitirecek olmasıdır. Zira, ilgilinin rızası bazı suçlar bakımından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirken bazı diğer suçlar bakımından ise (örneğin konut dokunulmazlığını ihlal, güveni kötüye kullanma suçlarında olduğu gibi) tipik fiili ortadan kaldıran bir durumdur.¹⁴ Ancak hukuka uygunluk nedenleri zaten tipik fiilin bulunmaması gereken negatif unsurları olarak kabul edildiğinde ayrıca böyle bir ayrıma gidilmesi de manasız olacaktır. Bu tezin savunucuları tarafından da bir yandan hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması fiilin negatif unsuru olarak kabul edilirken,¹⁵ diğer yandan rızanın tipikliğin bir unsuru ya da hukuka uygunluk nedeni olarak iki ayrı işleve sahip olduğunun belirtilmesi¹⁶ kendi içerisinde çelişkiye neden olmaktadır.

Suçu ikili ayrıma göre inceleyen bazı yazarlarca tipiklik ve hukuka aykırılık arasındaki ayrımın yalnızca kanun yapma tekniği açısından var olduğu ifade edilmiştir.¹⁷ Bu görüşteki yazarlarca tipikliğin menfi şartları teorisiyle ifade edilen, bütünsel haksızlık tipi (die Lehre vom Gesamtunrecht) anlayışıdır. Haksız tip, fiilin bulunması gereken pozitif

12 FREUND Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 2009, s. 81, Kn. 24; FREUND Georg / ROSTALSKI Frauke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Berlin 2019, s. 97 Kn. 24, 25.

13 FREUND/ROSTALSKI, s. 97, 98 Kn. 24, 25.

14 Detaylı bilgi için bkz EKİCİ ŞAHİN, s. 104-106.

15 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 116.

16 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 164.

17 KINDHÄUSER Urs, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2009, § 29 Kn. 20; KINDHÄUSER Urs ZIMMERMANN Till, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Baden-Baden 2020, § 29 Kn. 20; KAUFMANN Arthur, *Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag*, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, 185 (194ff.).

unsurları ve bulunmaması gereken (hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı) negatif unsurlarından bir araya gelerek oluşur. Pozitif unsurların bulunması haksızlığa vücut verirken, aynı zamanda negatif unsurların bulunması halinde bu haksızlık ortadan kalkar.¹⁸ Bu görüşe göre, tipiklik yalnızca suç tipine özgü unsurları değil hukuka aykırılığı ilgilendiren tüm unsurları bütüncül olarak kapsar.¹⁹ Bu nedenle bütünsel bakış açısıyla hukuka uygunluk nedenleri tipik fiilin içerisinde mütalaa edilmelidir, zira ancak bunların yokluğu halinde fiilin hukuka aykırılığına ilişkin nihai değerlendirmenin yapılabilmesi mümkündür.²⁰ Tipikliğin menfi unsurları teorisi, tipikliğin salt norma aykırılık olarak hukuki menfaati ihlal eden hareketin soyut bir değerlendirmesinden ibaret olmadığını, fakat aynı zamanda somut fiilin değersizliği hakkında nihai bir yargıyı (Unwerturteil) da ihtiva ettiğini belirtir.²¹

Hukuka uygunluk nedenlerini tipik fiilin negatif unsurları olarak mütalaa eden teori böylelikle hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması halinde yalnızca failin fiilinin artık hukuka aykırı olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını değil fakat, başından itibaren tipik fiilin bulunmadığını ifade etmektedir.²² Bu anlayış çerçevesinde hukuka uygunluk nedenleri artık fiile izin verilen istisnai durumlara ilişkin “izin normu” olmamakta, başından itibaren yasaklanmayan bir davranış söz konusu olmaktadır.²³ Tipiklik ve hukuka aykırılık tek bir

18 KINDHÄUSER/ZIMMERMANN, § 29 Kn. 20.

19 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

20 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

21 JESCHECK/WEIGEND, s. 249.

22 WELZEL Hans, *Das deutsche Strafrecht*, Berlin 1969, s. 80, 81.

23 KATOĞLU bu değerlendirmeyi şu sözlerle ifade etmektedir: “Hukuka uygunluk nedenleri söz konusu olduğunda, suçun maddi ve manevi unsurları dış dünyada varolurlar, ancak hukuk düzeni, başından itibaren bunların suç teşkil etmeyeceğini önceden ilan etmiştir... Kuşkusuz hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı halinde, maddi ve manevi unsur da varlığını korumakla birlikte, fiil suç teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, suç teşkil eden fiilleri suç teşkil etmeyen fiillerden ayırmak için hukuka aykırılık kavramının suçun içine bir unsur olarak yerleştirilmesi gerekli değildir.” (Katoğlu, s. 141, 142). Yazar bu şekilde, hukuka uygunluk nedenlerinin var olması halinde de olgusal olarak fiilin varlığını kabul etmekte, tipikliğin negatif unsurları teorisinden uzaklaşmaktadır. Ancak olgusal olarak var olan bu fiilin suç teşkil etmeyeceği belirtilerek, bu teoriyle aynı sonuca ulaşılmaktadır. Zira artık suçun var olmayacağı kabul edildiğinde söz konusu fiil olgusal olarak var olmakla birlikte, günlük yaşam içerisinde gerçekleştirilen herhangi alelade bir fiilden farklı olmayacaktır. Kanaatimizce zaten, suç teşkil eden fiilleri, suç teşkil etmeyen fiillerden ayırmak için başvurulan yöntem hukuka aykırılığın suçun içine bir unsur olarak yerleştirilmesi değil, bu fiillerin ihlal ettiği hukuki değerler itibarıyla ceza normlarında suç tipi olarak düzenlenmesidir; kanun koyucunun bu fiilleri ceza normlarında düzenlemesindeki etken ise fiillerle ihlal edilen hukuki menfaatler ve bu ihlalin yoğunluğudur. Nitekim ceza hukukunun meşruiyetinin kaynağı ve fonksiyonu da tam olarak hukuki menfaatlerin korunmasıdır (WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Heidelberg 2018, § 1 Kn. 9).



bütünsel haksızlık yapısı içerisinde erimekte, suçun yapısal unsurları ise bu şekilde; tipik haksızlık ile kusur şeklinde iki aşamalı olarak tespit edilmektedir.²⁴

B. Hukuka Aykırılığı Bağımsız Bir Unsur Olarak Kabul Eden Görüş

Bugün hem Alman hukukunda²⁵ hem de Türk hukukunda²⁶ ağırlıklı olarak hukuka aykırılığın, suçun tipik fiilden ayrı, bağımsız bir unsuru niteliğine sahip olduğu kabul edilmektedir. Bu görüşe göre hukuka aykırılık ve tipiklik birbirinden bağımsız niteliktedir; tipe uygunluk belirlenirken fiil, yalnızca ceza hukuku bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmaktayken, hukuka aykırılık değerlendirilmesine tabi tutulurken hukuk düzeninin birliği ilkesi gereğince tüm hukuk düzeniyle ilişkisi incelenmektedir.²⁷

Hukuka aykırılığı, tipikliğin ya da fiilin menfi unsurları olarak değerlendiren görüşler birçok yönden eleştirilmiştir. Her şeyden önce haklı olarak, daha önce de işaret edildiği gibi bir şeyin diğerinin içerisinde

24 ROXIN § 10 Kn. 15.

25 ROXIN § 10 Kn. 19; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 6 Kn. 1 vd.; KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 1997, s. 127; OTTO Harro, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2004, § 8 Kn. 2 vd.; MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, München 2020, s. 57; KREY Volker /ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2016, § 10 Kn. 255 vd.; KINDHÄUSER/ZIMMERMANN Rn- 12b; HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2019, Kn. 87 vd.; GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2015, s. 177 Kn. 24 vd.; FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2018 § 7 Kn. 9; HAUF Claus-Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil** Kurzlehrbuch, Heusenstamm 2001, s. 29; KASPAR Johannes, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2017 § 5Kn. 1 vd.; BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, Baden-Baden 2018, s. 212 vd.; BOCK DENNIS, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2018, s. 106, 107; PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, Baden-Baden 2016, s. 98 vd.; BOCKELMANN Paul, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 1975, 31, 32; Avusturya hukuku hk. bkz. FUCHS Helmut, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2008, s. 79 vd.; SEILER Stefan, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2007, § 4 Kn. 297.

26 ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973, s. 95; HAFIZOĞULLARI Zeki/ ÖZEN Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014, s. 163-165; KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015, s. 251 vd.; ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020, s. 277; DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013, s. 200; ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992, s. 213, 214; İÇEL Kayıhan/SOKULLU-AKINCI Füsün/ÖZGENÇ İzzet/SÖZÜER Adem / MAHMUTOĞLU Fatih S./ÜNVER Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 2000, s. 98; ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019, s. 313; DÖNMEZER/ERMAN, s. 2 vd.; Hukuka aykırılığı cezalandırılma unsuru olarak kabul eden görüşler bkz. EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997, s. 57; TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul 1949, s. 395 vd.

27 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 181; EISELE Jörg /HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2020, s. 81 Kn. 201; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 252.



yer aldığını söyleyebilmek için bunlardan birinin ortadan kalkması halinde diğerinin de varlığını kaybedeceğini ispat etmek gerekir.²⁸ Fiilin bulunmaması halinde hukuka aykırılık değerlendirmesinin konusunun ortadan kalkacağı doğrudur; ancak aksini, hukuka aykırılığın bulunmadığı durumda hareket, netice ve nedensellik bağından husule gelen fiilin de artık bulunmayacağını söylemek mümkün değildir.²⁹ Zira meşru müdafaa halinde gerçekleştirilmiş olduğunda da bir insanın öldürülmesi fiili, suçun maddi unsuru mevcuttur.³⁰ Olayda meşru müdafaanın bulunması yalnızca fiilin hukuka aykırı olarak değerlendirilmesine engel olmakta, fiilin varlığına tesir etmemektedir.

İkili ayırım çerçevesinde kabul edilen hukuka uygunluk nedeni halinde suç fiilin başından itibaren mevcut olmayacağı isabetli bir kabul değildir. Nitekim meşru müdafaa halinde de olsa bir insanın öldürülmesiyle bir sineğin öldürülmesi hukuk nezdinde aynı değersizliğe sahip değildir. Sineğin öldürülmesi, hiçbir izin normuna ihtiyaç duymaksızın hukuka uygun bir davranıştır. Ancak bir insanın öldürülmesi ancak bağımsız karaktere sahip izin normunun bulunması halinde meşruluk kazanır. Bir diğer deyişle, tipik olmayan davranış ile hukuka aykırı olmayan davranış aynı şey değildir. Tipik olmayan davranış ceza hukukunu ilgilendiren bir fiil teşkil etmez ve ceza hukuku alanının dışında kalır³¹ ancak özel hukuk bakımından hukuka aykırı niteliğe sahip olabilir ve özel hukuka özgü müeyyidelerin uygulanmasına neden olabilir.³² Buna karşın hukuka uygun olan davranışın ne ceza hukuku ne de hukukun başka bir alanı bakımından müeyyide uygulanmasına esas olması mümkün değildir.

Yine ikili ayırma dayanan teoriler hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının tipik fiilin ortaya çıkmasına en başından engel olduğunu savunurken, bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde failin fiilinden zarar gören kişilerin bu fiile katlanma yükümlülüğünü açıklayamamaktadır.³³ Hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde bu fiile karşı hukuka uygunluk nedeninin varlığının ileri sürülemeyeceği (örneğin meşru müdafaaya karşı meşru müdafaa olamayacağı) düşünüldüğünde, kendisine karşı meşru müdafaa gerçekleştirilen kişinin katlanma yükümlülüğü ancak, izin normlarının somut olayda

28 DÖNMEZER/ERMAN, s. 4.

29 KASPAR § 5 Kn. 10.

30 DÖNMEZER/ERMANs. 4; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.

31 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 194.

32 ROXIN § 10 Kn. 21.

33 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.

savunma şeklindeki saldırı hakkını tanıyan bağımsız karakteriyle açıklanabilmektedir.³⁴ Buna karşın tipik olmayan bir davranışla karşılaşan kişiye ait hukuki değer ihlali söz konusu olmayacağı için herhangi bir katlanma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.³⁵ Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedeninin varlığının en başından tipik fiilin ortaya çıkmasını engellediği kabul edildiğinde, hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden kişinin davranışıyla ortaya çıkan hukuki değer ihlaline katlanma yükümlülüğü açıklanamamaktadır. Zira, hukuka uygunluk nedeninin bulunması halinde de fiil ile bir hukuki menfaat ihlal edilmektedir. Örn. meşru müdafaa halinde bir insanı öldüren kişi de yaşam hakkına müdahale etmektedir. Yalnızca hukuk düzeni bu hak ihlaline istisnai olarak izin vermektedir. Oysaki en başından tipik fiil mevcut olmasaydı herhangi bir hukuki menfaate müdahalenin de mevcut olmaması gerekirdi. İşte bir sineğin öldürülmesinde tipik bir fiilin mevcut olmaması nedeni de tam olarak bu halde herhangi bir hukuki değer ihlal edilmiyor olmasıdır. Ancak bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde hukuki menfaate müdahale edilmesine rağmen, hukuk düzeni müdahale edilen değer ile korunması amaçlanan değer arasındaki dengede, korunması amaçlanan değere üstünlük tanıyarak, kendisine ait hukuki değere müdahale edilen kişiye bu müdahaleye katlanma yükümlülüğü yüklemektedir.

Hukuka aykırılığın tipiklik içerisinde değerlendirilmesi kanunilik ilkesi karşısında da hatalıdır. Zira ceza hukukunda hâkim olan kanunilik ilkesi (nullum crimen, nulla poena sine lege) gereğince tipikliğin maddi nitelikteki unsurları ancak kanunla düzenlenebilir³⁶ (TCK m. 2, Ay. m. 38). Tipik fiilin unsurlarından farklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin örf ve adet hukukundan da kaynaklanabilmesi mümkündür.³⁷ Hukuka uygunluk nedenleri ceza hukukuna özgü nitelikte değildir, hukuk düzeninin bütününden kaynaklanabilir ve ceza hukuku dışındaki normlarda da yer alabilirler.³⁸ Bu nedenlerin yorumlanmasında hâkim normun lafzıyla sınırlı olmayıp kanunun amacını, hukukun genel prensiplerini de göz önünde bulundurmalıdır.³⁹ Yine tipikliğin maddi unsurlarından farklı olarak, ceza hukuku dışındaki

34 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 5 Kn. 191.

35 ROXIN § 10 Kn. 23.

36 Detaylı bilgi için bkz. KARGL Walter, *Strafrecht Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit*, Baden-Baden 2019, s. 200 vd.

37 ROXIN § 5 Kn. 42; TOROSLU, *Genel*, s. 46.

38 ROXIN § 5 Kn. 42.

39 ROXIN § 5 Kn. 42.

normlarda düzenlenmiş olan ya da örf ve adet hukukundan kaynaklanan hukuka uygunluk nedenleri hakkında kıyas yasağı da geçerli değildir.⁴⁰

Tipik fiil; haksızlık üzerindeki yargıdan farklı olarak her bir suça özgü (örneğin hırsızlık suçunu hırsızlık suçu, dolandırıcılığı dolandırıcılık yapan), fiilin cezaya layık görülmesinin esasını oluşturan unsurları⁴¹, bir diğer deyişle suçun maddi haksızlık içeriğini⁴² ihtiva eder. Tipiklik, soyut olarak düzenlenen ve bireylerin riayet etmesi gereken davranış kuralları ve yasakları göz önüne serer; hukuk bilincini etkileyerek ve caydırıcı bir etki göstererek genel önleyici fonksiyon üstlenir.⁴³ Tipikliğin unsurlarından farklı olarak hukuka uygunluk nedenleri ise, münferit suç tiplerine özgü olmayıp uygulanma alanı bulunan her suç için geçerlidir.⁴⁴ Yine tipiklikten farklı olarak haksızlık üzerine varılan yargı (hukuka aykırılık), soyut olarak suç tipine ilişkin değil, fakat somut olarak gerçekleşen olgunun sosyal zararlılığına ilişkin somut bir değerlendirmeyi ve netice itibariyle karşı karşıya gelen hukuki menfaatler arasındaki bir karşılaştırmayı, değerlendirmeyi ihtiva eder.⁴⁵

Haksızlık kapsamında yapılacak inceleme her zaman iki aşamadan oluşan bir değerlendirmeyi gerektirir; ilk olarak hareketin belli bir hukuki değeri ihlal edip etmediği -tipiklik- ve daha sonra bu ihlalin genel değerlendirmede ortadan kalkmasına neden olacak başka bir hukuki değer korunmasının söz konusu olup olmadığı -hukuka uygunluk nedeninin varlığı- incelenecektir.⁴⁶ Burada iki farklı hukuki değer karşı karşıya gelmesi, üstünlük tanınan değer karşılarında ilk aşamada tespit edilen ihlalin bastırılması söz konusu olmaktadır.⁴⁷ Ölçülülük ve gereklilik ilkeleri çerçevesinde yapılacak olan bu karşılaştırma, yasak normunun genel bir sınırını teşkil etmemekte; daha ziyade münferit değer içeriğiyle somut olayda yasak normuyla karşı karşıya gelmektedir.⁴⁸ İhlalin tespit edildiği ilk aşamada haksızlığın varlığı üzerine geçici bir yargıya varılmakta, haksızlığın varlığına ilişkin nihai değerlendirme ise ancak bu ihlalin aynı zamanda hukuka aykırı olması halinde söz konusu olmaktadır.⁴⁹

40 ROXIN § 5 Kn. 42 dn. 71.

41 ROXIN § 10 Kn. 20; JESCHECK/WEIGEND, s. 245.

42 JESCHECK/WEIGEND, s. 245.

43 ROXIN § 10 Kn. 20.

44 ROXIN § 10 Kn. 20.

45 ROXIN § 10 Kn. 21; JESCHECK/WEIGEND, s. 250.

46 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 77, 78.

47 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 77, 78.

48 JESCHECK/WEIGEND, s. 250.

49 SCHMIDHÄUSER, FS Lackner, s. 78.

Şu halde bugün hâkim görüş olarak kabul edilen⁵⁰, hukuka aykırılığı suçun münferit bir unsuru olarak inceleyen görüşler çerçevesinde suç, ağırlıklı olarak tipik fiil (tipiklik), hukuka aykırılık ve kusur unsurlarına ayrılarak incelenmektedir. Suçun tipiklik unsuru da kendi içerisinde maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurlardan oluşmaktadır. Tipikliğin maddi unsurlarını fiil ve bu anlamda suçun maddi konusu gibi fiilin bilinmesi gereken tüm unsurları oluşturmaktayken, ikili ayırmada kusurluluk altında incelenen kast veya taksir, tipikliğin manevi (sübjektif) unsurunu oluşturmaktadır. Doktrinde tipiklik ve hukuka aykırılık unsurunun ilişkisine yönelik farklı görüşler de bulunmakla birlikte tipikliğin gerçekleşmesi, tipik fiilin aynı zamanda hukuka aykırılığına dair bir karine teşkil etmektedir.⁵¹ Tipiklikle, hareketin suç normunda düzenlenen soyut fiile uygunluğu ve buna bağlı olarak ceza hukukuyla ilişkisi tespit edilirken,⁵² tipik fiilin tüm hukuk düzeniyle ilişkisinin saptanması hukuka aykırılık unsuru altında incelenmektedir.⁵³ Hukuka aykırılık unsurunun da saptanması halinde haksızlık unsurunun gerçekleştiği kabul edilmekte, tipiklik (Tatbestandsmäßigkeit) ve hukuka aykırılık (Rechtswidrigkeit) haksızlığın (Unrecht) unsurlarını teşkil etmektedir.⁵⁴ Fail hakkında ceza müeyyidesinin uygulanabilmesi için ise gerçekleştirilen haksızlık için ayrıca sorumlu tutulabilmesi gereklidir, bunun ise en önemli şartını failin kusuru (tipik fiilin faile sübjektif olarak isnat edilebilirliği) (Schuld) teşkil etmektedir.⁵⁵ Tipik haksızlığın değerlendirme konusunu fiil oluştururken, kusur incelemesinin merkezinde fail bulunmaktadır.⁵⁶

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİNİN YAPISI VE BUNLARA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri tespit edildikten sonra önemli bir sorunu da hukuka aykırılık unsurunun muhtevası oluşturmaktadır. Bu kapsamda, hukuka uygunluk nedenlerinin salt objektif unsurlardan mı meydana geldiği yoksa ayrıca

50 Bkz. dn. 24, 25.

51 BOCKELMANN, tipikliğin hukuka aykırılığa karine teşkil etmediği fakat onun temelini teşkil ettiğini ifade eder; zira hukuka aykırılık gerçekleşmeden de tipiklik gerçekleşebilir fakat tipikliğin gerçekleşmediği durumda artık hukuka aykırılıktan söz edilemez, bkz. BOCKELMANN § 10 Kn. 3.

52 ROXIN § 7 Kn. 61.

53 ROXIN § 7 Kn. 64.

54 ROXIN § 7 Kn. 64.

55 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 13 Kn. 620; ROXIN § 7 Kn. 71.

56 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 13 Kn. 620.

failin buna ilişkin sübjektif durumuna hukuki bir sonucun bağlanıp bağlanamayacağı tespit edilmelidir.

Türk hukukunda da hâkim konumunda olan görüşe göre, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi olarak somut olayda gerçekleşmiş olması, bunların uygulanma alanı bulması için yeterli olup, bu nedenler objektif etkiye sahiptir.⁵⁷ Özellikle Alman hukukunda⁵⁸ hâkim konumunda olan ve bugün Türk hukukunda da önemli ölçüde taraftar bulan diğer görüşe göreyse⁵⁹, hukuka uygunluk nedeninin salt objektif olarak var olması, failin hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket ettiğinin kabulü için yeterli değildir, aynı tipiklik unsurunda olduğu gibi bu unsur da kendi içerisinde maddi (objektif) ve manevi (sübjektif) unsurların bir araya gelmesinden oluşur. Failin, ayrıca sübjektif olarak hukuka uygunluk nedeninin varlığının bilgisiyle hareket etmesi gereklidir⁶⁰.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarını kabul eden yazarlar arasında da bu unsurların bulunmamasına bağlanan hukuki sonuçlara ilişkin farklı görüşler ileri sürülmektedir; bazı yazarlar burada failin teşebbüsten⁶¹ sorumlu olması gerektiğini savunurken diğer bazı yazarlar failin tamamlanmış suçtan⁶² sorumlu olması gerektiğini belirtmektedir.

Failin olayda hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı inancıyla hareket ettiği fakat maddi olarak bu nedenlerin bulunmadığı hallerde ise, hukuka

57 GÜNGÖR, s. 63; TOROSLU, *Genel*, s. 141; DÖNMEZER/ERAN, s. 21; DEMİRBAŞ, s. 262; KANGAL Zeynel, *Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu*, Ankara 2010, s. 203; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212; EREM/DANIŞMAN/ARTUK, s. 551; ÖNDER, s. 222; EKİCİ ŞAHİN, s. 175, 176; İÇEL ve diğerleri, s. 125; DURSUN Selman/BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", *İÜHFİM*, C. 83, S. 1, Y. 2015, s. 85 vd.

58 Alman hukukunda istisnai bazı yazarlar tarafından hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu da savunulmaktadır bkz. JÄHNKE Burkhard /LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/ODELSKY Walter/*Spindel*, *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, Band 2, Berlin 2003, Vor. § 32 Kn. 138 vd.

59 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ, s. 281; GÖKTÜRK Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?", *CHD*, S. 27, Nisan 2015, s. 15 vd.; Özgenç, s. 321.

60 Esas itibarıyla doktrinde bugün Alman hukukunda yalnızca *Spindel* tarafından (bkz. dn. 57 hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu görüşünün savunulduğu kaydedilmektedir (WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; ROXIN § 14 Kn. 96).

61 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417; JESCKECK/WEIGEND § 31 IV 2, RENGIER § 17 Kn. 18; ROXIN § 14 Kn. 102; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90; KASPAR § 5 Kn. 165; KUDLICH Hans, "An den Grenzen der Notwehr", *JA* 2014, 587 (587 vd.); ÖZGENÇ, s. 487; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257; GÖKTÜRK, s. 28.

62 LK-StGB/*HIRSCH* 2003 Vor. § 32 Kn. 126; HEINRICH Kn. 326; RÜCKERT Christian, *Anm. BGH*, *Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, NSStZ* 2016, 334 (334 vd.).

uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin hata söz konusu olup mesele TCK'nın hataya ilişkin m. 30/3 "*ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen, bu hatasından yararlanır.*" hükmü kapsamında çözülmelidir.⁶³ Doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, hükümde geçen "*hataya düşülmesinin kaçınılmaz olması*" ifadesi, failin hataya düşmekte kastının ya da taksirinin bulunmaması olarak anlaşılmalıdır.⁶⁴ Failin hataya taksirli olarak düştüğü, hukuka uygunluk nedenlerinin varlığı konusunda hatasının dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılıktan kaynaklandığı hallerde artık suçun taksirli şekli kanunda düzenleniyorsa taksirli şeklinden kaynaklanan sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁶⁵

Aşağıda hukuka uygunluk nedenlerinin unsurlarına ilişkin doktrinde savunulan görüşlere detaylı olarak yer verilecek, bunlara bağlanan hukuki sonuçlar açıklanacaktır.

A. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sübjektif Unsurlarının Varlığını Kabul Eden Görüşler

1. Sübjektif Unsurların Hukuki Esası

a. Kanunun Lafzından Yola Çıkan Görüş

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının bulunduğunu savunan yazarlarca bu nedenlerin hukuki esasına ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden ilki hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının Alman Ceza Kanunu'nun münferit hükümlerinin

63 DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 64 dn. 2.

64 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 284; GÜNGÖR, s. 69, 70.

65 GÜNGÖR, s. 70; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 284; ÖZGENÇ, s. 488; Yargıtay Ceza Genel Kurulu 07.11.2019T.2018/27E.2019/644K.: "*eşi ve iki çocuğuyla birlikte yaşayan sanığın, etrafı duvarla çevrili sitede bulunan 3 katlı müstakil evinin birinci katında yer alan yatak odasında, eşi maktul ile bulunduğu sırada, pencereden ses gelmesi üzerine, yanında yatan eşi maktulün yatakta bulunup bulunmadığını kontrol etmek, ışığı açarak odayı aydınlatmak, işittiğini belirttiği sesin geldiği yöne seslenmek gibi basit bir dikkat veya özenli davranış göstermiş olması durumunda, kendisine yönelmiş bir saldırının bulunmadığını anlayabilecek durumda olmasına karşın, herhangi bir uyarıda bulunmadan, dışarıdan sızan ışığın etkisi ile alaca karanlık olan yatak odasında, yastığının altında muhafaza ettiği yarı otomatik tabancayı eline alıp 13 kez ateşleyerek yaklaşık 4 metre mesafedeki maktulü her biri öldürücü nitelikte 3 isabetle yaralayarak öldürmüş olması karşısında; sanığın daha dikkatli ve özenli davranması durumunda ateş ettiği kişinin, kendisine yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırı içindeki bir hırsız olmadığını anlayabileceği, bu nedenle sanığın bu hatasının kaçınılmaz nitelikte bir hata olmadığı, sanığın TCK'nın 30. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlere ait koşulların gerçekleştiği hususundaki hata hükmünden yararlanamayacağı kabul edilmelidir.*"

lafzından anlaşıldığını ileri sürmektedir.⁶⁶ Nitekim meşru müdafaaya ilişkin § 32 II StGB hükmünde kullanılan “saldırımı önlemek amacıyla” anlamına gelen “um einen Angriff...abzuwenden”⁶⁷ ifadesi gibi failin amacına yönelik ifadeler hukuka uygunluk nedenlerini düzenleyen birçok hükümde yer verilmiştir.⁶⁸ Bu görüşe göre, münferit hukuka uygunluk nedenlerinde yer verilen bu ifadelerle, kanun koyucu hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin olarak, kanunen düzenlenmiş olanların dışındakileri de kapsayan şekilde, sübjektif bir unsurun aranması gerektiği yönünde genel bir bakış açısı, hukuki değerlendirme ve düşünce ortaya koymaktadır.⁶⁹ Ancak bu görüş eleştirilmiş, her şeyden önce bu tür ifadeler her hukuka uygunluk nedeninde yer verilmediği gibi bu ifadelerin, genel olarak sübjektif unsurların temellendirilmesi bakımından da yeterli olmadığı belirtilmiştir.⁷⁰ Yine bu ifadeler, örneğin meşru müdafaada saldırıyı önlemek için objektif değerlendirmeye gerekli olan savunma fiilinde olduğu gibi hukuka uygun hareketlerin sınırlarının belirlenmesinden farklı bir anlam taşımamaktadır.⁷¹ Bir diğer deyişle bu ifadeler hukuka uygunluk nedeni içerisinde hareket eden kişinin iradesine ilişkin olmayıp yalnızca objektif savunma hareketinin bir niteliğini içermektedir.⁷²

b. Tipikliğin Menfi Şartları Teorisi ve Fiil Üzerinde Hatayı Düzenleyen Hükümden Yola Çıkan Görüş

Hukuka aykırılığı tipikliğin menfi şartı olarak kabul eden yazarlarca, failin kastının tipikliğin bütün unsurlarını kapsamaması gerektiği; bu anlamda tipikliğin bulunması gereken pozitif unsurlarının yanı sıra

66 RÖNNAU Thomas, “Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente”, *JuS* 2009, 594 (594); SATZGER Helmut /SCHLÜCKEBIER Wilhelm /WIDMAIER Gunter /ROSENAU, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Köln 2020, Vor. § 32 Kn. 14; RATH Jürgen, *Das subjektive Rechtfertigungselement*, Heidelberg 2002, s. 77, 78; LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. 32 Kn. 51; HRUSCHKA Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, Berlin 1988, s. 204.

67 Meşru müdafaaya ilişkin bu ifadenin sübjektif unsura yönelik olduğu yönünde ayrıca bkz. EISELE Jörg, “Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum und subjektives Rechtfertigungselement”, *JuS* 2016, 366 (367).

68 Örneğin §§ 34 I (hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk hali), 193 StGB (hakkın kullanılması), § 227 II, 228 cümle I, 229 BGB (meşru müdafa ve zorunluluk hali hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin Medeni Kanun’da yer alan düzenlemeler), RATH, s. 78.

69 Detaylı bilgi için bkz. RATH, s. 78.

70 FRISCH Wolfgang, *Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements*, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, s. 115.

71 FRISCH, FS Lackner, s. 117; RATH, s. 80; HRUSCHKA, s. 204.

72 ROXIN § 14 Kn. 100.

bulunmaması gereken hukuka uygunluk nedenlerinin de failin kastı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği savunulmuştur.⁷³ Bir diğer deyişle, tipik fiilin müspet ve menfi unsurlardan meydana geldiği kabul edildiğinde müspet unsurlar bakımından olduğu gibi hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması şeklinde ortaya çıkan menfi unsurlar bakımından da failin kastı bulunmalıdır. Bu anlamda tipik fiilin müspet unsurları gibi, menfi unsurları da sübjektif unsura sahip olmaktadır.⁷⁴ Ancak bu görüş de hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmamasının tipikliğin negatif unsuru olarak değerlendirildiğinde dahi neden kastın kapsamında pozitif unsurlarla doğrudan eş tutulması gerektiğinin açıklanmadığı öne sürülerek eleştirilmiştir.⁷⁵ Tipikliğin menfi şartları teorisiyle aynı doğrultuda, bazı yazarlarca Alman Ceza Kanunu'nun fiil üzerinde hataya ilişkin, tipikliğin unsurlarını bilmeyen kişinin kasten hareket etmiş olmayacağını düzenleyen § 16 I StGB hükmünden yola çıkılarak, failin hukuka uygunluk nedenlerini bilmemesi halinde de bunlardan yararlanamayacağı sonucuna varılacağı belirtilmiştir.⁷⁶ Bir diğer deyişle, mademki tipikliğin müspet unsurlarına ilişkin failin hatası halinde kasıtlı olmayacağı kabul edilmektedir, o halde menfi unsurlara ilişkin olarak da bilgisinin aranması gerekmektedir. Nasıl ki fail tipikliğe ait bilgisi dışındaki unsurlardan sorumlu tutulamayacaksa, tipikliği kaldıran menfi unsurlara ilişkin bilgisi olmaması halinde bunların müspet sonucundan da yararlanamamalıdır.⁷⁷

c. Şahsi Haksızlık Öğretisi'nin Gelişimi ve Haksızlığın İçeriğinden Yola Çıkan Görüş

Doktrinde hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının aranacağına ilişkin görüşlerin Roma hukukunda kabul edilen intikam amacıyla hareket eden kişinin meşru müdafaadan yararlanamayacağına ilişkin kabule değin dayandığı belirtilmiştir.⁷⁸ Bugün ise ağırlıklı olarak hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının esası *şahsi haksızlık öğretisi (personale Unrechtslehre)* ile açıklanmaktadır.⁷⁹ Şahsi haksızlık teorisinin gelişimini görebilmek için bundan önce hâkim olan teorilere

73 RATH, s. 82.

74 RATH, s. 83.

75 Bkz. RATH, s. 83.

76 RATH, s. 84.

77 Bkz. RATH, s. 84.

78 RÖNNAU, JuS 2009, 594 (595).

79 JESCHECK/WEIGEND, s. 329; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 70; ROXIN § 14 Kn. 96; KREY/ESSER § 13 Kn. 458; RÖNNAU JuS 2009, 595 (595).



de değinilmelidir. Bu kapsamda aşığıda özellikle klasik teori ve final hareket teorisine değinilecek bu teoriler kapsamında hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarına ilişkin değlendirmeler açıklanmaya çalışılacaktır.

aa. Klasik Teori

20. yüzyılın başlarında hâkim olan *Liszt*⁸⁰ ve *Beling* tarafından geliştirilen pozitivizm etkisindeki⁸¹ klasik suç teorisinde hukuka aykırılık tipiklikten bağımsız bir unsur olarak kabul edilmekle birlikte, suçun maddi, objektif tüm unsurları tipiklik ve hukuka aykırılık altında; sübjektif tüm unsurları ve bu arada failin kastı psikolojik kusurluluk (failin fiil ile arasındaki psişik bağ)⁸² kavramı altında kusur unsurunun içerisinde incelenmekteydi.⁸³ *Liszt, Beling ve Radbruch*⁸⁴

80 LISZT Franz von, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin 1888, s. 458 vd.

81 JESCHECK/WEIGEND, s. 202.

82 WELZEL, s. 40; JAKOBS Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin 1991, § 17 Kn. 5.

83 ROXIN § 7 Kn. 15.

84 Bu görüşe göre, ihmal ve icra hareketin gerçekleştirilme biçimleri olarak kabul edilmekte, kast ve taksir ise kusurun türleri; kusur ise failin neticeyle arasındaki sübjektif ilişki olarak kabul edilmekte, isnat yeteneği kusurun önşartı olarak algılanmaktadır, RADBRUCH Gustav, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, Berlin 1903, s. 70 vd.; RADBRUCH Gustav, "Über den Schuldbegriff", *ZStW* 04 (1904), 333 (333 vd.); kastın suçun unsurları içerisindeki tarihsel gelişimi hakkında bkz. JAKOBS Günther, *Kritik des Vorsatzbegriffs*, Tübingen 2020, s. 5 vd.; Psikolojik kusur kavramı, yerini 20. yüzyılın başlarında normatif kusur kavramına bırakmıştır, kusurun normatif olarak algılanmasında *Reinhard Frank*'in "Kusur Kavramının Yapısı Üzerine" isimli eseri dönüm noktası olmuştur (ROXIN § 19 Kn. 11). Psikolojik kusur öğretisi etkisinde ileri sürülen isnat yeteneğinin kusurluluğun önşartı olarak anlaşılması, emir ve yasak normunun muhatabının yalnızca isnat yeteneğine sahip kişiler olabileceği, zira hareketlerini norma göre yönlendirme yeteneğine sahip olmayanların normun muhatabı olamayacağı, normun muhatabı olmayan kişilerin ise normu ihlal edemeyecekleri kabulü (bkz. GRUPP Magdalena, *Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat*, Baden-Baden 2009, s. 22) *Frank* tarafından eleştirilmiş ve isnat yeteneğini haiz olmayan kişilerin de hareketi bilerek ve isteyerek gerçekleştirebilecekleri, "kast" ile yönlendirebilecekleri, isnat yeteneğinin bulunmamasının kusurluluğun ön şartı değil, kusurluluğun kendisine ait bir kavram olduğu ifade edilmiştir, FRANK Reinhard, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs* (Sonderausdruck), Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, Gießen 1907, s. 8, 9; isnat yeteneği bulunmayan kişilerin gerçekleştirdiği hareketlere karşı meşru müdafanın değil fakat zorunluluk halinin söz konusu olacağını savunan görüş (bu görüş için bkz. TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara 1968, s. 117) de fiilin hukuka aykırı olarak (haksızlık olarak) nitelendirilebilmesinin isnat yeteneğinin varlığına bağlı olacağı anlayışına dayanmaktadır; nitekim bu görüş kapsamında da bu kişilerin fiillerinin hukuka aykırı bir haksızlık olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir, bkz. TOROSLU, *Zaruret Hali*, s. 117. Ancak isnat yeteneğinin varlığından bağımsız olarak hukuka aykırı bir saldırının gerçekleştirilebileceği kabul edildiğinde artık bu saldırıya karşı gerçekleştirilen savunma hareketinin zorunluluk hali değil, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kişilerin de kasıtlı ve taksirli olarak hareket edebilecekleri göz önünde bulundurulduğunda, gerçekleştirdikleri fiillerin hukuka aykırı niteliğe sahip olacağını kabul

tarafından savunulan ve 20. yüzyılın başlarına değin hâkim olan bu teori, günümüzde klasik sistem olarak incelenmektedir.⁸⁵ Klasik teori, suç niteliğindeki haksızlığın belirlenmesinde ihlal edilen hukuki değeri esas almış; haksızlığı, hukuki değer ihlali, neticenin değersizliği ve hukuken izin verilmeyen bir duruma neden olunması olarak tanımlamıştır.⁸⁶ Klasik suç teorisinde hareket, dış dünyaya yansıyan iradi olarak belirlenmiş insani davranış olarak tanımlanmış, iradeye yalnızca nedenselliği başlatan bir fonksiyon tanınmıştır, bir diğer deyişle bu anlayışta, failin ne istediği değil herhangi bir şeyi istemiş olması önemlidir.⁸⁷ Failin iradesi tipiklik ve hukuka aykırılık kapsamında değil fakat ilk olarak kusurluluk kapsamında dikkate alınmaktadır, kusurlu bir hareket ise, fail ile fiil arasındaki psikik bağ göz önünde bulundurulduğunda, bu hareketin faile sübjektif olarak isnat edilebilir olmasıdır.⁸⁸ Bu şekilde klasik suç teorisi haksızlığın belirlenmesinde tek yönlü, netice odaklı objektif bir bakış açısından yaklaşmış, haksızlığın kurucu unsuru olarak hareketin değersizliği kapsamında failin yanlış olanı yapmış olmasına, kötü iradesinden ileri gelen hatalı eylemine haksızlığın unsurları arasında önem atfedilmemiştir.⁸⁹ Bir diğer deyişle, klasik suç teorisi kapsamında geliştirilen anlayışta haksızlık yalnızca dış dünyada cereyan eden nedensel süreçten ibaret olup, haksızlığın tespitinde irade içeriğinin hiçbir fonksiyonu bulunmamaktadır.⁹⁰ Bu anlayışın altındaki temel düşünce, kast ve taksirle işlenen suçlar bakımından ortak bir hareket kavramı oluşturma çabasından ileri gelmektedir.⁹¹ Bu amaçla, hareket için kurucu unsur olan iradenin neye yönelik olduğunun araştırılmasından vazgeçilmekte, soyut irade ile yetinilmektedir.⁹² Bu şekilde klasik teori, haksızlığı objektif olarak ele almış ve her türlü sübjektif unsuru haksızlığın muhtevası dışında kusur unsuru altında incelemiştir. Bu anlayışın doğal sonucu ise hukuka uygunluk nedenlerine de objektif etki tanınması olmuştur.

etmekle birlikte isnat yeteneğini yalnızca ceza sorumluluğuna etki eden bir neden olarak değerlendiren normatif görüş daha isabetli görünmektedir.

85 WELZEL, s. 40; GÖKTÜRK, s. 13 dn. 15.

86 KRAUß Detlef, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", *ZStW* 76 (1964), 19 (20); ROXIN § 10 Kn. 88.

87 GALLAS Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, *ZStW* 67 (1955), 1 (2).

88 GALLAS *ZStW* 67 (1955), 1 (2).

89 KRAUß, s. 21.

90 GÖKTÜRK, s. 14.

91 GÖKTÜRK, s. 14.

92 GÖKTÜRK, s. 14.



bb. Final Hareket Teorisi

Klasik suç teorisinin tipiklik ve hukuka aykırılıktan meydana gelen haksızlığı salt objektif unsurlarla tanımlayan, failin kastını kusurluluk kapsamında inceleyen ve kusurluluğun salt sübjektif unsurlardan meydana geldiğini savunan anlayışı, normatif kusur teorisi ve final hareket teorisi çerçevesinde eleştirilmiştir.⁹³ Zira normda yer alan tipik haksızlığın salt objektif unsurların varlığıyla ortaya çıkmayacağı, örneğin hırsızlık suçunda yalnızca failin kendisine ait olmayan taşınır malı almasının tipik fiilin belirlenmesinde ve diğer suçlardan ayrılmasında yeterli olmadığı, failin aynı zamanda yarar sağlama kastının da bulunması gerektiği; psişik unsur olarak yarar sağlama kastı dışarda tutularak hırsızlık suçunun tipik haksızlığının kavranmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.⁹⁴ Yine sübjektif unsurlar değerlendirilmeden teşebbüs aşamasında kalan suçun niteliğini tek başına objektif unsurlarla belirlemek de olanaklı değildir; örneğin failin atışının hedefi tutturamaması halinde bu atışın öldürme suçuna teşebbüs mü, kasten yaralamaya teşebbüs mü yoksa izin verilmeyen mahalde atış yapma suçu niteliğinde mi olduğu ancak failin kastına göre belirlenebilir.⁹⁵ Dolayısıyla haksızlık unsuru içerisinde failin psişisine yönelik sübjektif unsurlar da aranmalıdır.⁹⁶ Bir diğer deyişle, kast ve taksir tipik haksızlığın gerçekleştiriliş şekli olup haksızlığın sübjektif unsurunu oluşturmaktadır.⁹⁷ Bunun yanı sıra klasik teorisinin hareket anlayışı, ihmali surette işlenen suçları açıklamak bakımından da yetersiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir.⁹⁸ Zira bu teori kapsamında hareket, natüralist açıdan ele alınarak her türlü sübjektif unsurdan arı şekilde dış dünyada değişiklik yapmaya yönelik bedensel, fiziki faaliyet ve bunun yol açtığı netice ile arasındaki nedensellik bağı olarak algılanmaktadır.⁹⁹ Nitekim teoriyi günümüzde savunan yazarlarca da hareketin, insan vücudunun

93 Klasik öğretiyeye yöneltilen ilk eleştiriler neo-kantçı düşünce sisteminin etkisinde neo-klasik öğretiyeye kapsamında yapılmış, bu öğretilerde temel olarak kusur ve haksızlık ayrımı ve kastın bir kusur formu olmasına ilişkin anlayış korunmakla birlikte istisnai bazı hallerde (örn. hırsızlık suçunda mal edinme kastının aranmasında olduğu gibi) haksızlığın yapısı içerisinde sübjektif unsurların yer alabileceği, kusurun yapısı içerisinde de zorunluluk halinde olduğu gibi objektif unsurların yer alabileceği kabul edilmiştir (bkz. JESCHECK/WEIGEND, s. 204 vd.; ROXIN § 7 Kn. 16, 17).

94 ROXIN § 7 Kn. 16; WELZEL, s. 60; GALLAS ZStW 67 (1955), 1 (3).

95 WELZEL, s. 60, 61.

96 ROXIN § 7 Kn. 16; WELZEL, s. 60.

97 GÖKTÜRK, s. 16.

98 JESCHECK/WEIGEND § 22, s. 202.

99 JESCHECK/WEIGEND, § 22 s. 202.

bir faaliyetinden ibaret olduğu belirtilmekte, ihmalin ise fiziki değil normatif bir esasa sahip olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁰ Ancak ihmalin esasını açıklarken bedeni davranışa değil, hukuk düzeni tarafından beklenen şekilde davranmamaya dayanan vakıanın sosyal muhtevasına, normatif esasa dayanılmasıyla doğalcı anlamda (natüralist) hareket anlayışı da terk edilmiş olmaktadır.¹⁰¹

Final hareket teorisine göre hareketin suçun sistematik yapısında belirleyici özelliği, insan tarafından düşünsel irade ile ve buna uygun araçlarla nedensel sürecin belirli bir amaca yönelik olarak yönlendirilmesi, belirlenmesi noktasında ortaya çıkmaktadır.¹⁰² Final hareket teorisi kapsamında haksızlık, tipik fiil dış dünyaya ait (objektif) unsurlarla failin iç dünyasına ait (sübjektif) unsurların bir araya gelmesinden oluşmaktadır.¹⁰³ Bu anlayış ise Welzel'in terminolojisiyle "şahsi haksızlık" kavramına götürmekte ve haksızlık "faile bağlı, hareketin haksızlığı" olarak tanımlanmaktadır.¹⁰⁴ Hukuki değer ihlali (neticenin haksızlığı) ise ceza hukuku açısından yalnızca şahsi, hukuka aykırı hareket (ve esas itibarıyla hareketin haksızlığı) kapsamında bir öneme sahip olmaktadır.¹⁰⁵ Welzel'e göre tipikliğin gerçekleşmesi, hukuka aykırılık bakımından bir karine teşkil etmektedir, hukuka aykırılık ise tipik fiilin gerçekleştirilmesinin hukuk düzeninin bütünüyle çatışma halinde olmasıdır. İzin normları (hukuka uygunluk nedenleri) ise soyut normun somut hukuki ödev haline gelmesini önlemektedir.¹⁰⁶ Final öğretinin normun yapısına ilişkin açıklamalarına uygun olarak hukuka uygunluk nedenleri de objektif ve sübjektif unsurların bir araya gelmesinden oluşmaktadır. Fiilin hukuka uygun hale gelmesi için ise hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının tek başına mevcut olması yeterli değildir, fail aynı zamanda maddi unsurların bilincinde ve buna uygun hukuka uygunluk eğilimiyle hareket etmelidir.¹⁰⁷ Welzel'in anlayışında dikkat çekici olan ise unsurlar arasında -neticenin haksızlığının hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarının mevcudiyetiyle, hareketin haksızlığının ise sübjektif unsurların mevcudiyetiyle ortadan kalktığı- telafi (Kompensation) ilişkisinden

100 bkz. TOROSLU, *Genel*, s. 119-122.

101 JESCHECK/WEIGEND, § 22 s. 202.

102 ROXIN § 7 Kn. 18.

103 WELZEL, s. 62.

104 WELZEL, s. 62.

105 WELZEL, s. 62.

106 WELZEL, s. 80.

107 WELZEL, s. 83 vd.



hareket etmemiş olmasıdır.¹⁰⁸ Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurları doğrudan haksızlığın bir unsurunu telafi etme gereksiniminden elde edilmemiş, objektif ve sübjektif unsurların bir arada bulunmasına etki tanınmıştır.¹⁰⁹ Bu anlayışa uygun olarak Welzel, sübjektif unsurların noksanlığı halinde failin tamamlanmış suçtan dolayı sorumlu tutulması gerektiğini savunmuştur.¹¹⁰

cc. Şahsi Haksızlık Öğretisi

Final hareket teorisi kapsamında geliştirilen kastın, haksızlığın sübjektif unsurlarına dahil olduğu kabulünü geliştirerek elde edilen şahsi haksızlık öğretisi ise temel olarak haksızlığın, faili esas alan hareketin ve hukuki değer ihlalini esas alan neticenin haksızlığının (Handlungs- und Erfolgsunrecht) bir araya gelmesiyle ortaya çıktığını savunmaktadır.¹¹¹ Final hareket teorisi, harekete yönelik olarak geliştirilen ve teorinin hareketi; amaca yönelik insani, final ve yalnızca nedensellikten ibaret olmayan bir olgu olarak algılayan anlayışı bugün hareketin ve tipikliğin birbirinden farklı kavramlar olduğu ifade edilerek eleştirilmektedir.¹¹² Buna göre, hareketin var olup olmadığı sorusu, kast unsurunu da kapsayan tipiklikten (tipik fiilden) ayrı olarak değerlendirilmelidir; zira tipikliğin sübjektif unsuru olarak kast, tipikliğin bütün unsurlarının normatif içeriğinin algılanmasını gerektirmektedir; bunun ise, finalist anlamda nedensel sürecin neticeye değin yönlendirilmesi olarak algılanan hareketin var olup olmadığıyla açıklanması mümkün değildir.¹¹³ Bir diğer deyişle, tipikliğin sübjektif unsuru olarak kast, tipik neticeye yönelik olarak iradi hareketle yönetilen nedensel süreçten ibaret olmayıp, tipikliğin diğer bütün unsurlarına ilişkin normatif içeriğinin algılanmasını da gerektirmektedir; bu nedenle final hareket teorisi tipikliğin sübjektif unsurlarının muhtevasını açıklamakta yetersiz kalmaktadır.¹¹⁴ Bunun yanı sıra final hareket teorisi, ihmali hareketi ve taksirle işlenen suçları açıklamakta yetersiz kalması yönünden de eleştirilere tabi tutulmuştur. Zira ihmalde icrada olduğu gibi bir nedensellik ilişkisi bulunmamakta, ihmali hareketi gerçekleştiren “final”

108 RATH, s. 103.

109 RATH, s. 103.

110 WELZEL, s. 84, 97.

111 GRUPP, s. 26.

112 GRUPP, s. 27.

113 GRUPP, s. 27; ROXIN § 10 Kn. 67.

114 ROXIN § 10 Kn. 67; final hareket teorisi bunun yanı sıra taksir ve ihmali harekete yönelik ikna edici açıklamalar getirememesi nedeniyle eleştirilmiştir bkz. WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 143; ROXIN § 7 Kn. 24; KREY/ESSER § 11 Kn. 289.

olarak nedensel süreci yönlendirerek hareket etmemektedir.¹¹⁵ Yine final hareket teorisinin, hareketi amaca yönelik ve final şekilde tanımlayan anlayışı özellikle bilinçsiz taksiri açıklamakta da yetersiz kalmaktadır.¹¹⁶ Bugün final hareket teorisine sıkı bir ilişki içinde olan şahsi haksızlık öğretisinin haksızlığı hareketin ve neticenin değersizliğinin bir araya gelmesiyle açıklayan anlayışı genel olarak kabul edilmekle birlikte, Alman doktrininde; hareketi insan iradesi tarafından hükmedilen veya hükmedilebilen her türlü sosyal öneme sahip davranış olarak tanımlayan öğretisi, hâkim görüş konumundadır.¹¹⁷ Bu öğretisi, klasik teorinin kabul ettiği nedensel hareket teorisini ve final hareket teorisini dışlamamakta, her ikisini de kapsamaktadır.¹¹⁸ Bir diğer deyişle, bugün hâkim konumda olan öğretisi, final hareket teorisinin harekete yönelik açıklamalarını reddetmekle birlikte, kastın tipikliğin içerisinde sübjektif unsurlar altında değerlendiren anlayışını, hareketten bağımsız olarak kabul etmekte, haksızlık ve kusur arasındaki ayrımı ve haksızlığı hareket ve neticenin haksızlığı olarak değerlendiren görüşünü benimsemektedir.¹¹⁹

İşte bu, temellerini final hareket teorisinde bulan ve şahsi haksızlık öğretisine geliştirilen hareket ve neticenin haksızlığına ilişkin ayrım, bugün hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurlarının dogmatik temellerini açıklarken de ağırlıklı olarak esas alınan anlayış olmuştur. Buna göre, olayda hukuka uygunluk nedenlerinin failin bilgisi dışında kaldığı durumda, failin hareketi haksızlık niteliğini taşımakla birlikte artık neticenin objektif olarak haksızlık niteliğine sahip olduğu söylenemeyecektir.¹²⁰ Bir diğer deyişle salt hukuka uygunluk nedenlerinin

115 ROXIN § 8 Kn. 19.

116 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 143.

117 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 141, 159; JESCHECK/WEIGEND, s. 223; KREY/ESSER § 11 Kn. 290; ROXIN § 7 Kn. 24, 25; yalnızca norma aykırı hareketin ceza hukukunu ilgilendiren sosyal yönden önemli davranış veya kişiliğin ifadesi (ROXIN tarafından savunulan şahsi hareket teorisine dayanır, bkz. ROXIN § 8 Kn. 44 vd.) olarak değerlendirilebileceği yönünde bkz. KINDHÄUSER/ZIMMERMANN § 5 Kn. 12.

118 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 3 Kn. 146.

119 ROXIN § 7 Kn. 24, 25.

120 RÖNNAU JuS 2009, 595 (595); doktrinde hâkim nitelikteki, hukuki değere karşı olan amaca yönlendirilmiş iradeyi telafi edecek, eşdeğerli hukuki değerini korunmasına yönelik bir hareket ve iradenin olması gerektiği yönündeki bu görüş (Kompensationsmodell) FRISCH tarafından eleştirilmiştir (FRISCH, FS Lackner, s. 124 vd.). Yazara göre, anılan şekilde gerçekleşmesi gereken "telafinin" (Kompensation) sübjektif, manevi alanda değil, değerler ve bunlara dayanan menfaatler alanında gerçekleşmesi gerekmektedir. Öte yandan bu bakış açısından yola çıkıldığında, failin hukuka uygunluk nedeninin bilgisine dayanarak aldığı kararı eyleme geçirmesi herhangi bir "telafi" niyeti taşımamakta, yalnızca hukuk düzeniyle uyum içinde olmaktadır. Bir diğer deyişle, failin hukuka uygunluk nedeninin varlığı bilinciyile hareket ettiği halde, gerçekleştirdiği fiilin değersiz görülme nedeni, telafi eden, dengeleyen bir duruma dayanması değil, hukuk düzeninin söz konusu olan menfaatler



mevcudiyeti neticenin haksızlığını ortadan kaldırmakla birlikte, esasını failin iradesinde bulan hareketin haksızlığına etki etmemektedir.¹²¹ Zira failin hareketi gerçekleştirirken hukuka uygunluk nedenlerinin varlığına ilişkin bilgisi bulunmadığı gibi, aksine suç işleme kastı bulunmaktadır. Şahsi haksızlık öğretisinin bu kabulüne karşın klasik teoride olduğu gibi netice odaklı haksızlık anlayışının benimsendiği (objektif) haksızlık öğretilerinde, sübjektif unsurların tamamen reddedilmesi ya da yalnızca bazı hukuka uygunluk nedenleri bakımından tanınması eğilimi mevcuttur.¹²²

d. Sübjektif Unsurun Normatif Temeline Dayanan Görüş

Frisch tarafından geliştirilen bu teoriye göre, sübjektif unsurların yalnızca haksızlığa ilişkin geliştirilen öğretilerle açıklanması mümkün değildir; hukuken ceza sorumluluğu doğuran bu kurumun esasının pozitif hukuk düzenlemeleriyle açıklanması gerekmektedir.¹²³ Sübjektif unsurların yoksunluğu halinde failin cezalandırılması esas itibariyle, eyleme geçirdiği niyetin değersizliğine (*Intentionsunwert*) dayanmaktadır.¹²⁴ Eyleme geçirilmiş niyetin cezalandırılması ise pozitif hukuk düzenlemelerinde halihazırda elverişsiz teşebbüsü düzenleyen hükümle olmaktadır.¹²⁵ Her ne kadar olgusal olarak elverişsiz teşebbüs ve sübjektif unsurun yoksunluğu arasında fark bulunmaktaysa da esas itibariyle burada belirleyici olan elverişsiz teşebbüsün olgusal niteliği değil fakat cezalandırılmasına sebep olan, hukuka düşman zihniyetin eyleme geçirilmesini suç niteliğinde bir haksızlık olarak değerlendiren normatif düşüncedir.¹²⁶ Zira, elverişsiz teşebbüste başından itibaren bir zarar veya tehlike yaratmaya elverişli olmayan -objektif olarak tehlikesiz olan- bir hareket söz konusuysa, sübjektif unsurun yokluğu ise objektif olarak tehlikeli ve önemli sonuçlar doğuran niteliktedir; şu halde elverişsiz teşebbüs cezalandırılırken sübjektif unsurun bulunmamasına cezai bir sonuç bağlanmaması hukuk düzeninin kendisiyle çelişmesi niteliğinde olacaktır.¹²⁷

arasındaki ilişkiye dair doğru olarak öngördüğünü, hukuk düzeni ile uyumlu olanı yaptığı içindir; fail telafi etmemekte, hukuka uygun olanı yapmaktadır (FRISCH, FS Lackner, s. 124-126).

121 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 412; FRISCH, FS Lackner, s. 124.

122 JESCHECK/WEIGEND, s. 329.

123 FRISCH, FS Lackner, s. 126, 127.

124 FRISCH, FS Lackner, s. 126, 127; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 82.

125 FRISCH, FS Lackner, s. 126.

126 FRISCH, FS Lackner, s. 128.

127 FRISCH, FS Lackner, s. 128.

Frisch tarafından geliştirilen bu teori; doktrinde hâkim görüş lehine ve objektif öğretiyeye karşı güçlü bir argüman olarak değerlendirilmekte birlikte, sübjektif unsurların normatif temeli olarak anılan elverişsiz teşebbüse ilişkin normun ve kanun koyucunun elverişsiz teşebbüsü cezalandırılabilir bir teşebbüs türü olarak düzenleme yönündeki kararının temelini şahsi haksızlık öğretisinin teşkil ettiğine işaret edilerek eleştirilmiştir.¹²⁸

2. Sübjektif Unsurun İçeriği

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunduğunu kabul eden yazarlar arasında, failin olayda hukuka uygunluk nedeninin objektif şartlarının mevcut olduğunu en azından bilmesi gerektiği genel kabul görmekte birlikte, sübjektif unsurun kapsamı tartışmalıdır.¹²⁹

Bu hususta yaygın olarak failin tipik fiile ilişkin kastına (tipiklik kastına) karşılık olarak ayrıca hukuka uygunluk kastıyla hareket etmesi gerektiği ileri sürülmekte,¹³⁰ tipiklik kastında aranan şartlar burada da aranmaktadır.¹³¹ Ancak tipiklik kastının şartlarının doğrudan hukuka uygunluk kastına taşınması isabetli bir yaklaşım değildir, zira her iki halde kastın fonksiyonu birbirinden farklıdır; tipiklik kastında failin bir başkasına ait hukuki değeri ihlale yönelik tasavvuruna ilişkin şartlar aranırken hukuka uygunluk kastıyla failin bir başkasına ait hukuki değerlere müdahalede bulunmasına istisnai olarak izin verilen hallerin şartları ifade edilmekte, ihlal rizikosunun dağılımı tespit edilmektedir.¹³² Bu anlamda doktrinde hukuka uygunluk kastının unsurlarının tipiklik kastının unsurlarından ve muhtevassından farklılık gösterdiği belirtilmiş,¹³³ kastın bilme ve isteme unsuruna ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun içeriği kapsamında Alman hukukunda hâkim öğreti bilme unsurunu yeterli

128 KINDHÄUSER Urs/NEUMANN Ulfrid/PAEFFGEN Hans-Ulrich/PAEFFGEN/ZABEL, **Strafgesetzbuch, Band I**, Baden-Baden 2017Vor. § 32 Kn. 90; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 80 dn. 301.

129 NK-StGB/PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 92.

130 GÖKTÜRK, s. 23.

131 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 83.

132 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84; JuS 2009, 594 (596).

133 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.



görmekteyken¹³⁴, yargı uygulamasında¹³⁵ ayrıca failin hukuka uygun davranma iradesiyle hareket etmesi de aranmaktadır.

a. Hukuka Uygunluk Kastının Bilme Unsuru (kognitives Komponent)

Bir görüşe göre failde kastın bilme unsurunun bulunması yeterlidir, ayrıca hukuka uygun davranma iradesinin (isteme unsurunun) bulunması gerekmez; failin örneğin üçüncü kişi lehine meşru müdafaada bulunması halinde öfke ya da nefret duygusuyla hareket etmiş olmasının bir önemi yoktur.¹³⁶

Doktrinde ağırlıklı görüş bilme unsuru kapsamında olası kastı yeterli görmekte, failin maddi unsurların varlığını mümkün, muhtemel addetmesini ve bu buna güvenerek hareket etmesini aramaktadır.¹³⁷ Failin kesin bilgiyle hareket ettiği hallerde, sübjektif unsur gerçekleşmiştir; ancak olası kastla hareket ediyorsa, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının gerçekleştiğine güvenerek hareket etmesi aranacaktır.¹³⁸ Olası kastın yeterli olduğu yönündeki bir diğer görüşe göre burada olası kast ve bilinçli taksir arasındaki ayrımın belirlenmesinde tipiklik kastında başvurulacak kriterlerden yararlanılamayacaktır; zira daha önce değinildiği gibi her iki kast türünün yapısı birbirinden farklıdır.¹³⁹ Bu görüşe göre, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarının mevcudiyeti konusundaki şüphesinin aleyhine sonuç doğurmaması; ancak failin tasavvurunda muhtemel addettiği durumun, ilgili hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarıyla uyuşması halinde mümkün olacaktır.¹⁴⁰

Diğer bir görüşe göre, failin olayda hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğini muhtemel olarak görmesi (für möglich halten) yeterli değildir, müspet, kesin bilgiyle (sicheres Wissen) hareket etmesi gereklidir.¹⁴¹ Olası kastı yeterli görmeyen bir görüşe göre, bir saldırının

134 ROXIN § 14 Kn. 97; SCHÖNKE Adolf /SCHRÖDER Horst/STERNBERG-LIEBEN, *Strafgesetzbuch*, München 2019, Vor. § 32 Kn. 14; FREUND/ROSTALKSKI § 3 Kn. 21; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); KASPAR § 5 Kn. 164; KÖHLER, s. 322 (1.2.1).

135 BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

136 ROXIN § 14 Kn. 97; SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN Vor. § 32 Kn. 14; FREUND/ROSTALKSKI § 3 Kn. 21; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); KASPAR § 5 Kn. 164; KÖHLER, s. 322 (1.2.1).

137 SSW/ROSSENAU Vor. § 32 Kn. 13; SCH/SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

138 FUCHS 19/8.

139 GROPP § 5 Kn. 61.

140 GROPP § 5 Kn. 61.

141 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

mevcut bulunduğunu ya da savunma hareketinin gerekliliğini muhtemel addeden kişi diğer taraftan bunun gerçekteki durum olmama seçeneğinin de farkındadır.¹⁴² Bir diğer deyişle, hukuka uygunluk nedeni bakımından olası kast aynı zamanda suç bakımından da olası kasta sahip olunması anlamına gelmekte, failin olası kastla (elverişsiz) teşebbüsten cezalandırılması gerekmektedir.¹⁴³ Hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarında şüphe halinde hatalı karar verme riskine fail katlanacaktır; kendisine karşı hukuka aykırı bir saldırının mevcut olduğunu yalnızca muhtemel addeden failin, savunma hakkı bulunmamaktadır.¹⁴⁴ Hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun gerçekleşmesi için failin doğrudan kasta sahip olması gerekmektedir.¹⁴⁵

Failin kesin bilgiyle hareket etmesi gerektiğini savunan görüş, her zaman adaletli sonuçlara neden olmaması nedeniyle eleştirilmiştir. Nitekim örneğin kapalı bir evden gaz kokusunun geldiğini fark eden fail, bu kokunun gaz kaçağından mı yoksa başka normal bir sebepten mi kaynaklandığını bilmemektedir. Bu halde muhtemel bir gaz patlamasını önlemek üzere evin camını kırarak giren failin, hukuka uygunluk nedenine ilişkin olası kastla hareket etmesine rağmen mala zarar verme fiiline ilişkin motivasyonunun, iradesinin haksızlığı¹⁴⁶ kalkmamış olacaktır. Bir diğer deyişle, olası kasttan yola çıkılarak geliştirilen, şüphe halinde hukuki değerlerin ihlal edilmesinden kaçınılması gerektiği yönündeki değerlendirme, bu halde artık muhtemelen hukuka uygun olması söz konusu olan bir mala zarar verme fiilinin gerçekleştirilmesine izin verilmediği sonucuna götürmektedir.¹⁴⁷ Olası kasta ilişkin bu kuralın doğrudan uygulanması, muhtemelen hukuka uygun olacak olan hareketin, *bir tehlikeyi önlemek üzere* gerçekleştirilmediği hallerde uymaktadır; örneğin müşterinin kendisine böyle bir işi verdiği konusunda şüphesi bulunan boyacının iş sahibinin duvar kâğıtlarını sökmemesi gerekmektedir.¹⁴⁸ Ancak hukuka uygun olması muhtemel olan hareketle başka bir hukuki menfaatin korunması söz konusuysa, bu kuralın uygulanması adaletsiz sonuçlara yol açmaktadır. Nitekim

142 NK-StGB/ PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 101; ROXIN § 14 Kn. 90.

143 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

144 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84.

145 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 84; burada esas itibarıyla ikinci dereceden doğrudan kastın varlığı kastedilmektedir; ancak Türk hukukunda kastın dereceleri arasında böyle bir ayırım (Absicht-dolus directus zweiten Grades) bulunmadığından doğrudan kast kavramı ile ifade edilmiştir.

146 Örnek için bkz. FRISTER § 14 Kn. 16.

147 FRISTER § 14 Kn. 17.

148 FRISTER § 14 Kn. 17.



kendisini gaz patlamasını engellemek amacıyla pencereyi kırması gerektiği ikileminde bulan kişi, her iki alternatifte de bir hukuki değeri ihlal etme riskini üstelenecektir.¹⁴⁹ Pencereyi kırması halinde, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının gerçekleşmemiş olması ve mala zarar verme riskini göze alacak; buna karşın pencereyi kırmazsa objektif olarak emredilen yardım yükümlülüğünü yerine getirmeme suçunu (§ 323c StGB) olası kastla işlemiş olacaktır.¹⁵⁰ Bu halde artık somut olayda karşı karşıya kalan yanlış karar verme rizikolarının ağırlığına göre karar verilmeli, failin hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının varlığını ne ölçüde mümkün gördüğünün değerlendirilmesi gerekmektedir. Mümkün addedilen hukuka uygunluk nedeninin gerçekten bulunması ve bulunmaması durumları karşılaştırılarak hangi değer daha ağır olduğu tespit edilmelidir; eğer -her iki alternatifin de aynı derecede mümkün görünmesi halinde- suçun ihtiva ettiği değersizlik (Geschehensunwert), hukuka uygunluk nedeninin gerçekleşmesi halinde söz konusu olan değer (Geschehenswert) ile aynı ağırlıkta kabul edilebiliyorsa artık failin motivasyonunun haksızlığının bulunmadığı kabul edilmelidir.¹⁵¹

Roxin hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarına ilişkin sübjektif bilme unsurunu hata kurumu içerisinde değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Buna göre failin, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi şartlarının gerçekleştiğine güvenerek hareket etmesi halinde hata kurumuna başvurularak, failin hukuka uygunluk nedeninden yararlanması sonucuna ulaşılacaktır.¹⁵² Buna karşın failin durumu tetkik etme imkânı varsa veya tehlikeden kaçınabiliyorsa tek başına olası kasta dayanabilmesi mümkün değildir. Örn. izlediği kişinin yakalama hakkında yakalama emri bulunan kişi şüpheli olduğunu emin olmamakla birlikte muhtemel gören polis şansına güvenerek yakalama işlemi yaptığında hukuka uygunluk nedeninden yararlanamayacaktır.¹⁵³ Herhangi bir adım atmadan önce maddi şartları iyice tahkik ederek yakalama işlemi yapması gerekmektedir.¹⁵⁴ Gelişigüzel bir şekilde yakalama işleminin yapılması ve masum bir kişinin alıkonulması halinde tamamlanmış kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sorumlu olacak; yakalanan kişinin gerçekten suçlu çıkması halinde ise neticenin

149 FRISTER § 14 Kn. 17.

150 FRISTER § 14 Kn. 18.

151 FRISTER § 14 Kn. 20.

152 ROXIN § 14 Kn. 90.

153 ROXIN § 14 Kn. 91.

154 ROXIN § 14 Kn. 91.

haksızlığının ortadan kalkması karşısında teşebbüs nedeniyle sorumlu olacaktır.¹⁵⁵

Yanlış karar rizikosunun karşılaştırılmasına ilişkin görüşü eleştiren bir diğer görüşe göre, maddi koşulların varlığına ilişkin ikilemin bulunduğu durumlarda hukuka uygunluk nedeninin muhtevasında “tahmin” unsuruna (Prognoseelement) yer verilip verilmediğine göre ayrıma gidilmelidir. Buna göre; failin maddi koşulların varlığına ilişkin müspet bilgiye sahip olması şartından, belirsizliğin bulunduğu her koşulda sübjektif unsurun ortadan kalkacağı sonucuna varılmamalıdır.¹⁵⁶ Zira belirli bazı hukuka uygunluk nedenlerinde kanun koyucu, yanlış karar riskini failin üstleneceği şeklindeki genel prensipten ayrılarak riski hukuki menfaatlerine müdahale edilen kişinin üstleneceğini düzenlemiştir.¹⁵⁷ Bu halde artık objektif, maddi unsurlar kapsamında bir “tahmin unsuruna” yer verilmesi söz konusudur.¹⁵⁸ Örneğin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde (§ 34 StGB) ex-ante bakış açısından hukuki değere yönelik bir tehlikenin, somut olayın koşullarına göre zararın gerçekleşmesinin yakın ve muhtemel görülmesi halinde de var olduğu kabul edilir.¹⁵⁹ Bu halde norm, objektif şartları dahilinde belirsiz ya da gerçekleşmek üzere olan gelişmelerin değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.¹⁶⁰ § 34 StGB hükmünde zorunluluk halinin bulunduğu anda mevcut ve başka türlü defedilmesi mümkün olmayan bir tehlikenin varlığı gerekli ve yeterlidir. Objektif olarak yapılan ex-ante değerlendirmede bu tehlikenin var olması, daha sonradan gerçekte tehlikenin ortaya çıkmadığının anlaşılması halinde dahi, hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir.¹⁶¹ Misalen fırtınada alabora olmakta olan yelkenliyi gören kişinin yelkenliyi kullananların iyi yüzme bilmediklerini muhtemel görmesi halinde, gemi hangarının kapısını kırarak yardım etmek amacıyla motorbotunu alması halinde; yelkenliyi kullanan kişilerin yüzme bilgisindeki belirsizliğe, durumun değerlendirmesine ilişkin tereddütlere rağmen failin artık *bir tehlikenin varlığına ilişkin müspet bilgisinin* var olduğu ve tehlikedeki kişiler çok iyi yüzücüler olsa bile § 34 StGB gereğince hukuka

155 ROXIN § 14 Kn. 91.

156 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

157 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

158 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; FIRSCH, FS Lackner, s. 134.

159 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

160 ROXIN § 14 Kn. 88.

161 ROXIN § 14 Kn. 88.



uygun davrandığı kabul edilir.¹⁶² Yine, bu halde cezasızlık sonucuna hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarında hata kurumuna başvurularak ulaşılmamasına da gerek yoktur, zira artık tahmine ilişkin bu unsur objektif/maddi bir şart olarak düzenlenmiş olup failin sübjektif tasavvuru ile objektif durum örtüşmüş olmaktadır.¹⁶³ Buna karşın hâkim görüşün ex-post bir değerlendirmenin gerektiğini kabul ettiği diğer hukuka uygunluk nedenlerinde, sübjektif bir ihtimal yargısının hukuka uygunluk nedeninin objektif/maddi unsurunu sağlaması hiçbir zaman mümkün değildir; bu halde artık hukuka uygunluk nedeninin yapısında bir “tahmin unsuru” bulunmamaktadır.¹⁶⁴ Zorunluluk hali bakımından “kesin bilginin” şartı sadece, failin § 34 StGB hükmünde aranan ve özellikle karşı karşıya kalan hukuki menfaatlerin değerine bağlı olan tehlike derecesini esas alarak hareket etmesidir.¹⁶⁵

Salt hukuka uygun davranma bilincini yeterli gören ve isteme unsurunu aramayan bir görüşe göre, sübjektif unsur kapsamında önemli olarak failin hareketini hukuka uygun hale getiren vakianın bilincinde hukuken izin verileni yapmasıdır.¹⁶⁶ Bu noktada failin hukuka uygunluk nedeninin varlığına güvenerek hareket ettiği halde, olası kast anlamında failin maddi unsurun gerçekleştiğini muhtemel addetmesi ile kesin bilgiyle hareket etmesi eşdeğer niteliktedir.¹⁶⁷ Zira kişinin hukuka uygun hareket ettiği kabulünün gerekçesini kanunen tanınan hak oluşturmaktadır; örneğin meşru müdafaa saldırıya karşı savunmada bulunma yetkisi gibi; savunma hareketini gerçekleştirenin hangi nedenlerle bu hakkından istifade ettiği ise önemsizdir, hukukun izin verdiği sınırlar içerisinde hareket eden kişinin hareketini neden gerçekleştirdiği, saikin ne olduğunun hukuki açıdan bir önemi yoktur.¹⁶⁸ Aksi düşünce hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının

162 Örnek için bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; ancak burada ex ante olarak belirlenecek unsurlara ilişkin failin tasavvurunun yalnızca olası kast düzeyinde olmaması gerektiğine dikkat edilmelidir, olası kast durumunda artık sübjektif unsurun gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Failin tahayyülünün belirsiz olması halinde hukuka uygunluk nedeninin maddi şartı olarak tahmin unsurunun müspet bilgi niteliğinde olduğu, fail tarafından öngörülen ihtimalin derecesinin objektif olarak aranan dereceye ulaştığı söylenemeyecektir (LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85).

163 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85; ROXIN § 14 Kn. 88; bu halde “izin verilen risk” kavramından yola çıkan görüş için bkz. JAKOBS AT § 11 Kn. 29.

164 DÖLLING Dieter /DUTTGE Gunnar /KÖNIG Stefan/RÖSSNER Dieter /DUTTGE, **Gesamtes Strafrecht**, Baden-Baden 2017, Vor. § 32 Kn. 11; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 86.

165 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 85.

166 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

167 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

168 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB § Vor. 32 Kn. 14.

gerçekleştiğini bilerek hareket eden ve hukuka uygun bir duruma yol açan kişinin, iç dünyasındaki “yanlış” düşüncesinden dolayı cezalandırılması anlamına gelecektir.¹⁶⁹ Kaldı ki, meşru müdafaa ya da hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde hareket eden ve bunun farkında olan kişinin, en azından kendisini koruma amacını taşımaksızın hareket edeceği ve hatta diğer amaçların koruma amacını bastırarak geri plana iteceği bir durumun tahayyülü ve ispatı da son derece zordur.¹⁷⁰ Ancak bu görüşe karşı da savunma (meşru müdafaa) ya da kurtarma (zorunluluk halinde) iradesiyle hareket etmeyen bir kişinin fiilinin zaten maddi koşullar anlamında savunma niteliği taşımayacağı ve her halde tipiklik unsurunda gerçekleşen hareketin değersizliğinin telafi edilemeyeceği (kompensieren) ileri sürülmüştür.¹⁷¹

b. Hukuka Uygunluk Kastının İsteme Unsuru (volitives Komponent)

Alman Federal Temyiz Mahkemesi (Bundesgerichtshof) uygulamasında yerleşik içtihat¹⁷² ve doktrinde de savunulan bir diğer görüş, failin yalnızca bilerek değil fakat aynı zamanda hukuka uygunluk nedeninin taşıdığı amaca yönelik olarak hareket etmesi gerektiği yönündedir.¹⁷³ Ancak bu durum failin tek amacının bu olmasının arandığı anlamına gelmemektedir, failin dışardan bakıldığında öfkeyle hareket ettiğinin anlaşılması, hukuka uygun davranma isteği tamamen geri plana itilmediği sürece önemli değildir.¹⁷⁴ Bir diğer deyişle, failin hareketini gerçekleştirirken farklı amaçlar taşıması hukuka uygunluk nedeninin subjektif unsurunun gerçekleşmediği anlamına gelmez, ancak hukuka uygun hareket etme dışındaki diğer amaç ve saikler baskın nitelikte olmamalıdır.¹⁷⁵ Benzer şekilde, Türk hukukunda da bazı yazarlar tarafından failin hukuka uygunluk nedenlerinin bilgisine

169 ROXIN § 14 Kn. 99; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88; KINDHÄUSER § 15 Kn. 9; PUPPE § 13 Kn. 5; MURMANN § 25 Kn. 105; KRACK Ralf, *Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente-insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs*, Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Heinz Koriath/Ralf Krack/Henning Radtke/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Göttingen 2010, s. 148.

170 ROXIN § 14 Kn. 99; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596).

171 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 415.

172 BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

173 HEINRICH Kn. 325; GÖKTÜRK, s. 23; KREY/ESSER § 13 Kn. 454; ENGLÄNDER Armin, “Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess”, *HRRS* 13, 389 (391); RENGIER § 17 Kn. 12.

174 WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 416; NK-StGB/PFAFFGEN/ZABEL Vor. § 32 Kn. 100 vd.; LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 53; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 88; KREY/ESSER § 13 Kn. 464; BGH NJW 2013, 2133 (2136); NStZ 1983, 117; NStZ 2000, 365 (366); NStZ 2005 332 (334).

175 BGH NJW 2013, 2135.



sahip olmasının tek başına yeterli olmadığı aynı zamanda hukuka uygun davranma iradesi taşıması gerektiği savunulmuştur.¹⁷⁶

Doktrinde bazı yazarlarca bilme unsurunu yeterli gören ve ayrıca irade unsurunu arayan iki karşıt görüş arasında¹⁷⁷, failin hukuka uygunluk amacıyla hareket etmesi yerine (um-zu motivi yerine), hukuka uygunluk nedeninin maddi koşullarının bulunması sebebiyle (weil motivi) fiilini gerçekleştirmesi aranmıştır.¹⁷⁸ Bu halde ne failin amacı ne de örn. meşru müdafaa halinde savunmaya ilişkin tahayyülü belirleyici olmaktadır.¹⁷⁹ Önemli olan yalnızca failin fiilini, hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarını gerçekleştiren duruma reaksiyon olarak gerçekleştirmesidir.¹⁸⁰ Savunma iradesi, esasını hareketin değersizliğinde bulan yapısı itibariyle harekete ilişkin olmalıdır, netice bu kapsamda değildir.¹⁸¹ Bunun sonucu olarak irade bakımından belirleyici olan savunmayı gerçekleştiren kişinin bunu saldırıya yönelik reaksiyon aracı olarak gerçekleştirmiş olmasıdır.¹⁸² Örneğin daha önce nişanlısına kötü davranan kişiye, objektif olarak mevcut meşru müdafaa halinde vuran fail, devam eden bir saldırıyı engellemek için değil, diğer sebeplerden saldırgana vurduğunda, hukuka uygun hareket etmemiş olacaktır.¹⁸³ Zira bu halde fail, meşru müdafaa neden olan saldırıya karşı reaksiyon olarak fiilini gerçekleştirmemektedir. Failin hareketi, ancak devam eden bir saldırıya karşılık bir reaksiyon olarak gerçekleştiğinde hukuka uygun nitelikte olacaktır; bu halde failin hangi motivle hareket ettiğinin ise bir önemi bulunmamaktadır.¹⁸⁴ Ancak bu görüş de yalnızca bilme unsurunun gerçekleşmesini yeterli gören görüş taraftarlarınca eleştirilmiş ve aradaki ayrımın bilimsel olarak ortaya konulamayacak derecede ince olduğu belirtilmiştir.¹⁸⁵ Yine bu görüş çerçevesinde, failin örneğin öfkeden fiilini gerçekleştirdiği durumda, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurunun gerçekleştiğini bilerek hareket edip etmediğine ilişkin

176 GÖKTÜRK, s. 23; meşru savunmaya ilişkin olarak ÖZGENÇ, s. 371; bilme unsurunu açıkça arayan fakat isteme unsuruna ilişkin açıklama yapmayan görüş için bkz. ÖZBEK/DOĞAN/BACAĞSIZ, s. 281; KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 257.

177 ROXIN § 14 Kn. 102.

178 Aktaran: LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88.

179 Bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88

180 Bkz. LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88.

181 GEILEN Gerd, "Notwehr und Notwehrexzeß", *Jura* 1981, 310 (aktaran RATH, s. 215).

182 GEILEN, *Jura* 1981, 310'dan aktaran RATH, s. 215.

183 ROXIN § 14 Kn. 102.

184 ROXIN § 14 Kn. 102.

185 ROXIN § 14 Kn. 102.

belirleyici ayırım anlamını kaybetmektedir.¹⁸⁶ Ancak bilerek hareket ettiği ilk durumda cezalandırmaya esas alınabilecek tek unsur failin sübjektif durumudur, buna karşın bilmediği halde tereddüde yer bırakmayan somut şekilde hareketin haksızlığı mevcuttur.¹⁸⁷

Bilme unsurunun ayrıca aranmadığını savunan bir görüşe göre, failin maddi unsurların gerçekleştiği inancıyla hareket etmesi bağımsız bir unsur niteliğinde olmayıp hukuka uygun davranma iradesinde mündemiçtir, zira saldırıya uğramadığını düşünen bir kişinin savunma iradesinden de söz edilmesi mümkün değildir.¹⁸⁸

Failin hukuka uygun hareket etme iradesi taşımaksızın başka gerekçelerle hukuka uygun davranışı gerçekleştirmesi halinde, sırf irade unsurunun bulunmaması nedeniyle sübjektif unsurun gerçekleşmediğinin belirtilmesi doktrinde haklı olarak failin salt yanlış düşünceye, motivasyona sahip olma gerekçesiyle cezalandırılmasına yol açacağı belirtilerek eleştirilmiştir.¹⁸⁹ Bu eleştiri haklılığını biraz daha karmaşık bir olay üzerinden daha belirgin olarak göstermektedir. Örneğin A, ikisi de düşmanı olan B ve C'yi kavga ederken görür, C'nin savunmasız bir şekilde yere yığıldığı sırada B, C'ye tekmelerle saldırmaya devam eder. C'nin hak ettiğini bulduğuna sevinen A'nun aklına, C lehine meşru müdafaa gerçekleştirme fırsatından istifade ederek B'yi dövmek gelir ve C'ye yönelik saldırıyı def etmek için gerekli ölçüde B'yi döverek yaralar.¹⁹⁰ Bu halde A, C'yi savunmazsa § 323c StGB gereğince yardım yükümlülüğünün ihlali ve cezai sorumluluğu söz konusu olabilecektir; C'yi savunursa da meşru bir savunma iradesi olmadığı için sübjektif unsurun bulunmaması nedeniyle cezai sorumluluğu doğabilecektir.¹⁹¹ Bu durum bilme unsuru kapsamında failin ikilemde kaldığı durumdan farklılık arz etmektedir; zira bu halde artık failin meşru müdafaaanın objektif unsurlarının gerçekleştiğine ilişkin bilgisi tamdır. Dolayısıyla bilme unsurunda ikilem haline ilişkin getirilen çözüm önerilerine burada başvurulabilmesi mümkün değildir. İrade unsuruna ilişkin bu tereddütlerin yanı sıra, in dubio pro reo ilkesi karşısında teorik tartışmaların dışında uygulamada bu unsurun

186 ROXIN § 14 Kn. 102.

187 ROXIN § 14 Kn. 102.

188 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 55.

189 ROXIN § 14 Kn. 99; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Kn. 88; KINDÄUSER § 15 Kn. 9; PUPPE § 13 Kn. 5; MURMANN § 25 Kn. 105.

190 KRACK, s. 148.

191 KRACK, s. 148.



gerçekleşmediğinin saptanabilmesi zorluğu¹⁹² da yöneltilen eleştirilere haklılık kazandırsa da Alman Federal Temyiz mahkemesinin sübjektif unsurun gerçekleşmediğini kabul etmek için irade unsurunun tamamen noksanlığını aramadığı, fakat failin diğer başka motivasyonlarının hukuka uygunluk motivasyonunun önüne geçmiş olmasını yeterli gördüğü de unutulmamalıdır.

İmparatorluk Mahkemesi (Reichsgericht)¹⁹³ döneminde, Federal Temyiz Mahkemesinin eski içtihatlarında¹⁹⁴ ve doktrinde, dönemin ceza kanununun lafzından yola çıkılarak ayrıca failin hukuka uygun hareket etme iradesinin yanı sıra bazı hukuka uygunluk nedenlerinin (örneğin hukuka uygunluk nedeni olarak zorunluluk halinde) maddi şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini failin dikkatli ve özenli tetkik etmesi beklenmekteydi.¹⁹⁵ Bu halde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı olarak hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının varlığını tetkik etmeyen fail, bu şartların gerçekte bulunmaması halinde suçun taksirli şeklinden sorumlu olmakta; maddi şartların gerçekten bulunması ya da bunların mevcudiyetinin açıklığa kavuşturulmamış olması halinde, hukuka aykırılık bağı tespit edilmeksizin taksirli olarak soyut tehlike suçundan dolayı sorumlu tutulmaktaydı.¹⁹⁶ Ancak bu görüş günümüzde terk edilmiştir, nitekim doktrinde de haklı olarak bu halde hukuka uygunluk nedenlerinin maddi unsurlarında hatanın kaçınılabilir olup olmadığı meselesi ile sübjektif unsurlar meselesinin birbirine karıştırıldığı belirtilerek eleştirilmiş, yürürlükteki düzenlemenin artık açıkça yalnızca tehlikeyi önleme iradesini sübjektif unsur olarak aradığı ifade edilmiştir.¹⁹⁷

c. Çok Hareketli Hukuka Uygunluk Nedenlerinde Kastın Kapsamı

Sübjektif unsur kapsamında yalnızca bilme unsurunu yeterli gören yazarlarca istisnai olarak failin ayrıca hukuka uygunluk nedeninin aradığı iradeyi taşıması gerektiği tek halin hukuka uygunluk nedeninin birden çok hareketli, bir diğer deyişle iki aşamalı olması durumu

192 KRACK, s. 148.

193 RGSt 62, 137; 64, 101, 104.

194 Örneğin 1951 yılından BGH NJW 1951, 930; 1952 yılından BGH NJW 1952, 556; NJW 1952, 893.

195 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 54; JESCHECK/WEIGEND, s. 330, 331; KÖHLER, s. 322, 323.

196 KÖHLER, s. 323.

197 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 54.



(zweiaktige Rechtfertigungsgründe) olduğu belirtilmektedir.¹⁹⁸ Bu halde fiilin hukuka uygun hale gelmesinde, izin verilen bir fiil olarak kabul edilmesinde amaç ilk olarak fiilin kendisiyle değil fakat daha sonraki hareketlerin buna eklenmesiyle gerçekleşmektedir.¹⁹⁹ Fail bu durumda neticenin haksızlığının ortadan kalkmasını sağlayan savunmada bulunma hakkı ya da hareket yetkisine ancak fiiliyle hukuka uygunluk nedeninin amacını gerçekleştirmeyi hedeflediğinde sahip olacaktır; bu ise failin hukuka uygunluk nedenine yönelik olarak özel kast ile (Absicht) hareket etmesini gerektirmektedir.²⁰⁰ Yukarıda açıklanan hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarına ilişkin bilginin yeterli olduğu durumda, failin bilgisinden bağımsız olarak objektif olarak harekete izin verilmesi söz konusuysen bu halde harekete objektif olarak izin verilmesi bunun belli bir amacın gerçekleştirilmesine yönelik olması halinde söz konusudur.²⁰¹ Bu durumun tipik örneğini Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun § 127 hükmünde düzenlenen suçüstü yakalama hali oluşturmaktadır.²⁰² Bu halde, suçüstü bir fiilden dolayı kişinin yakalanması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabilmesi ancak bu kişinin adli mercilere teslim edilmesi halinde söz konusudur. Zira normun amacı suçüstü yakalanan kişinin geçici olarak alıkonulmasıyla gerçekleşmemektedir.²⁰³ Failin, suçüstü durumuna ve hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarına ilişkin bilgiye sahip olması tek başına yeterli değildir, aynı zamanda kişiyi adli mercilere teslim etmek şeklindeki izin normunun amacına yönelik olarak fiilin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.²⁰⁴ Geçici olarak alıkoyma normun amacı değil, suçüstü yakalananın yetkili mercilere teslimi şeklindeki normun amacının gerçekleştirilmesine hizmet eden ara aşamadır, dolayısıyla suçüstü yakalayan kişinin bu hukuka uygunluk nedeninden yararlanabilmesi, ancak geçici olarak yakalamanın normun amacını gerçekleştirmek kastıyla yapılması halinde mümkündür.²⁰⁵ Bir diğer deyişle, failin bu kişiyi adli mercilere teslim etmek yerine kendi cezalandırmak

198 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 89; FRISTER § 14 Kn. 25; RÖNNAU JuS 2009, 595 (596); SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16; ROXIN § 14 Kn. 103; KRACK, s. 149; FRISCH, FS Lackner, s. 146, 147.

199 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

200 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

201 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN Vor. § 32 Kn. 16.

202 ROXIN § 14 Kn. 103.

203 KRACK, s. 149.

204 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

205 KRACK, s. 149.



amacıyla yakalaması halinde artık bu hukuka uygunluk nedeninin gerçekleştiğinden söz edilmeyecek, fail tamamlanmış suçtan dolayı sorumlu olacaktır.²⁰⁶ Yakalama ile söz konusu olan hürriyetten yoksun kılma suçunun neticesinin haksızlığı ancak bu hareket, kişinin resmi mercilere tesliminin ön hareketi niteliğinde olduğunda ortadan kalkmış olacaktır.²⁰⁷

Bu noktada esas olan failin hareketini gerçekleştirirken hukuken aranan irade ile hareket etmiş olmasıdır; bir başka ifade ile suçüstü yakaladığı kişiyi kendi cezalandırmak amacıyla alıkoyan failin, daha sonra bu kişiyi adli mercilere teslim etmesi halinde hukuka uygunluk nedeninden yaralanması mümkün olmayacaktır.²⁰⁸

3. Sübjektif Unsurun Yokluğuna Bağlanan Hukuki Sonuç

a. Kasten İşlenen Suçlarda Sübjektif Unsurun Yokluğu

Sübjektif unsurun yokluğunun hukuki sonucuna ilişkin ilk değerlendirmelerin *Oppenhoff*²⁰⁹ tarafından 1885 yılında krallık dönemi Ceza Kanunu'nun meşru müdafaya ilişkin § 53 hükmüne dair yapıldığı görülmektedir.²¹⁰ *Oppenhoff*, kendi görüşünü belirtmeksizin bu dönemde *Binding'in* tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılma sonucuna vardığını buna karşın *Von Buri'nin* teşebbüs nedeniyle ceza sorumluluğuna gidilmesi gerektiğini kabul ettiğini belirtmiştir.²¹¹ Ancak üçüncü bir alternatif olarak *Oppenhoff*, Krallık Mahkemesi'nin dönem itibariyle söz konusu olan bir kararına değinerek cezasızlık sonucuna işaret etmiştir.²¹² Mahkeme, bu kararında *Binding* ve *Von Buri'nin*

206 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16.

207 ROXIN § 14 Kn. 103.

208 SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16; doktrinde zorunluluk hali kapsamında da birden fazla hareketli hukuka uygunluk nedeninin söz konusu olabileceği belirtilmiştir; buna göre örn. zorunluluk hali içerisinde kaza yerine ulaşmak amacıyla trafiği tehlikeye sokarak araç kullanan hekim, tehlikeye neden olurken yardım görevini yerine getirmek amacıyla hareket etmek, yardım kastına sahip olmak zorundadır. Ancak daha sonra olay yerine vardığında hekimin yardım etmekten vazgeçmesi halinde önceki tehlikeli hareketinin hukuka aykırı hale geldiği söylenemeyecektir; zira esas olan hekimin tehlikeli araç kullanırken bu amaçla hareket etmiş olmasıdır; gerçekleştirilme anında hukuka uygun nitelikte olan bu hareketin sonradan hukuka aykırı hale gelmesi mümkün değildir (SCH-SCH/STERNBERG-LIEBEN StGB Vor. § 32 Kn. 16).

209 OPPENHOFF Friedrich Christian, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Berlin 1881, § 53 Kn. 10.

210 WAIDERHeribert, *Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts*, Berlin 1970, s. 83.

211 OPPENHOFF § 53 Kn. 10.

212 OPPENHOFF § 53 Kn. 10.

görüşlerinden farklı olarak savunma hareketinin saldırının engellenmesi için objektif olarak gerekli olduğu her halde, failin bu hareketi gerçekleştirirken ki motivi hukuki açıdan önem arz etmeksizin meşru müdafaa hükmünün uygulanma imkânı bulacağını kabul etmiştir.²¹³ İşte bugün de halihazırda 1880'li yıllarda söz konusu olan bu tartışmaların Alman hukukunda esas itibarıyla o gün ileri sürülen çözümlerle birlikte halen geçerliliğini koruduğunu ve temel olarak failin tamamlanmış suç nedeniyle ya da teşebbüs nedeniyle cezalandırılması sonuçlarının benimsendiğini ve istisnai olarak cezasızlık sonucuna ulaşıldığını söylemek mümkündür. Aşağıda bu kapsamda ileri sürülen görüşlere ve yargı uygulamasına detaylı olarak değinilecektir.

aa. Tamamlanmış Suç Nedeniyle Cezai Sorumluluk

Alman yargısında hâkim görüş konumunda olan ve doktrinde de taraftar bulan çözüm, sübjektif unsurun eksikliği halinde failin tamamlanmış suçtan dolayı cezalandırılması yönündedir.²¹⁴ Bu görüşü savunan yazarlarca, hukuka uygunluk nedenlerinin yapısından yola çıkılarak, hukuka aykırılığın ancak hem objektif hem de sübjektif unsurların bir arada bulunması halinde ortadan kalkacağı, bu yapıdaki herhangi bir eksikliğin hukuka uygunluk nedeninin, fiilin hukuk düzeniyle uyumlu hale gelmesini sağlayan etkisini tamamen ortadan kaldıracığı belirtilmektedir.²¹⁵ Bu görüşün bir diğer gerekçesi olarak da bu halde neticenin gerçekleşmiş olması karşısında teşebbüs hükümlerine başvurulmasının, gerçeklikten soyutlanmış²¹⁶ bir çözüm olacağı ileri sürülmüştür.²¹⁷ Bir diğer görüşe göreyse, bu halde tamamlanmış suçtan ceza verilmesinin gerekçesini teşebbüsün ve hukuka uygunluk nedenlerinin yapısal farklılığı oluşturmaktadır; zira teşebbüs tipik fiilin objektif unsurlarının tamamlanmadığı hallerde söz konusudur, hukuka uygunluk nedeninin sübjektif unsurunun noksanlığı halinde ise failin bilgisizliği tipik fiile değil, hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarına ilişkindir.²¹⁸

213 WAIDER, s. 84.

214 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 126; KÖHLER, s. 323; HEINRICH Kn. 326; RÜCKERT Christian, Anm. BGH BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, NSTz 2016, 334 (334 vd.); BGH NJW 1952, 312; NJW 1954, 438; NSTz 2005, 332 (334);

215 NK-StGB/PAEFFGEN/ZABEL Vor. § 32.

216 DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 78.

217 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 61.

218 MAURACH Reinhart, Deutsches **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe 1971, s. 304 vd.dan aktaran RATH, s. 280.

Sübjektif unsurun yokluğu halinde failin tamamlanmış suçtan cezalandırılması gerektiği görüşündeki bazı yazarlarca, doktrinde daha sonradan gelişen ve sorumluluğu elverişsiz teşebbüs kapsamında belirleyen görüş, saf objektivist teoriye yakın görülmüştür.²¹⁹

bb. (Elverişsiz) Teşebbüs Nedeniyle Cezai Sorumluluk

Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre, sübjektif unsurun yokluğu halinde fail teşebbüs aşamasında kalmış suçtan dolayı sorumlu tutulmalıdır, zira bu halde Alman Ceza Kanunu'nun teşebbüse ilişkin § 22 hükmünde öngörüldüğü gibi, fail *file ilişkin kendi tasavvuruna göre* icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen objektif olarak haksızlık gerçekleşmemiş olacaktır.²²⁰ Neticenin haksızlığı hukuka uygunluk nedeninin objektif şartlarının gerçekleşmesiyle ortadan kalkarken (telafi edilirken), hareketin haksızlığı varlığını koruyacaktır.²²¹ Teşebbüs hükümlerine doğrudan başvurmayan fakat kıyasen uygulanması gerektiğini savunan yazarlar²²², isabetli olarak ceza sorumluluğunun failin aleyhine olarak genişletilmesinin kanunilik ilkesine aykırı nitelikte olduğu belirtilerek eleştirilmiştir.²²³ Bu eleştiriye karşı suçun tipik unsurlarının ve bu anlamda neticenin meydana gelmesine rağmen tamamlanmış suçtan değil fakat yalnızca teşebbüsten cezalandırma yoluna gidilmesinin failin lehine kıyas niteliğinde olduğu belirtilmiştir.²²⁴

Teşebbüs çözümü, doktrinde, sübjektif unsurların yokluğu halinde gerçekleştirilen, objektif olarak hukuka uygun nitelikteki harekete karşı meşru müdafaanın ileri sürülemeyecek olması karşısında eleştirilmiştir, zira örneğin meşru müdafa halinde gerçekleştirilen hareket meşru müdafaaya dair sübjektif unsurun bulunmaması halinde de bu hukuka uygunluk nedeninin objektif koşullarını taşıyacağından, buna karşı yapılan savunma hukuksuzluğun savunulması niteliğinde olacaktır.²²⁵

Teşebbüs çözümüne getirilen bir diğer eleştiri de bu halde artık neticenin gerçekleşmiş olmasıdır.²²⁶ Bu eleştiriye karşılık olarak bu halde neticenin doğa bilimleri anlamında değil, normatif olarak tipik netice,

219 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

220 GROPP § 5 Kn. 49; LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417; ROXIN § 14 Kn. 104; JESCHECK/WEIGEND, s. 329, 330.

221 WESSELS/BEULKE/SATZGER § Kn. 412, 417.

222 KÜHL § 6 Kn. 16; GÖKTÜRK, s. 28.

223 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 90.

224 FUCHS 19/6.

225 GROPP § 5 Kn. 49.

226 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 60.

haksızlık neticesi olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiş, ancak haksızlık neticesinin gerçekleşmiş olması halinde tamamlanmış suçun söz konusu olacağı göz önünde bulundurulduğunda bu halde teşebbüs hükümlerinin uygulanması gerektiği savunulmuştur.²²⁷

Sübjektif unsurların eksikliği halinde teşebbüs çözümünü savunan görüş Alman doktrininde ağırlıklı görüş konumundadır ve esas itibariyle buradaki teşebbüsün elverişsiz teşebbüs niteliğinde olduğu yönündedir.²²⁸ Elverişsiz teşebbüse başvurulması halinde, teşebbüs hükümleri kıyasen değil fakat doğrudan uygulanmış olacaktır.²²⁹

Sübjektif unsurların bulunmaması halinde teşebbüs çözümüne ulaşılmamasının bir diğer gerekçesi olarak da objektif isnadiyet öğretisi ileri sürülmüştür.²³⁰ Buna göre, neticenin faile objektif olarak isnat edilebilmesi ancak, failin hareketiyle neden olduğu tehlikenin tipik neticede gerçekleşmesi halinde mümkün olduğundan ve sübjektif unsurun noksanlığı halinde fail tarafından ortaya konan tehlikenin, objektif olarak hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının varlığı karşısında gerçekleşmiş olduğundan söz edilemeyeceğinden, netice faile objektif olarak isnat edilemeyecek ve fail teşebbüsten dolayı sorumlu tutulabilecektir.²³¹

Suçtu ikili ayrıma göre inceleyen ve hukuka uygunluk nedenlerini tipikliğin negatif unsuru olarak kabul eden görüş çerçevesinde de, fiilin, hukuka uygunluk nedeninin mevcut olduğu durumda artık objektif olarak tamamlanmayacağı düşünüleceğinden, elverişsiz teşebbüs sonucuna ulaşılacaktır.²³²

cc. Cezasızlık

Alman hukukunda istisnai olarak bazı yazarlarca hukuka uygunluk nedenlerinin sübjektif unsurunun bulunması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bunun yokluğu halinde cezasızlık sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yöndeki bir görüşe göre, sübjektif unsurun yokluğu halinde artık fiilin hukuka uygun olduğundan söz edilemez, ancak hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi halinde artık haksızlığın

227 RÖNNAU JuS 2009, 595 (596).

228 ROXIN § 14 Kn. 105; KREY/ESSER § 13 Kn. 468; SK-StGB/HOYER Vor. §§ 32 Kn. 69; WESSELS/BEULKE/SATZGER § 8 Kn. 417.

229 ROXIN § 14 Kn. 105.

230 FRISCH, FS Lackner, s. 142.

231 FRISCH, FS Lackner, s. 142.

232 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 60.

gerçekleştiğinden de söz edilemez.²³³ Nitekim, fail hukuka uygunluk nedeninin maddi şartlarının bilgisine sahip olmadan hareket ederken her ne kadar kötü bir irade, şahsi bir değersizlik ortaya koysa da, neticenin değersizliği, olgusal değersizlik²³⁴ hukuka uygun, hukuk düzeniyle uyumludur ve bu anlamda yıkıcı değil, yapıcı; hukuka aykırı ya da nötr dahi değil fakat hukuku koruyucu, onu muhafaza edici niteliktedir.²³⁵

Bu halde kişiyi teşebbüs nedeniyle cezalandırmak teşebbüsün haksızlık yapısına aykırı düşmektedir; zira teşebbüste yalnızca failin iç dünyasını yansıtan şahsi bir değersizliğin değil, fakat tamamlanmış suçla kıyaslandığında azalmış da olsa olgusal haksızlığın da gerçekleşmesi gerekmektedir.²³⁶ Teşebbüste söz konusu olan bu olgusal haksızlığın ortaya konulması şartının göz ardı edilmesi halinde artık failin doğruyu, hukuka uygun hareketi gerçekleştirirken yanlış, kötüyü düşünmesi; kötü niyetli olmasından dolayı cezalandırılması söz konusu olacaktır.²³⁷ Böyle bir yaklaşım ise, ceza hukukunun, kötü iradeyi bir şekilde cezalandırmaktan değil fakat hukuki değerleri korumaktan kaynaklanan meşruiyetine aykırılık teşkil edecektir.²³⁸ Bir diğer deyişle, sübjektif unsurun noksanlığı halinde failin teşebbüs gerekçesiyle cezalandırılması, fiil ceza hukukuyla (Tatstrafrecht) bağdaşmayan; düşüncüyü cezalandıran bir zihniyet ceza hukuku (Gesinnungsstrafrecht) anlamına gelecektir.²³⁹

b. Taksirli Suçlarda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Sübjektif Unsuru

Taksirli suçlarda sübjektif unsurun aranamayacağını savunan görüşler olduğu gibi,²⁴⁰ içtihat ve doktrindeki bazı yazarlar tarafından bu halde de sübjektif unsurun bulunması gerektiği de savunulmaktadır.²⁴¹ Sübjektif unsurların varlığını kabul eden bir görüşe göre, fail aynı kast ile işlenen suçlarda olduğu gibi, örneğin meşru müdafaa halinde kast ile kıyaslandığında daha zayıf nitelikte de olsa, genel bir karşı koyma iradesiyle, savunma hareketi gerçekleştirdiği tasavvuruyla hareket

233 RATH, s. 631.

234 GROPP hâkim görüş tarafından kullanılan neticenin haksızlığı veya değersizliği (Erfolgsrecht bzw. -unwert) terimi yerine olgusal değersizlik, haksızlık terimlerini; hareketin değersizliği veya haksızlığı terimleri yerine kişisel değersizlik, haksızlık terimlerini (personaler Unwert bzw. Unrecht) kullanmaktadır (GROPP, s. VIII, 183 vd.).

235 GROPP, s. 184; RATH, s. 264.

236 GROPP, s. 184.

237 GROPP, s. 184.

238 GROPP, s. 184.

239 GROPP, s. 184.

240 LK-StGB/RÖNNAU 2006 Vor. § 32 Kn. 92; KINDHÄUSER § 33 Kn. 60.

241 Bkz. SSW/ROSENAU Vor. § 32 Kn. 15.



etmelidir.²⁴² Bu halde fiil tamamen hukuka uygun hale gelmemekle birlikte, neticenin haksızlığı ortadan kalktığı ve dolayısıyla objektif olarak hukuka uygunluk gerçekleştiği için teşebbüs nedeniyle cezai sorumluluk gündeme gelmekteyse de, Alman hukukunun taksirli suçlarda teşebbüsü cezalandırmayan sistematik yapısı karşısında cezasızlık sonucuna ulaşılacaktır.²⁴³

Frisch tarafından geliştirilen ve sübjektif unsurların esasını; niyetin değersizliğinin eyleme geçirilmesinin haksızlık olarak kabul edildiği elverişsiz teşebbüse ilişkin normatif düzenlemeyle açıklayan görüşe göre, sübjektif unsurların yokluğu halinde failin eyleme geçirdiği kötü, hukuka düşman iradesi haksızlığın esasını teşkil edeceğinden, sübjektif unsurların yokluğu halinde cezai sorumluluğun ancak niyete ilişkin bu unsura yer verilen kast ile işlenebilen suçlarda söz konusu olması mümkündür.²⁴⁴ Bir diğer deyişle taksirli suçlar bakımından uygulanma alanı bulunmamaktadır.²⁴⁵ Yine bu yöndeki başka bir görüşe göre de taksirli suçlarda tipikliğin sübjektif unsurunu “bilme” değil, “öngörme, bilinebilirlik” oluşturduğundan, hukuka uygunluk nedeninin maddi unsurlarının bilinmesiyle giderilebilecek bir hareketin haksızlığı da bulunmamaktadır.²⁴⁶ Hukuka uygunluk nedenlerinin objektif unsurlarının gerçekleşmesi, taksirli suçlar bakımından haksızlığın ortadan kalkması için yeterlidir.²⁴⁷

B. Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Objektif Nitelikte Olduğunu Savunan Görüşler

Bugün Alman hukukunda neredeyse tamamen terk edilmiş bulunan fakat istisnai olarak savunulan objektivist görüşe göre, nasıl ki meşru müdafaa “saldırı” salt objektif olarak belirlenmekte, bir saldırı iradesi aranmamaktaysa; “savunma” da, savunma iradesinin varlığından bağımsız salt objektif olarak değerlendirilmeli, objektif koşulların varlığı halinde savunma iradesi veya bilinci aranmaksızın fiilin hukuka uygun olduğu kabul edilmelidir.²⁴⁸

242 Roxin § 24 Kn. 102; ayrıca bkz. Wessels/Beulke/Satzger § 18 Kn. 142.

243 JOECKS Wolfgang/MIEBACH Klaus/DUTTGE, **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München 2020, § 15 Kn. 203; GS-StGB/DUTTGE Vor. § 32 Kn. 11.

244 FRISCH FS Lackner, s. 130.

245 FRISCH FS Lackner, s. 130.

246 KINDHÄUSER § 33 Kn. 60.

247 FRISCH, FS Lackner, s. 130; GÖKTÜRK, s. 19.

248 LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 138.



Objektif olarak hukuka uygun nitelikteki fiile karşı hukuka uygunluk nedenlerinin ileri sürülemeyeceğinden²⁴⁹ hareketle, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelik taşıdığını belirtilmiştir.²⁵⁰ Ancak bu görüşe karşı Alman Ceza Kanunu'nun münferit hukuka uygunluk nedenlerinin lafzı ve burada geçen "önleme amacıyla" ifadesinin (zur Abwendung, um abzuwenden) karşısında bu gerekçenin yerine olmadığı ifade edilmiştir.²⁵¹ Yine aksi yöndeki bu görüşe göre, hukuka uygunluk incelenmesinin konusunu "objektif durumlar" değil, "hareketler, davranış biçimleri" oluşturur; bu anlamda mühim olan subjektif olarak, hukuk düzenince istisnai surette izin verilen hukuka uygunluk nedeninin amacına yönelik gerçekleştirilen hareketin bulunmasıdır.²⁵²

Türk hukukunda ise bugün halen 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi hâkim görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu yönündedir.²⁵³ Hukuka uygunluk nedenlerinin tipik fiilin menfi kurucu unsurları olarak değerlendirilmesi halinde²⁵⁴ artık objektif olarak bu unsurların gerçekleşmesi durumunda tipik fiilin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Bu halde başından itibaren hukuk düzenine aykırı olmayan bir fiilin²⁵⁵ varlığı karşısında meselenin mefruz suç hükümlerine göre çözümlenebileceği ifade edilmiş ve failin suç işlediğine ilişkin subjektif yargısının kanunilik ilkesi karşısında cezalandırılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.²⁵⁶

Alman hukukunda hukuka uygunluk nedenlerinin lafzından yola çıkılarak yapılan yoruma benzer şekilde Türk hukukunda da meşru müdafaa saldırıyı defetme zorunluluğu ile fiilin işlenmesinin, kişinin saldırıya uğrayan hakkı koruma irade ve bilinciyle hareket etmiş olmasının arandığı şeklinde yorumlanmaya elverişli olduğu belirtilmiştir.²⁵⁷ Ancak bu yorumun isabetli olmadığı, hukuka uygunluk nedenlerinde belirtilenin bir hakkın korunması iradesi değil, korunmasındaki amaç olduğu; bu amacın ise hukuka uygunluk

249 ROXIN § 14 Kn. 96; LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 140.

250 LK-StGB/SPENDEL 2003 § 32 Kn. 140.

251 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

252 LK-StGB/HIRSCH 2003 Vor. § 32 Kn. 51.

253 Önder, s. 223; KATOĞLU, s. 105; GÜNGÖR, s. 63; DÖNMEZER/ERMAN, s. 21; DEMİRBAŞ, s. 264; HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212; TOROSLU, *Genel*, s. 141; KANGAL, s. 203; ERDİN Selim, *Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu*, Ankara 2021, s. 420.

254 Bkz. GÜNGÖR, s. 67, 68.

255 HAFIZOĞULLARI/ÖZEN, s. 212.

256 DÖNMEZER/ERMAN, s. 21.

257 ÖNDER, s. 223.

nedeninin objektif varlığının kabulüne yeterli olduğu ifade edilerek açıklanmıştır.²⁵⁸ Yine meşru müdafaa ve zorunluluk halinde failin saldırıyı veya tehlikeyi savuşturmak *amacıyla* hareket etmiş olması değil, saldırıyı defetmek *zorunluluğu* ile veya tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak *zorunluluğu* ile fiili işlemiş olmasının arandığı ifade edilmiştir.²⁵⁹ Kanun koyucunun TBK m. 52/2'de “*tehlikeden vikaye için*” TCK m. 147'de “*ağır ve acil bir ihtiyacı karşılamak için*” ifadelerine yer vermesinden de sübjektif unsura işaret eden şekilde, failin amacının değil, objektif kurtarma fiilinin bir özelliğine yer verildiğinin anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.²⁶⁰

Bu halde teşebbüs hükümlerine kıyasen başvurulması yönündeki görüş ise Alman hukukunda olduğu kadar Türk hukuku açısından da sübjektif unsurun yokluğu halinde cezalandırmanın gerekçesini teşkil etmek yönünden elverişsizdir. Kaldı ki Türk hukukunda elverişsiz teşebbüs açıkça düzenlenmediği ve aksine TCK m. 35 hükmünde teşebbüsün varlığı için “*elverişli hareketlerle*” *doğrudan doğruya icraya başlanma* arandığı için, elverişsiz teşebbüs çözümüne başvurmak da mümkün değildir.²⁶¹ Kaldı ki Alman hukukunda teşebbüsü düzenleyen § 22 StGB hükmünde *fiile ilişkin* “*kendi tasavvuruna göre*” *doğrudan doğruya icraya* başlayan kişinin suç işlemeye teşebbüs etmiş sayılacağı kabul edilerek teşebbüsün esasında “*eyleme geçirilmiş hukuka düşman iradeyi*” cezalandırılabilirliğin gerekçesi olarak kabul eden objektif-sübjektif teori benimsenmiştir.²⁶² Bu teoriye göre belirleyici olan maddi konunun tehlikeye atılmış olması değil, kastın eyleme geçirilmesiyle ortaya konulmuş hareketin haksızlığıdır.²⁶³ Hareketin haksızlığını ve iradeyi esas alan objektif-sübjektif teoriden farklı olarak objektif teoride teşebbüsün cezalandırılabilirliği failin iradesinden değil fakat tipik neticenin gerçekleştirilmesinin yakın bir tehlike olarak var olmasından ileri gelmektedir.²⁶⁴ Başka bir ifadeyle, teşebbüs, neticenin haksızlığının gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğinden ötürü cezalandırılmaktadır; bu ihtimal ise ilk olarak icra hareketlerine başlanması ve bu hareketlerin elverişli olması halinde mümkün olduğundan, objektif teori çerçevesinde hazırlık hareketleri teşebbüsün

258 ÖNDER, s. 223.

259 KANGAL, s. 203.

260 KANGAL, s. 203.

261 Aynı yönde DURSUN/BOZBAYINDIR, s. 85.

262 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

263 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

264 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.



alanından çıkarılmakta ve elverişsiz hareketlerin cezalandırılmaması sonucuna ulaşılmaktadır.²⁶⁵ Alman hukukundan farklı olarak TCK m. 35 hükmünde teşebbüsün cezalandırılmasının esası yönünden suçun kanuni tanımıyla belirli bir yakınlık ve bağlantı aranarak objektif teori benimsenmiştir.²⁶⁶ Bu durum hükmün gerekçesinde failin kastını esas alan sübjektif görüşün sorumluluk alanını birey aleyhine genişleteceği gerekçesiyle benimsenmediği belirtilerek ortaya konmuştur.²⁶⁷ Kanun koyucunun TCK'da objektif teoriyi benimsemiş olması da teşebbüsün varlığı için neticenin haksızlığının gerçekleşme ihtimalinin yüksekliğinin esas alındığını ve hareketin haksızlığına tek başına teşebbüsün varlığı için yeterli görülmediğini ortaya koymaktadır. Hukuka uygunluk nedenlerinin maddi koşullarının gerçekleşmesi halinde ise neticenin haksızlığı ortadan kalkmış olacağından hukuki esasını objektif teorinin teşkil ettiği bir sistemde, failin teşebbüsten cezalandırılabilmesine olanak bulunmamaktadır. Bunun yanı sıra kanun koyucunun CMK m. 223/2/d hükmünde yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen olayda bir hukuka uygunluk nedeni bulunması halinde sanık hakkında beraat kararına hükmedileceği şeklindeki düzenlemesi, hukuka uygunluk nedenlerinin failin bilgi ve iradesinden bağımsız bir etkiye sahip olduğuna işaret etmektedir.²⁶⁸

SONUÇ

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yerine ilişkin bugün doktrinde ağırlıklı olarak bunların yokluğunu tipikliğin menfi unsuru ya da suçun bağımsız bir unsuru olarak değerlendiren görüşlerin savunulduğunu belirtmek mümkündür. En başta hukuka uygunluk nedenlerinin kaynakları, kanunilik ilkesi ve hukuka aykırılık ile tipik fiilin fonksiyonel ve yapısal farklılıkları göz önünde bulundurulduğunda bu nedenlerin bulunmamasıyla söz konusu olan “hukuka aykırılık” niteliğinin fiile ilişkin bir yargı niteliğinde olduğu ve bunun da suçun bağımsız bir unsurunu teşkil ettiği görüşü daha isabetli görünmektedir.

Hukuka uygunluk nedenlerinin suçun yapısı içerisindeki yeri kadar bu nedenlerin yapısı da tartışmalıdır. Bu hususta ağırlıklı olarak bu nedenlerin objektif nitelikte olduğunu belirten görüşler ile bu nedenlerin ayrıca sübjektif unsura sahip olduğunu savunan görüşler mevcuttur.

265 JESCHECK/WEIGEND § 49, s. 513.

266 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393.

267 KOCA/ÜZÜLMEZ, s. 393.

268 GÜNGÖR, s. 63

Objektif görüş çerçevesinde bu nedenlerin maddi olarak gerçekleşmiş olmasının yeterli olduğu, ayrıca failin bunlara ilişkin kast ile hareket etmesinin gerekmediği savunulmaktadır. Sübjektif unsurun varlığını savunan görüşler çerçevesinde ise, salt hukuka uygunluk nedeninin maddi olarak varlığının yeterli olmadığı aynı zamanda failin bunların en azından bilgisiyle hareket etmesi gerektiği belirtilmektedir. Sübjektif unsurun varlığını savunanlar arasında da, bunun kapsamına ilişkin bir görüş birliğinin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bazı yazarlar, failin sadece maddi unsurların gerçekleştiğini bilerek hareket etmesinin yeterli olacağını savunurken, diğer bazı yazarlar ve Alman Federal Temyiz Mahkemesi ayrıca failin hukuka uygun hareket etme iradesine de sahip olmasını aramaktadır. Mahkeme, bu halde failin ari olarak hukuka uygun hareket etme iradesine sahip olmasının gerekli olmadığını, failin diğer saiklerinin hukuka uygun hareket etme iradesini bastırmamasının yeterli olduğunu belirtmektedir.

Yine sübjektif unsurların varlığını savunan görüşler arasında bunların yokluğuna bağlanan hukuki sonuç bakımından da bir görüş birliği bulunmamaktadır. Alman Federal Temyiz Mahkemesi bu halde failin tamamlanmış suçtan sorumlu olacağını kabul etmektedir. Doktrinde de ise ağırlıklı görüş bu halde elverişsiz teşebbüsün söz konusu olacağı yönündedir.

Bugün Türk hukukunda hâkim görüş, hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğu yönündedir. Buna karşın bazı yazarlarca sübjektif unsurların varlığı da savunulmakta; bu unsurun muhtevası olarak kastın bilme ve isteme unsuru bir arada aranmaktadır. Sübjektif unsurun yokluğu halinde ise teşebbüs hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiği belirtilmektedir.

Kanunda düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin lafzı, hukukumuzda elverişsiz teşebbüsü cezalandıran bir hükmün bulunmaması ve failin aleyhine cezalandırılabilirliğin genişletilmesine yol açacak şekilde teşebbüs hükümlerine kıyasen başvurulmasının kanunilik ilkesine aykırı nitelikte olması karşısında Türk hukuku açısından hukuka uygunluk nedenlerinin objektif nitelikte olduğunu belirten görüşler daha isabetli görünmektedir.



KAYNAKLAR

- ALACAKAPTAN Uğur, **Suçun Unsurları**, Ankara 1973.
- BOCK Dennis, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2018.
- BOCKELMANN Paul, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 1975.
- BRINGEWAT Peter, **Grundbegriffe des Strafrechts**, Baden-Baden 2018.
- DEMİRBAŞ Timur, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2013.
- DÖLLING Dieter/DUTTGE Gunnar/KÖNIG Stefan/RÖSSNER Dieter (Hrsg.), **Gesamtes Strafrecht**, Baden-Baden 2017. (GS-StGB/yazar)
- DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir, **Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku**, Genel Kısım, C. II, İstanbul 2015.
- DURŞUN Selman/BOZBAYINDIR Ali Emrah, "Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedenlerinin Manevi Unsurları Meselesi", **İÜHF**, C. 83, S. 1, Y. 2015, ss. 63-90.
- EISELE Jörg, "Strafrecht AT: Erlaubnistatbestandsirrtum und subjektives Rechtfertigungselement", **JuS** 2016, ss. 366-368.
- EISELE Jörg/HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2020.
- EKİCİ ŞAHİN Meral, **Ceza Hukukunda Rıza**, İstanbul 2012.
- ENGLÄNDER Armin, "Der Verteidigungswille bei Notwehr und Notwehrexzess", **HRRS** 13, ss. 389-393.
- EREM Faruk/DANIŞMAN Ahmet/ARTUK Mehmet Emin, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 1997.
- ERDİN SELİM, **Hukuka Uygunluk Sebeplerinde Subjektif Unsur Sorunu**, Ankara 2021.
- FRANK Reinhard, **Über den Aufbau des Schuldbegriffs** (Sonderausdruck), Festschrift der juristischen Fakultät der Universität Gießen, Gießen 1907, ss. 3-29.
- FREUND Georg, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2009.
- FREUND Georg/ROSTALSKI Frauke, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2019.
- FRISCH Wolfgang, **Grund- und Grenzprobleme des sog. subjektiven Rechtfertigungselements**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 113-148.

FRISTER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2018.

FUCHS Helmut, **Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2008.

GALLAS Wilhelm, "Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen", **ZStW** 67 (1955), ss. 1-47.

GÖKTÜRK Neslihan, "Hukuka Uygunluk Nedenleri Objektif Nitelikte Midir?", **CHD**, S. 27, Nisan 2015, ss. 7-28.

GROPP Walter, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2015.

GRUPP Magdalena, **Das Verhältnis von Unrechtsbegründung und Unrechtsaufhebung bei der versuchten Tat**, Baden-Baden 2009.

GÜNGÖR Devrim, **Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata**, Ankara 2007.

HAFIZOĞULLARI Zeki, **Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni**, Ankara 1996.

HAFIZOĞULLARI Zeki/Özen Muharrem, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2014.

HAUF Claus-Jürgen, **Strafrecht Allgemeiner Teil Kurzlehrbuch**, Heusenstamm 2001.

HEINRICH Bernd, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2019.

HIPPEL Robert von, **Deutsches Strafrecht Band II**, Heidelberg 1971.

HRUSCHKA Joachim, **Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, Systematisch entwickelte Fille mit Lösungen zum Allgemeinen Teil**, Berlin 1988.

İÇEL Kayıhan/ SOKULLU-AKINCI Füsün/ ÖZGENÇ İzzet/ SÖZÜER Adem/MAHMUTOĞLU Fatih S./ ÜNVER Yener, **Suç Teorisi**, İstanbul 2000.

JÄHNKE Burkhard /LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm /ODELSKY Walter (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band 2, Berlin 2003. (LK-StGB/yazar 2003)

JAKOBS Günther, **Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre**, Berlin 1991. (AT)

JAKOBS Günther, **Kritik des Vorsatzbegriffs**, Tübingen 2020.

JESCHECK Hans-Heinrich/WEIGEND Thomas, **Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil**, Berlin 1996.

JOECKS Wolfgang/MIEBACH Klaus (Hrsg.), **Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch**, München 2020.



- KANGAL Zeynel, **Ceza Hukukunda Zorunluluk Durumu**, Ankara 2010.
- KARGL Walter, **Strafrecht Einführung in die Grundlagen von Gesetz und Gesetzlichkeit**, Baden-Baden 2019.
- KASPAR Johannes, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2017.
- KATOĞLU Tuğrul, **Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık**, Ankara 2003.
- KAUFMANN Arthur, **Einige Anmerkungen zu Irrtümern über den Irrtum**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 185-197.
- KINDHÄUSER Urs, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2009.
- KINDHÄUSER Urs /NEUMANN Ulfrid /PAEFFGEN Hans-Ulrich (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, Band I, Baden-Baden 2017. (NK-StGB/yazar)
- KINDHÄUSER Urs/ZIMMERMANN Till, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Baden-Baden 2020.
- KOCA Mahmut/ÜZÜLMEZ İlhan, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2015.
- KÖHLER Michael, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 1997.
- KRACK Ralf, **Zum Inhalt der subjektiven Rechtfertigungselemente insbesondere zum Irrtum über die Zielrichtung des Angriffs**, Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Heinz Koriath/Ralf Krack/Henning Radtke/Jörg-Martin Jehle (Hrsg.), Göttingen 2010, ss. 145-157.
- KRAUß Detlef, "Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht", **ZStW** 76 (1964), ss. 19-68.
- KREY Volker/ESSER Robert, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Stuttgart 2016.
- KUDLICH Hans, "An den Grenzen der Notwehr", **JA** 2014, ss. 587-591.
- KÜHL Kristian, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2012.
- LAUFHÜTTE Heinrich Wilhelm/TIEDEMANN Klaus (Hrsg.), **Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar**, Band 2, Berlin 2006. (LK-StGB/yazar 2006)
- LISZT Franz von, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Berlin 1888.
- MAURACH Reinhart, **Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil**, Karlsruhe 1971.
- MERKEL Adolf, **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**, Stuttgart 1889.

- MURMANN Uwe, **Grundkurs Strafrecht**, München 2020.
- OPPENHOFF Friedrich Christian, **Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich**, Berlin 1881.
- OTTO Harro, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Berlin 2004.
- ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.
- ÖZBEK Veli Özer/DOĞAN Koray/BACAŞIZ Pınar, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2020.
- ÖZGENÇ İzzet, **Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2019.
- PUPPE Ingeborg, **Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung**, Baden-Baden 2016.
- RADBRUCH Gustav, **Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem**, Berlin 1903.
- RADBRUCH Gustav, "Über den Schuldbegriff", **ZStW** 04 (1904), ss. 333-348.
- RATH Jürgen, **Das subjektive Rechtfertigungselement**, Heidelberg 2002.
- RENGIER Rudolf, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, München 2020.
- ROXIN Claus, **Strafrecht Allgemeiner Teil Band I**, München 2006.
- RÖNNAU Thomas, "Grundwissen – Strafrecht: Subjektive Rechtfertigungselemente", **JuS** 2009, ss. 594-597.
- RÜCKERT Christian, Anm. BGH, Urt. v. 27.10.2015 – 3 StR 199/15, **NStZ** 2016, ss. 334-335.
- SATZGER Helmut/SCHLUKEBIER Wilhelm/WIDMAIER Gunter (Hrsg.), **Kommentar zum Strafgesetzbuch**, Köln 2020. (SSW-StGB/*yazar*)
- SCHHÖNKE Adolf/SCHRÖDER Horst (Hrsg.), **Strafgesetzbuch**, München 2019. (Sch/Sch/*yazar*)
- SEILER Stefan, **Strafrecht Allgemeiner Teil I**, Wien 2007.
- SCHMIDHÄUSER Eberhard, **Zum Begriff der Rechtfertigung im Strafrecht**, Festschrift Für Karl Lackner zum 70. Geburtstag, Wilfred Küper (Hrsg.), Berlin 1987, ss. 77-94.
- TANER Tahir, **Ceza Hukuku Umumi Kısım**, İstanbul 1949.
- TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara 2010. (Genel)



TOROSLU Nevzat, **Ceza Hukukunda Zaruret Hali**, Ankara 1968.
(Zaruret Hali)

WAIDER Heribert, **Die Bedeutung der Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen für Methodologie und Systematik des Strafrechts**, Berlin 1970.

WELZEL Hans, Das deutsche Strafrecht, Berlin 1969.

WESSELS Johannes/BEULKE Werner/SATZGER Helmut, **Strafrecht Allgemeiner Teil**, Heidelberg 2018.



TÜRK İDARİ YARGISINDA İÇTİHAT AYKIRILIĞININ ÖNLENMESİ VE GİDERİLMESİNE YÖNELİK ÇÖZÜM ÖNERİLERİ¹

(Suggestions for Solutions for the Preventing and Removing Conflict Judgments in Turkish Administrative Judiciary)

Dr. Zeki UYSAL²

ÖZ

Ülkemiz gibi yargı ayrılığını benimsemiş olan ülkelerde içtihat aykırılığının ortaya çıkması doğal karşılanırsa da aykırı içtihatlar nedeniyle oluşan hukuki belirsizliğin sürüp gitmesi, sonuçta yargıya güveni zedeleyeceğinden kabul edilemez. Bu durum, içtihatî nitelik taşıyan idari yargı açısından, dramatik sonuçlara yol açacak niteliktedir. İdari yargı sistemimizde içtihat aykırılıklarını giderici bir mekanizma olarak içtihatların birleştirilmesi müessesesine Danıştay dava daireleri ile kurul kararları yönünden 90 yıldır başvurulmaktadır. Temmuz/2016'da istinaf sisteminin faaliyete geçirilmesiyle idari yargı uyuşmazlıklarının büyük kısmının bölge idare mahkemelerinin verdiği kararlarla kesinleştiği düşünüldüğünde, aynı/benzer uyuşmazlıklar açısından Danıştay ve istinaf kararları arasında aykırılığın oluşması kaçınılmazdır. Bölge idare mahkemesi kararları arasındaki içtihat aykırılığının giderilmesi amacıyla yürürlüğe konulan mekanizma da sadece giderici yönüyle devrededir. İchtihat aykırılığını önleyici mekanizmalar henüz aykırılığın doğmadığı bir aşamada sorunu kaynağında çözme yetisine sahip olduğundan, giderici mekanizmalara kıyasla içtihat aykırılığında doğan hukuki sorunların çözümünde daha etkindirler. Bu itibarla, iyi uygulama örnekleri göz önünde bulundurularak öncelikle içtihat aykırılığını önleyecek etkin mekanizmaların idari yargı düzenimize kazandırılması, üzerine kafa yorulan bir meseledir. Bu mekanizmaların entegrasyonu ve iyi uygulama örnekleri, bundan sonraki süreçte meselenin hukuk sistemimizde işgal edeceği yer ve boyutla doğrudan ilgilidir. Ayrıca, yalnızca aykırılıkları giderici yönüyle uygulamadaki her iki sistemin daha etkin bir çözüm

1 Bu makale "İdari Yargıda İchtihat Aykırılığının Önlenmesi ve Giderilmesi Usulü" isimli doktora tezinden türetilmiştir.

2 Hâkimler ve Savcılar Kurulu Tetkik Hâkimi, e-posta: zekiuyusal78@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-4861-025X



mekanizmasına büründürülmesi için mevzuat değişikliği yapılması da elzemdir.

Anahtar Kelimeler : İctihat aykırılığı, icthahatların birleştirilmesi, önleyici-giderici mekanizmalar, çözüm önerisi.

ABSTRACT

While the emergence of such contradictions may be viewed natural in countries such as ours which adopt the separation of judiciary, it is nevertheless unacceptable as it erodes confidence in the judiciary because of the persistent legal uncertainty due to the existence of contradictory judgments. This is likely to lead to more dramatic consequences for the administrative judiciary which is wholly of a nature of judgment. In our country, the unification of judgment has been in practice for ninety years as a mechanism to remove the contradictions arising from the case-law of law chambers and plenary sessions of the law chambers. Considering that upon the operationalisation of appellate system in July/2016, a large part of administrative disputes will be finalised by the decisions of regional administrative courts, it becomes inevitable that contradictory judgments will occur between the decisions of Council of State and appellate courts in respect of the same or similar disputes. The mechanism effected to remove contradictions or conflicts between the decisions of various regional administrative courts is integrated into the system solely by their remedial aspect. Capable of solving a problem at the root, they are more effective than remedial mechanisms in removing legal problems arising from contradictory judgments. Therefore, it is an issue on which minds are already working that considering good practices, mechanisms that will effectively prevent contradictory judgments should be incorporated in our administrative judicial order. The integration of such mechanisms in our administrative judicial system and good practices are directly related to the space and magnitude which the issue of contradictory judgments will occupy as a matter in our legal system. Furthermore, it is essential to enact necessary legislative amendments to build more effective problem-solving capacity for the systems of unification of judgments in respect of the aforementioned mechanisms integrated into the system solely by their removal aspect.

Keywords: Conflicting judgment, unification of judgments, preventive-removal mechanisms, solution suggestion.

GİRİŞ

Hukukun üstünlüğünün temel unsurlarından olan hukuki güvenlik ilkesi, yürürlükteki hukuk kuralları uygulanmak suretiyle verilen yargı kararlarının benzer hukuki meselelere ilişkin olaylarda aynı şekilde sonuçlanacağı ve bu şekilde oluşan uygulamanın tutarlı bir şekilde devam edeceği yönünde toplumda bir beklenti oluşturur. Ancak, aynı ya da benzer olaylardan doğan uyuşmazlıkların hukuken kabul edilebilir herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin farklı şekilde neticelendirilmesiyle oluşan içtihat aykırılıkları, bu beklentinin karşılanamamasına sebebiyet verir. Bu durum, hukuki belirsizlik ortamının oluşmasına zemin hazırlayacağından hukuki güvenlik ilkesini zedeler. Bu nedenle, ilgili yargı kolunda içtihat birliği sağlanamaz ve sonuçta yargıya olan güven azalır.

İdari yargı mercilerince verilen kararlarla da yorum farkından kaynaklanan birtakım içtihat aykırılıklarının ortaya çıktığı bilinen bir gerçektir. Bu aykırılıkların giderilmesi için içtihatları birleştirme müessesesi, Danıştay kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlıklar yönünden uzun zamandır yürürlükte. Buna rağmen, müessese, böyle bir sisteme ihtiyaç olmadığından başlayıp, hukuku kalıplaştırdığı hatta Anayasaya aykırı olduğuna kadar çok sert eleştirilere maruz kalmıştır. Bu durum, müessesenin işlevini yeterli etkinlikle gerçekleştirememesine neden olmuştur. Nitekim, içtihatların birleştirilmesi yönünde verilen kararların sayısının azlığı da Danıştayın bu konuda çekingen davrandığının bir kanıtıdır.

Öte yandan, istinaf sisteminin 20 Temmuz 2016 tarihi itibarıyla faaliyete geçmesiyle birlikte idari yargıya ilişkin uyuşmazlıklar, kural olarak, bölge idare mahkemelerinin vereceği kararla kesinleşmektedir. Bu hâliyle istinaf kanun yolu genel kanun yolu, temyiz ise ancak mevzuatta sayılan istisnai durumlarda işletilebilecek bir kanun yolu niteliğine büründürülmüştür. Bu durum, idari yargıda içtihat aykırılıklarının daha da artacağını kaçınılmaz bir gerçeklik olarak gözler önüne sermektedir.

İçtihat aykırılıklarının idari yargıda ortaya çıkışını engelleyen (önleyici) mekanizmalar, aykırılıkların doğmasından sonra ortadan kaldırılmasına yönelik (giderici) mekanizmalara nazaran sorunu işin başında çözen özelliği ile daha etkin bir usul olarak ön plana çıkmaktadır. Buna rağmen, idari yargı sistemimizde bu amaçla devrede olan etkin önleyici sistemlerin bulunduğundan söz edilmesi maalesef güçtür. İstinaf sisteminin faaliyete geçmesiyle birlikte bahsi geçen



mekanizmalara olan ihtiyaç daha da artmış bulunmaktadır. Çünkü yürürlükteki mevzuat, hem istinaf hem de Danıştay kararları açısından sadece icthihat aykırılıklarını gidermeye yönelik bazı yönleri eksik kalan düzenlemeler içermekte iken, asıl etkinlik sağlanması gereken önleyici mekanizmalara yer vermemektedir. Bu nedenle, icthihat aykırılığı meselesi, ülkemizde sadece ortaya çıktıktan sonra giderilmesi anlamında değil, ortaya çıkmasının önlenmesi anlamında da gündemdeki yerini sağlamlaştırmıştır.

İctihatları birleştirme mekanizması ile bölge idare mahkemeleri kararları yönünden aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin mekanizmanın etkin bir şekilde işletilmesi ve icthihat aykırılıklarını önleyici mekanizmaların iyi uygulama örneklerinden yararlanmak suretiyle idari yargı sistemimize kazandırılması gerekmektedir.

Çalışmada, bahsi geçen gereklilik çıkış noktası olarak alınmış olup, söz konusu her iki mekanizma açısından mevcut sorunların çözümüne yönelik somut önerilerde bulunulmuştur. Daha da önemlisi, icthihat aykırılığının ortaya çıkışını önleyen mekanizmaların etkin işleyen bir uygulamaya konu edilecek şekilde idari yargı sistemimize kazandırılmasına odaklanılmıştır. Böylece, bir yandan mevcut giderici mekanizmaların en etkin şekilde konuya çözüm bulabilmesine, diğer yandan da etkin önleyici mekanizmaların idari yargı sistemimize kazandırılması suretiyle bu konuda etkili sonuçlar veren bir uygulama oluşturulmasına katkı sağlanması amaçlanmıştır.

I. İCTİHAT AYKIRILIĞI MESELESİ VE TÜRK İDARİ YARGI UYGULAMASI

Eşitlik ilkesi, hukuki durumu aynı olanların aynı hukuk kurallarına tâbi olmasını gerektirdiğinden, ilkenin gözetilmesi aynı zamanda bireylerin devlete olan sadakat duygusunun gelişmesini de sağlamaktadır. Aksi durumlar, sadakat duygusunun sarsılması suretiyle telafisi çok güç veya imkânsız sonuçların ortaya çıkmasına yol açar.³ İşte bu noktada, aynı ya da benzer hukuki durumlarda birbirine aykırılık gösteren kararlar verilmesi suretiyle ortaya çıkan icthihat aykırılığı, mahkeme kararlarının toplum hayatında istikrar sağlayıcı bir unsur ve bir ölçüde de olsa toplumsal hayatın düzenleyicisi olma vasfının kaybedilmesi sonucunu meydana getirir.⁴

3 ÖZKAN Gürsel, "Yargıya Güven Sağlanması İhtiyacı", *Danıştay Dergisi*, S.151, 2019,s.71-72.

4 TUNCAY Aydın H. / ÖZDEŞ Orhan / BAŞPINAR Recep, "Danıştayın Tarihçesi", *Yüzyıl Boyunca Danıştay*, Ankara, 1968, s.704.

İçtihat aykırılıkları bu yönüyle, yine sadece ülkemiz açısından değil, uluslararası seviyede üzerinde tartışılan ve üstesinden gelinmek istenen hukuki bir sorundur.⁵ Nitekim, Avrupa Konseyinin önemli danışma organlarından olan Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulunun (Consultative Council of European Judges - CCJE) 2017/Kasım'da gerçekleştirdiği 18. Genel Kurul Toplantısında kabul ettiği 20 Nolu Görüşün başlığı, “İçtihat Birliği Sağlanmasında Mahkemelerin Rolü”dür. Bu Görüşte, AİHM'in Vinčić ve Diğerleri/Sırbistan (B. No: 44698/06, 01.12.2009) kararına atıf yapılmak suretiyle, birbirine aykırı mahkeme kararlarının süreklilik göstermesinin, kamunun yargıya duyduğu güveni azaltması muhtemel olan hukuki belirsizlik durumuna sebebiyet verebileceği belirtilmiştir.⁶

Bu noktada, AYM ve AİHM'in meseleyi ne şekilde ele aldığından bahsetmekte yarar vardır. Her iki mahkeme de yargı yetkisini kullanan mahkemelerin aynı ya da benzer uyuşmazlıklar hakkında farklı bir içtihat geliştirmelerinin olağan olduğunu, bu durumun aynı mahkeme içinde ortaya çıksa dahi, her biri kendi yargı alanında yetkili olan yargılama ve temyiz mahkemeleri ağına dayalı yargı sistemlerinin doğal bir özelliği olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedirler.⁷ İçtihat aykırılığı, aynı yargı koluna dâhil mahkemeler arasında oluşabileceği gibi, birbirinden tamamen bağımsız ve aralarında yargısal anlamda herhangi bir hiyerarşi ilişkisi olmayan birden fazla yargı koluna dâhil mahkemeler arasında da oluşabilir. Birbiriyle çelişen kararlar, belirli bir yargı kolundaki tek yüksek mahkemenin aynı veya farklı daireleri tarafından ya da yine aynı yargı kolu içinde fakat son derece mahkemesi sıfatını haiz, nihai hüküm veren çeşitli mahkemeler tarafından verilebilir.⁸ Ancak, aykırılığın

5 SEZGİNER Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (150. Yıl)**, Ankara, 2018, s.122, (“İdari Yargıda İstinaf”).

6 CCJE 20 Nolu Görüş, § 6. Avrupa Konseyi üyesi olan Türkiye adına CCJE toplantılarına katılan HSK tarafından yaptırılan ve henüz herhangi bir şekilde yayımlanmamış olan gayriresmi çeviriden alınmıştır. Çalışmanın bundan sonraki kısımlarında kısaca CCJE diye anılacak olan Avrupa Hâkimleri Danışma Kurulunca hazırlanan bu Görüşte yapılan atıflar açısından da aynı durum söz konusudur.

7 AYM, Aşır Tunç, B. No: 2015/17453, 22.01.2019, § 64; AİHM, Pinto/Portekiz, B. No: 39005/04, 20.05.2018, § 41.

8 AYM, Engin Selek, B. No: 2015/19816, 08.11.2017, § 55-56. 59. İçtihat aykırılığının farklı yargı düzenleri arasında çıkmasının mümkün olduğuna ilişkin görüş için ayrıca bkz. DURAN Lütfi, “Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihad Uyuşmazlığı”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s.10: “Çünkü, ayrı yargı mercilerinin kendi görev alanlarının özelliği ve ‘mission’larının icabı olarak, farklı içtihad siyasetlerine sahip bulunmaları ve bazı noktalarda birbirinden uzaklaşmaları tabii ve zaruri karşılanmalıdır.” Yazarın içtihat aykırılıklarının yüksek mahkemeler arasında yani farklı yargı kollarında doğmuş olması hâlinde içtihat farklılığının mutlaka giderilmesinin gerekmediği konusundaki yaklaşımı AİHM ve AYM'nin konuyu ele alışına oldukça yakındır.



makul sürede giderilememesi hukuk devleti bakımından ağır sonuçları olan kabul edilemez bir durumdur. Dolayısıyla, bu sorunun çözümüne yönelik mekanizmaların kurulması ve işletilmesi gerekir.⁹

Ülkemizde idari yargı sisteminin en üst mahkemesi olan Danıştay, idari yargı düzeni içinde icthah farklılıklarının önlenmesi ve giderilmesi amacını gerçekleştirmeye hizmet eden mekanizmaların işletilmesi bakımından birinci derecede sorumludur. Nitekim, gerek AYM kararlarında gerekse de AİHM kararlarında icthah aykırılığını gidererek icthah birliğini sağlama görevinin, ilgili yargı kolundaki yüksek mahkemeye düştüğü pek çok defa vurgulanmıştır.¹⁰ Ayrıca, CCJE de 18 Aralık 2008'de gerçekleştirdiği 9. Genel Kurul Toplantısında kabul ettiği “*Yargı Kararlarının Kalitesi*” başlıklı 11 Nolu Görüşünde, Anglo-Sakson hukuk sistemlerinden farklı olarak Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde icthah birliğinin ilgili yargı kolunun en üst mahkemesi tarafından sağlanması gerektiğini açıkça ifade etmiştir.¹¹

“İctihatların birleştirilmesi müessesesi” Danıştayın bahsi geçen rolünü gerçekleştirebilmesini teminen, Danıştay daireleri ve kurullarının birbirine aykırı veya birbiriyle uyumsuzluk gösteren kararları nedeniyle oluşan icthah aykırılıklarını giderme amacıyla 1931 yılından bu yana kesintisiz bir şekilde varlığını korumaktadır. Hâlihazırda, 2575 sayılı Danıştay Kanununda (m. 18, 39 ve 40) düzenlenmekte ve bu yöndeki talepler “Danıştay İctihatları Birleştirme Kurulu (DİBK)” tarafından karara bağlanmaktadır.

Diğer yandan, istinaf sisteminin 20 Temmuz 2016 tarihinden itibaren idari yargıda faaliyete geçirilmesiyle birlikte uyumsuzlukların istinaf mercileri olan bölge idare mahkemeleri nezdinde yapılacak başvurular üzerine anılan mahkemelerce¹² verilecek kararla kesinleşmesi kural hâline getirilmiştir. Bu yüzden, ülkemizde idari bir uyumsuzluğun temyiz yoluyla

9 SEZGİNER Murat, “İdari Yargıda İctihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Danıştay’ın İctihat Mahkemesi Rolünün Önemi”, *Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)*, Ankara, 2019, s.179, (“İdari Yargıda İctihat”).

10 AYM, İslam Şahin, B. No: 2014/1780, 21.01.2016, § 55: “Yüksek mahkemelerin oynaması gereken rol tam da yargı kararlarında doğabilecek icthah farklılıklarına bir çözüm getirmektir.” AİHM, Albu ve Diğerleri/Romanya, B. No: 34796/09, 12.05.2012, § 39: “İctihatta birliği sağlamaktan sorumlu en yüksek mahkemeler aracılığıyla tam ve hızlı bir şekilde uygulanması gereken etkin mekanizmalar oluşturulmasının nedeni, çeşitli yerel mahkemelerin kararlarında oluşacak tutarsızlığı gidermek ve böylece halkın yargıya duyduğu güveni sürdürmektir.”

11 CCJE, 11 Nolu Görüş, § 48. Görüşün İngilizce metnine erişim için link: <https://rm.coe.int/16807482bf> (Erişim Tarihi: 07.07.2021)

12 Ülkemizde Ankara, İstanbul, İzmir, Samsun, Konya, Gaziantep, Erzurum, Adana ve Bursa olmak üzere toplam dokuz adet BİM faaliyettedir.



Danıştay önüne getirilmesi bir nevi istisna niteliğindedir. Bu durum, içtihadî özelliği bulunan idare hukuku bakımından ayrıca önemlidir. Zira, yeni sistemle istinaf aşamasında kesinleşecek uyuşmazlıkların sayısı oldukça artmış ve idari yargı bakımından hukukun belirlendiği merci, adeta istinaf mahkemeleri olmuştur. İçtihat aykırılığı meselesi Danıştay kararları yönünden hukuki bir sorun teşkil etmekte iken, bölge idare mahkemeleri kararları arasında ortaya çıkmaması düşünülemez.¹³ Bu nedenle, Danıştay'ın hem kendi içinde aynı hukuki soruna ortak bir çözüm bulması hem de bölge idare mahkemelerinin kararları arasında oluşacak içtihat aykırılıklarını veya uyuşmazlıklarını giderme misyonu, hukuk güvenliğinin gerçekleşebilmesi açısından hayati derecede önem kazanmıştır.¹⁴

6545 sayılı Türk Ceza Kanunu İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 6. maddesiyle 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Kanuna eklenen 3/C maddesinin 4-c bendi uyarınca BİM Başkanlar Kurulunu içtihat aykırılığını Danıştay Başkanlığına iletme konusunda yetkilendirilmiş¹⁵ve 4. fıkranın (c) bendine göre yapılacak talepler hakkında 2575 sayılı Danıştay Kanununun 39. ve 40. maddelerinin uygulanacağı hususu, anılan maddenin 5. bendinde ifade edilmiştir. Daha sonra, 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 7. maddesiyle 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde yapılan değişiklikle, 4. fıkranın (c) bendine göre yapılacak istemlerin, konusuna göre İDDK veya VDDK'ya iletilerek ilgili dava daireleri kurulunca karara bağlanacağı belirtilmiştir.¹⁶

13 SEZGİNER, *İdari Yargıda İstinaf*, s.122, 133-134.

14 YILMAZOĞLU Yunus Emre, "İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Y.7, S.13, Ankara, 2019, s.551.

15 28 Haziran 2014 tarih ve 29044 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan anılan maddenin ilgili bölümünün tam metni şu şekildedir: "Bölge idare mahkemesi başkanlar kurulu: Benzer olaylarda, bölge idare mahkemesi dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında veya farklı bölge idare mahkemeleri dairelerince verilen kesin nitelikteki kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık bulunması hâlinde; resen veya ilgili bölge idare mahkemesi dairelerinin ya da istinaf yoluna başvurma hakkı bulunanların bu aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesini gerekçeli olarak istemeleri üzerine, istemin uygun görülmesi hâlinde kendi görüşlerini de ekleyerek Danıştay Başkanlığına iletmek."

16 <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2019/10/20191024-25.htm> (Erişim tarihi: 14.09.2021)



II. ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. İctihat Aykırılığını Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Devreye Alınması

1. Genel Olarak

İctihat aykırılıkları, hem ortaya çıkışının önlenmesi hem de ortaya çıksa dahi giderilmesi yönünden birlikte ele alınması gereken bir hukuki meseledir. Ayrıca, giderici mekanizmalara nazaran sorunu işin başında çözen özelliği ile önleyici mekanizmaların daha etkin oldukları bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, öncelikli olarak önleyici etkin mekanizmaların hukuk sistemine kazandırılması, ayrıca her iki mekanizmanın da giderici yönüyle uygulama birliği sağlama amacına daha etkin bir şekilde hizmet edebilecek niteliği haiz olması gerekmektedir.

Danıştay icthahatları birleştirme müessesesi ve BİM kararları yönünden yürürlüğe konulan aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesi sisteminin mevzuatta düzenlendiği hâliyle soruna tam anlamıyla çözüm bulmaktan uzak olduğu açıktır. Çünkü, her iki sistem de sadece icthah aykırılığının veya uyuşmazlığının giderilmesini sağlamakta olup, icthah aykırılığının veya uyuşmazlığının ortaya çıkmasını önleyici herhangi bir fonksiyona sahip değildir.

Bu nedenle, karşılaştırmalı hukuktaki örneklerden yararlanılmak suretiyle icthah aykırılığını önleyici ve giderici mekanizmaların idari yargı sistemimize işlevsel bir şekilde entegrasyonu konusunda somut önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır. Öneriler, bilhassa aykırılığın önlenmesi açısından ilk derece mahkemesi olan idare ve vergi mahkemelerinden başlayarak, bölge idare mahkemelerini içerecek ve Danıştay'ı da kapsayacak şekilde yapılacaktır. Bu itibarla, konu, hukuki bir mesele olarak idari yargı sisteminin tümü açısından değerlendirilecektir.

2. Hakem (Koordinatör) Hâkimlik Müessesesi

İdari yargı sistemimizin kaynağını oluşturan Fransa'da sadece Paris İdare Mahkemesinde 2012 yılından bu yana herhangi bir mevzuat düzenlemesine dayanmaksızın (gayriresmi) varlığını sürdüren bu sistemde, hakem hâkim(ler) arabulucu gibi görev yapmaktadırlar. Şöyle ki; aynı bölümde¹⁷ görev yapan mahkemeler arasında ortaya çıkan farklı

17 İşbölümü esasına göre bir ihtisaslaşmaya dayalı olarak görev yapan toplam 6 bölümden oluşan Paris İdare Mahkemesinde toplam 19 mahkeme yer almaktadır.

kararları takip etmekte, farklı karar çıkma ihtimali oluştuğunda konu hakkında çözüm önermekte ve meslektaşları ile görüşüp karşılıklarına çıkan ve içtihat aykırılığı yaratacak uyuşmazlıkları karara bağlamaktadırlar.¹⁸

Sözü edilen mekanizmanın tıpkı Fransa/Paris örneğinde olduğu gibi, özellikle iş yoğunluğunun fazla olduğu ve bu sebeple bünyesinde çok sayıda ilk derece mahkemesi barındıran Ankara, İstanbul ve İzmir illeri yönünden mevzuatta düzenlenerek resmi bir mekanizma olarak içtihat aykırılıklarının önlenmesi ve giderilmesi amacıyla uygulamaya konulmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir. Bahsi geçen yerlerdeki ilk derece mahkemeleri için ayrı ayrı olmak üzere, ihtiyaç durumuna göre, bir veya birden fazla yargı mensubunun hakem hâkim olarak görev yapmak üzere belirlenmesi amacıyla HSK'ya yetki verilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.¹⁹

Mekanizmanın, ilk derece mahkemelerinde tek hâkim tarafından verilen ve verildiği anda kesin niteliğe sahip olması nedeniyle herhangi bir itiraza tabi olmayan kararlar²⁰ yönünden uygulamaya alınması ise ayrı bir öneme sahiptir. Zira, aynı somut olay ve hukuki durumdan kaynaklanan konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları ve tam yargı davaları ile idari işlemlere karşı açılan iptal davalarının aynı mahkeme içerisinde ayrı hâkimler tarafından dahi farklı şekilde neticelendirilmesi hukuken mümkündür. Bu şekilde oluşan içtihat aykırılığını bırakın önlemeyi, gideren bir mekanizma dahi idari yargı sistemimizde mevcut değildir.

Hakem hâkim müessesesi sayesinde öncelikle içtihat aykırılığının ortaya çıkması engellenebilir, çıksa dahi ortadan kaldırılması için hukuki bir imkân doğabilir. Zira, hakem hâkim içtihat aykırılıklarının derinleşmesini ve süreklilik kazanmasını önleyici çözüm ve öneride bulunma imkânı ile donatıldığında, en azından içtihat aykırılığının giderilmesi yönünden aktif rol oynayabilir. Sözü edilen rol, böyle bir durumun ilgili BİM Başkanlar Kuruluna hakem hâkim tarafından

18 SEZGİNER, *İdari Yargıda İçtihat*, s.178; GÜLER Murteza / YURDAKÖK Murat Haki / EMİROĞLU Ulya, "İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2018 - 2019)**, Danıştay Yayınları No:107, Ankara, 2019, s.21.

19 Aynı yöndeki görüş için bkz. GÜLER Murteza, "İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara, 2019, s.183.

20 2577 sayılı Kanununun 45. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi hükmü uyarınca, konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları ile tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davaları hakkında idare ve vergi mahkemelerince verilen kararlar bu niteliktedir.



bildirilmesi ve anılan kurulun konu hakkında vereceği kararın bu anlamda kesinlik taşıması şeklinde işletilebilir. Böylece, aynı BİM bünyesindeki ilk derece mahkemelerinin aynı somut olay ve hukuki mesele hakkında vereceği kararlar yönünden ortaya çıkan içtihat aykırılığı giderilmiş olur. Bu şekilde karara bağlanan hususlar yönünden farklı BİM kararları arasında ortaya çıkabilecek aykırılık ya da uyuşmazlıklar da 2576 sayılı Kanununun 3/C maddesinde öngörülen usul uyarınca ilgisine göre Danıştay İDDK veya VDDK'ca giderilebilir.

Ek olarak, hakem hâkimin kendisine verilen bu görev ile ilgili olarak yıllık faaliyet raporu hazırlaması ve bunu ilgisine göre İDDK veya VDDK'ya gönderilmek üzere BİM Başkanlar Kuruluna sunması, müesseseyi daha kurumsal bir yapıya kavuşması açısından öne çıkaracaktır.²¹Ayrıca, anılan Raporun, Danıştay İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimine²² de gönderilmesi, ülke çapında söz konusu kararlar açısından mevcut durumun bilinirliği açısından önemlidir. Zira, anılan Birimin içtihat aykırılıklarının önlenmesi için Danıştay daireleri ve kurulları ile bölge idare mahkemeleri arasında düzenli değerlendirme toplantıları yapılmasını temin etmek görevi bulunmaktadır. Bu durum, söz konusu raporlardan anılan Birimin haberdar edilmesini kanımızca gerekli kılmaktadır.²³

3. Yargısal Görüş Müessesesi

Fransa'da içtihat aykırılıkların önlenmesi amacıyla 1987 yılında yürürlüğe konulan resmi mekanizma niteliğindeki yargısal görüş müessesesi;²⁴

21 GÜLER, s.183.

22 Sözü geçen Birim, 06.03.2020 tarih ve 31060 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Danıştay İctüzüğünde Değişiklik Yapılmasına Dair İctüzük ile Danıştay İctüzüğüne eklenen 34/A maddesinde düzenlenmektedir. Maddenin 1. fıkrası hükmü şu şekildedir: "Danıştayda, kararları izleyerek içtihatların geliştirilmesi ve bilinirliğinin sağlanması için düzenli çalışmalar yapmak, içtihat farklılıklarının önlenmesine yönelik önerilerde bulunmak, istatistikler ve raporlar hazırlamak üzere Başkana bağlı İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimi bulunur."

23 Bahsi geçen görevin dayanağı olan Danıştay İctüzüğü'nün 34/A maddesinin f bendi hükmü ise şu şekildedir: Birim, Başkana sunulmak üzere aşağıdaki faaliyetleri yerine getirir: ... f) İctihat aykırılıklarının önlenmesi için daire ve kurulları ile Bölge İdare Mahkemeleri arasında düzenli değerlendirme toplantıları yapılmasını temin etmek ..." Ayrıca, 12.02.2020 tarihinde Danıştay intranet sayfasında yayım ile birlikte yürürlüğe giren "Danıştay İctihat, Raporlama ve istatistik Biriminin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Yönerge"nin "Birimin Görevleri" başlıklı 5. maddesinin f bendi de aynı hükmü içermektedir. Sözü edilen intranet sayfası kamuya açık olmadığından, burada Yönergenin metnine ulaşılabilmesi için herhangi bir link verilmesi mümkün olmamıştır.

24 Yargısal görüş müessesesi, münhasıran Fransız Hukukuna özgü olmamakla birlikte çalışmanın kapsamı açısından Fransa uygulaması esas olarak alınmak suretiyle müessesenin



- a) Uyuşmazlığın çözümünün zorluğuna uygun bir yargılama yapmaya imkân vermesi,
- b) Karmaşık nitelik taşıyan uyuşmazlıkların değerlendirilerek karara bağlanmasını sağlaması,
- c) Yargılamanın daha hızlı ve etkin hâle gelmesinin önünü açması,
- d) Daha da önemlisi, içtihat aykırılıklarının ortaya çıkışının engellenmesi suretiyle yargıya güvenin artmasına katkıda bulunması bakımından önemli bir görev ifa etmektedir.²⁵

Müessesenin idari yargı mevzuatımızda düzenleme yapılmak suretiyle sisteme entegrasyonun içtihat aykırılıklarının ortaya çıkışının önlenmesi ve sonuçta içtihat birliğinin sağlanması açısından faydalı ve gerekli olduğunu düşünmekteyiz.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 20/B maddesinden sonra gelmek üzere eklenecek 20/C maddesi olarak müessese Türk idari yargı sistemine kazandırılabilir.

Yapılacak düzenleme şu hususları içerecek şekilde olabilir:

1. Daha önceden Danıştay tarafından hakkında karar verilmemiş, ciddi zorluk taşıyan yeni bir hukuki uyuşmazlığın ortaya çıkması hâlinde, bahsi geçen uyuşmazlık hakkında birden fazla ihtilaf ortaya çıkmışsa ya da ortaya çıkması muhtemelse, ilk derece idari yargı mercileri veya bölge idare mahkemeleri dairesince uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmeden önceki aşamada, yargısal görüşünü vermesi için dava dosyası Danıştay'a iletilebilir.

2. Yargısal görüş, uyuşmazlığın konusuna göre görevli Danıştay dava dairesince verilir. Öte yandan, görüş istenen uyuşmazlığın birden fazla dairesinin görev alanına girmesi hâlinde²⁶ ilgili dava dairesinin müştereken yapacağı heyet toplantısında yargısal görüş verilir.

3. Yargısal görüşe ilişkin başvuru, belirlenecek kısa bir süre içerisinde (örneğin 5 gün) diğer idari yargı mercilerince öğrenilmesi amacıyla Danıştay resmi internet sitesinde yayınlanır.

İçtihat aykırılıklarını önleme yönünden etkisi dikkate alınmış ve ülkemiz idari yargı sistemine entegrasyonu açısından bir model önerilmeye çalışılmıştır.

25 GÜLER / YURDAKÖK / EMİROĞLU, s.22-23.

26 2577 sayılı Kanunun 27. maddesinin 2. fıkrasının 8. bendinde; işbölümünde aynı mevzuattan kaynaklanan uyuşmazlıkların birden fazla dairede çözümlenmesi konusunda farklı esaslar belirlenebileceği hüküm altına alınmıştır.



4. Yargısal görüş, belli bir süre içerisinde (örneğin 3 ay) incelenerek verilir ve bu görüş en hızlı şekilde (örneğin 3 gün içerisinde) Danıştay'ın resmi internet sitesinde ilan edilir.
5. Danıştay tarafından konu hakkında yargısal görüş verilene veya bu konudaki süre dolana kadar yargısal görüş istenen uyuşmazlığa ait derdest davanın esası hakkında karar verilemez.
6. Verilen yargısal görüş bağlayıcı nitelik taşımaz ve yargısal görüş verilen uyuşmazlıklar yönünden temyiz yoluna başvurulması mümkündür.

Öte yandan, yargısal görüşün hem ilk derece idari yargı yerleri hem de bölge idare mahkemelerince istenebilir. Bu noktada, bölge idare mahkemelerinin itiraz üzerine verdiği kesin kararlar açısından yargısal görüş istenip istenemeyeceği sorusu akla gelebilir.

Daha önceden de bahsedildiği üzere, içtihat birliğinin sağlanmasında asıl görev ilgili yargı kolunun yüksek mahkemesine düştüğünden, söz konusu kararlar yönünden de yargısal görüşün Danıştay'dan istenmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, Danıştay'ın vereceği yargısal görüş bağlayıcı olmayacağından, dosyanın Danıştay'a gel(e)meyecek oluşu kanımızca hukuken bir sorun teşkil etmeyecektir. Ayrıca, yargısal görüş istenen uyuşmazlığın birden fazla BİM'in yargı çevresine dâhil mahkemelerde de görülmekte olması hâlinde, farklı bölge idare mahkemelerince farklı yönde yargısal görüş verilmesi ihtimalinin içtihat aykırılığı yönünden doğuracağı hukuki sorunların da bu şekilde önüne geçil(ebil)miş olacağı kanaatindeyiz.

4. Grup Dava Uygulaması

İdari yargılamada bir yargılama usulü olarak kabul edilen grup dava uygulaması, özellikle içtihat birliğinin henüz herhangi bir aykırılık çıkmadan sağlanması bakımından önemlidir. Grup dava uygulamasıyla mahkeme, pilot (emsal) davadaki kesin hüküm doğrultusunda diğer davaları neticelendirir.²⁷

Fransa, Almanya ve İsveç'te hâlihazırda yürürlükte olan uygulama sayesinde içtihat aykırılıklarının ortaya çıkışı engellenmekte ve içtihat

27 TÜRKÖĞLU ÜSTÜN Kamile, "Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması", *Memleket Siyaset Yönetim (MSY)*, C.10, S.24, s.117: "Grup dava üç aşamadan oluşur: Birincisi mahkemenin önüne gelen bazı davaları grup dava olarak nitelendirmesi ve diğer davaların görülmesini geri bırakması; ikincisi emsal davanın seçilmesi ve öncelikle görülüp kesin hükümle sonuçlandırılması; üçüncüsü ise geri bırakılan davaların emsal dava dikkate alınarak karara bağlanmasıdır."



birliği sağlanarak yargıya güvenin artması sağlanmaktadır.²⁸ Türk idari yargı sistemi açısından içtihat aykırılıklarının önlenmesi noktasında faydalı ve gerekli olduğu düşünüğümüz uygulamanın idari yargı sistemimize entegrasyonunun ulusal mevzuatta yapılacak düzenlemeyle gerçekleştirilmesi önem arz etmektedir. Grup dava uygulaması açısından daha önceden kanunlaştırılmayan bir tasarının²⁹ istinaf sisteminin henüz yürürlüğe girmediği dönemde mevcut oluşu dahi, uygulamaya duyulan ihtiyacın daha da arttığı ortaya koymaktadır.

Özel hukuk uyumsuzlukları ile kıyaslandığında, idari yargıya ilişkin uyumsuzluklar bakımından aynı maddi³⁰ ve hukuki sebebe bağlı ve birbirine emsal teşkil edebilecek nitelikte³¹ birçok dava bulunması çok sık karşılaşılan bir durumdur. Ayrıca, idarenin bir işlem veya eyleminden çok sayıda kişinin etkilenmesi ve bu kişilerin idari yargıda dava açmaları da sıklıkla görülebilir.³²

24. Yasama Döneminin 4. Yılında TBMM'ye gönderilen 1/865 Esas Numaralı Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısının Genel Gereğesinde de belirtildiği üzere; geçmiş dönemlerde, bazı bankaların bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılarak yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesinden, çalışanların tasarrufa teşvik edilmesi ve bu tasarrufların değerlendirilmesinden, hizmet birleştirmesi suretiyle Emekli Sandığı dışındaki sosyal güvenlik kurumlarından yaşlılık aylığı bağlanan

28 Ayrıca, dava dosyalarının uzun süreler boyunca derece mahkemeleri ile Danıştay arasında gidip gelmesinden kaynaklanan uzun yargılama sürelerinin kısaltılması suretiyle yargıya güvenin artmasına katkısı olduğu da ifade edilmektedir. Güler, s.185; SANCAKDAR Oğuz, "İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara, 2014, s.160: "Grup davası yoluyla usul ekonomisine hizmet edilmekte, açılan davadan bütün grup üyeleri yararlanmakta olduğundan onların dava açmasına gerek kalmamakta, böylelikle mahkemelerin iş yükü hafiflemektedir. Farklı yargısal kararların çıkması önlenmektedir. Hukuk güvenliği sağlanmaktadır."

29 Tasarı metnine erişim için link: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss521.pdf>. (Erişim Tarihi: 07.07.2021)

30 EKMEKÇİ Yalçın / ALTINDAĞ Samet, "İdari Yargılama Usulünde Grup Dava", **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2018 - 2019)**, Danıştay Yayınları No:107, Ankara, 2019, s.36: "Maddi yönden bağlılık ifadesi ile dava konusu edilen işlemlerin aynı maddi olay ve sebepten dolayı tesis edilmiş olması, yani idari işlemlerin sebep unsurunda birlik olması gerektiği; hukuki yönden bağlılık ifadesi ile davada göz önünde tutulması ve uygulanması gerekli hukuki düzenlemelerin aynı olması, yani idari işlemlerin konu unsurunda birlik olması gerektiği anlaşılmaktadır."

31 EKMEKÇİ / ALTINDAĞ, s.36: "Birbirine emsal teşkil etme ifadesiyle de, pilot davada verilen kararın belirtilen davalar bakımından emsal, örnek vb. olma hâli olduğu anlaşılmaktadır."

32 SEZGİNER Murat, "İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve 'Grup Dava' Uygulaması" **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara, 2014, s.206, ("İdari Yargılama Hukukunda").



kişilere ödenecek emekli ikramiyesinden, yolluk ödemelerinden, uzman öğretmenliğe atanamamadan, kapsam dışı personelin ücretlerinden kesilen işsizlik sigortası primlerinden, uçuş tazminatından yapılan vergi kesintilerinden kaynaklanan ve sayısı binlerle ifade edilen uyuşmazlıkların idari yargıya intikal ettiği bilinmektedir.³³

İşte böyle bir durum söz konusu olduğunda, sayıca fazla olan³⁴ aynı nitelikteki uyuşmazlıklar hakkında birbirinden farklı kararlar verilmesi suretiyle içtihat aykırılığı oluşması her zaman mümkündür. Bu nedenle, grup dava uygulaması sayesinde söz konusu aykırılığın ortaya çıkması engellenmekte ve bahsi geçen uyuşmazlıkların en az giderle ve mümkün olan süratle çözülmesi³⁵ yanında içtihat aykırılığını önleyici etkin bir mekanizma olarak da devreye girmektedir.³⁶

Uygulamanın işletilmesi açısından yapılacak yasal düzenleme şu hususları içerebilir:³⁷

1. İdari mahkemeler ile Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla baktığı davalarda sırasıyla grup dava kararı alınması, pilot dosyanın belirlenmesi ve pilot olarak belirlenen dosyanın esas hakkında karar verilmesi gerekmektedir. Bu aşamada, pilot dava ile ilgili verilecek kararın kesin hüküm haline gelmesine kadar diğer davalar hakkında bekletme kararı verilir.

2. Pilot davanın belirlenmesi sırasında ayrıntılı çok sayıda iddia içeren dosyanın tercih edilmesi uygun olacaktır. Bu aşamada seçimi bir dosya ile sınırlandırmak, pilot davanın tarafının davadan feragati, ölümü veya kanun yoluna başvurmaması gibi ihtimaller gözetildiğinde sağlıklı sonuç veremeyebilecektir. Bu itibarla, birden fazla dosyanın belirlenerek esas yönünden karara bağlanması, uygulamanın işlerliği açısından daha faydalı olacaktır.

33 Erişim: <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss521.pdf>, (Erişim Tarihi: 12.08.2020)

34 Fransa uygulamasının aksine grup dava uygulamasında Almanya uygulamasında olduğu gibi dava sayısı açısından alt sınır belirlenmesinin yararlı olacağı düşünülmektedir. Aynı yöndeki görüş için bkz. SEZGİNER, *İdari Yargılama Hukukunda*, s.215; Grup dava sayısının mevzuatta kesin olarak belirlenmesi yerine, konunun yargı yerlerinin takdirine bırakılmasının daha isabetli olacağına ilişkin görüş için bkz. EKMEKÇİ / ALTINDAĞ, s.36.

35 T.C. Anayasasının 141. maddesinin 4. bendine göre; davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.

36 Danıştay bünyesinde oluşturulan İdari Yargı Komisyonu bu müessesenin seri dava adıyla uygulamaya geçirilebileceği konusunda görüş birliğine varmıştır. Sözü edilen seri dava müessesesi, tıpkı yargısal görüş müessesesi gibi içtihat birliğinin sağlanmasında önemli bir yere sahiptir. GÜLER, s.185.

37 SEZGİNER, *İdari Yargılama Hukukunda*, s.212-213; EKMEKÇİ / ALTINDAĞ, s.36-39.



3. Pilot dava hakkında verilen karara karşı yapılacak kanun yolu incelemesinin uyuşmazlığın konusuna göre, İDDK veya VDDK tarafından yapılması gereklidir. Zira, idari yargı uygulamasında ısrar kararlarının temyizi konusundaki yetki münhasıran ilgili dava daireleri kuruluna tanınmıştır. Ayrıca, istemin esas yönünden sonuçlandırılması için azami süre öngörülmesinin (örneğin en geç 3 ay) sürecin hızlı bir şekilde tamamlanması açısından gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Bu noktada, öncelikle grup dava usulüne başvurulmasının uygun olup olmadığı hakkında daha kısa sürede (örneğin 1 ay içerisinde) karar verilmesi icap edecektir. Çünkü, söz konusu usule başvurulmasının uygun görülmemesi halinde pilot davanın esas hakkında herhangi bir karar verilmeyecektir. Böyle bir durumdan haberdar olunmasını temin amacıyla uygun vasıta ile (örneğin resmi internet sitesinde yayım gibi) diğer yargı mercilerine ve pilot dava ya da davalar ile bekletilen diğer davaların taraflarına gerekli duyuru yapılmalıdır. Diğer yandan, kanun yolu incelemesinde davanın grup dava niteliğinde olduğuna karar verildiği takdirde de aynı şekilde duyuru yapılmalıdır.

4. Aynı kapsamdaki diğer davaların karara bağlanması için temyiz incelemesi kapsamında ilgili Danıştay dava dairesi kurulunun pilot davanın esas hakkında vereceği kesin karar beklenir. Verilen bu karar da aynı yöntemle duyurulmalıdır.

5. Derece mahkemeleri de bekletme kararı verdiği grup davaları, pilot dava hakkında kanun yolu incelemesinde verilen karar doğrultusunda sonuçlandırır. İlgili merci tarafından bu şekilde sonuçlandırılan karara uygun olarak hükme bağlanan mahkeme kararları ve mevcutsa diğer mahkemelerce verilen kararlar aleyhine kanun yollarına başvurulamaz. Ancak, karara bağlanan davanın grup dava kapsamında olmadığına veya grup davaya uygun karar verilmediğine dair iddialarla kanun yoluna başvurulabilir.

Almanya örneğinde, herhangi bir yargı yeri ile sınırlandırılma yapılmaksızın bütün ilk derece mahkemelerinde ve kanun yolları aşamasında grup dava uygulamasına başvurulabilir. Yargısal görüş müessesesi açısından ülkemiz idari yargı sistemine ilişkin yapılan açıklamaların burada da geçerli olacağı belirtilmelidir. Yani, istinaf kanun yolunun asıl, temyiz kanun yolunun ise istisna olduğu gözetilerek, istinafta kesinleştiği için Danıştay'a gitmeyecek nitelikteki uyuşmazlıklar yönünden de grup dava uygulaması hakkında verilen karara karşı kanun yolu başvurusunun Danıştay ilgili dava daireleri kuruluna yapılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira, müessese ile



nihai olarak icthaat aykırılığının ortaya çıkmasının önlenmesi suretiyle icthaat birliğinin sağlanması amaçlanmaktadır. Buna göre, yapılacak kanuni düzenlemeyle grup davaya ilişkin kanun yolu incelemesinin istinafta kesinleşecek uyuşmazlıklar yönünden de Danıştay ilgili dava daireleri kurulu tarafından gerçekleştirileceğinin kural altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yöndeki bir düzenlemenin, BİM kararları arasında ortaya çıkan aykırılık veya uyuşmazlıkların da konusuna göre İDDK veya VDDK'ca giderilmesine ilişkin mevcut düzenlemeyle uyum göstereceğini, ayrıca idari yargı açısından icthaat birliğinin sağlanması bakımından Danıştay'a verilen görevin yerine getirilmesine de imkân sağlayacağını düşünmekteyiz.

5. Düzenli İstişare Toplantıları

Düzenli istişare toplantıları, Fransa dışında İsveç³⁸ gibi bir kısım ülkelerde de icthaat aykırılıklarının önlenmesi ve ayrıca giderilmesi suretiyle icthaat birliğinin sağlanması amacıyla uygulanmakta ise de; anılan amacın gerçekleştirilmesi noktasında en etkin şekilde Fransa'da devrede olan bir mekanizmadır.

İstişare toplantıları Fransız uygulamasında, herhangi bir yazılı kurala bağlanmaksızın yani tamamen gayriresmi niteliği haiz olarak ilk derece ve istinaf mahkemeleri ile birlikte Conseild'État'ta³⁹ da gerçekleştirilmektedir. Uygulanış şekli dikkate alındığında, ilk derece ve istinaf mahkemelerinde icthaat aykırılıklarını önleyici nitelikte, Conseild'État'ta ise giderici nitelikte uygulama alanı bulmaktadır.

Söz konusu mekanizmanın icthaat aykırılığını önleyen ve gerektiğinde de gideren yönüyle ülkemizde idari yargı sistemine entegrasyonunun idari yargı özelinde icthaat birliğinin sağlanmasına hizmet edeceği kanaatindeyiz. Ayrıca, bu tarz toplantıların gerçekleştirilmesi için

38 İsveç idari yargı sisteminde de ilk derece, istinaf ve Yüksek İdare Mahkemesi (Danıştay) hâkimleri icthaat farklılıklarını önlemeye yönelik olarak belirli aralıklarla bir araya gelmektedirler. GÜLER / YURDAKÖK / EMİROĞLU, s.30. Örneğin, yılda bir defa olmak üzere Yüksek İdare Mahkemesi, idari istinaf mahkemesi başkanlarını ve bazı istinaf hâkimlerini Yüksek İdare Mahkemesine davet etmektedir. İstinaf temsilcileri bu görüşmede hangi alanlarda eksiklik olduğunu belirtirken, Yüksek İdare Mahkemesi ise temyiz izninin verilebileceği ve böylece emsal teşkil edecek nitelikte davalar bulunup bulunmadığı konusunda incelemelerde bulunmaktadır. Ayrıca, ilk derece mahkemelerinin temsilcileri de aynı şekilde Yüksek İdare Mahkemesine davet edilirler. HECKSHER Sten, "İstinafın İşleyişinde İzin Sistemi ve Danıştay'ın Rolü", **İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı**, Antalya, 2009, s.153.

39 Conseild'État uygulamasında düzenli olarak her hafta Salı günü öğleden sonra "Troyka" ismiyle gerçekleştirilmektedir.

tıpkı Fransız uygulamasında olduğu gibi yazılı herhangi bir kuralın gerekmediğini düşünmekteyiz.⁴⁰ Nitekim, istinaf sisteminin ülkemizde yürürlüğe girmesinden sonra ortaya çıkması muhtemel problemler ile çözüm önerilerini görüşmek ve içtihat paylaşımı suretiyle içtihat aykırılığının önlenmesi amacıyla Danıştay Başkanının başkanlık ettiği Danıştay meslek mensuplarının⁴¹ oluşturduğu heyetlerle bölge idare mahkemeleri ziyaret edilmiştir.

Diğer yandan, Danıştay dava daireleri yaygın bir şekilde birden fazla heyet oluşturmak suretiyle karar vermektedir.⁴² Her bir heyetçe verilen kararlar nedeniyle içtihat aykırılığı oluşmasının engellenmesi ilgili daire başkan ve üyelerinin katılımıyla gerçekleştirilecek istişare toplantıları ile sağlanabilir. Bu tarz daire içi bir toplantının yapılması için herhangi bir mevzuat düzenlemesine ihtiyaç duyulmadığı kanaatindeyiz.

Ek olarak, düzenli istişare toplantılarının ilk derece idari yargı mercilerinde de gerçekleştirilmesi, müesseseye daha fazla işlerlik kazandıracaktır. Zira, bu durum, içtihat aykırılığının henüz kaynağında ortaya çıkışının önüne geçilmesini sağlayacaktır. Özellikle tek hâkim tarafından verilen kararların günden güne artmakta olduğu düşünüldüğünde, bu tip kararlar açısından mahkeme üye hâkimleri ile başkanın katılımıyla mahkeme içi toplantıların en az bir aylık periyodlar hâlinde yapılması sayesinde bir önceki ayda verilen kararlardan varsa birbirine aykırılık teşkil edenlerin tespiti yapılabilir. Ayrıca, daha önceden de önerildiği üzere, HSK tarafından resmi olarak görevlendirilecek hakem (koordinatör) hâkim bilgilendirilir ve böylece tespit edilen içtihat aykırılıkları hakem hâkimin yıllık raporuna yansıtılır. Mahkeme başkanı da sadece heyet hâlinde verilenler açısından değil, tek hâkimle verilen mahkemesine ait kararlar yönünden de içtihat birliğinin sağlanmasına katkıda bulunmuş olur.⁴³

40 SEZGİNER, *İdari Yargıda İstinaf*, s.131: "Bu toplantılar kanuni bir düzenleme ile zorunlu olarak öngörüleceği gibi böyle bir düzenleme olmaksızın resen harekete geçilmek suretiyle de yapılabilir."

41 2575 sayılı Kanunun 3. maddesi hükmünde, Danıştay meslek mensuplarının; Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, Danıştay başkanvekili, daire başkanları ile üyeler olduğu belirtilmiştir.

42 2575 sayılı Kanunun 13. maddesinin 2. bendi hükmü şu şekildedir: "Her dairede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur. Heyetler bir başkan ve dört üyenin katılımıyla toplanır, salt çoğunluk ile karar verir. Üye sayısının yeterli olması halinde birden fazla heyet oluşturulabilir. Bu durumda, oluşturulan diğer heyetlere, heyette yer alan en kıdemli üye başkanlık eder. Müzakereler gizli yapılır."

43 Ayrıca, mahkeme başkanlarının içtihat aykırılıklarını önleme konusunda sorumluluğu da bulunmaktadır. Nitekim, CCJE'nin 10.11.2016 gününde gerçekleştirdiği 17. Genel Kurul Toplantısında kabul ettiği 19 Nolu Görüşün başlığı "*Mahkeme Başkanlarının Rolü*"dür. Bu



Daha da önemlisi, aynı yerdeki birden fazla idari mahkemede görülmekte olan aynı tür davalar söz konusu olduğunda, bu davaların esası hakkında karar verecek üye hâkimlerin görüşlerini alan mahkeme başkanları, o yerdeki diğer mahkeme başkanları ile gerçekleştireceği (örneğin aylık) düzenli toplantılarda bu görüşleri dile getirir. Böylece, her mahkemenin görüşünün dosyaların esası hakkında karar verilmeden önce tartışılmasıyla konu hakkında icthihat aykırılığının ortaya çıkmasının önüne geçilebilir. Aynı olanağın, heyetle görülecek davalar açısından da mevcut olduğunu belirtmekte fayda vardır. Böyle bir toplantının sonucunda çıkan görüşün karar verecek hâkimleri bağlayıcı nitelik taşımasından hukuken bahsedilmesi güç olsa da tıpkı Fransız uygulamasında olduğu gibi istisnai olarak karmaşık konular açısından bu toplantıdan çıkan görüşün bağlayıcı nitelik taşıması gerektiği düşünülebilir.⁴⁴

Öte yandan, yine Fransız uygulaması model alınarak aynı BİM'in yetki alanında görev yapan tüm hâkimlerin katılımıyla, bundan ayrı olarak da sadece BİM dava dairesi başkanları ve üyelerinin tamamının katılımıyla ayrı ayrı olmak üzere yılda en az birer defa resmi istişare toplantıları gerçekleştirebilir. Bu sayede, ilgili yılda verilen icthihatlarla ilgili paylaşım ve görüş alışverişinde bulunmasına ve birbirine aykırılık teşkil eden ya da birbiriyle uyumsuzluk gösteren icthihatların tartışılmasına olanak sağlanmış olur.

Hatta, bu toplantılardan çıkan görüşlerin bir rapor hâlinde Danıştay İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimine gönderilmesiyle ülke çapında uygulama birliği sağlama açısından sorunlu alanların tespiti daha kolay yapılabilir. Böylece, söz konusu aykırılıkların giderilmesi ve bir sonraki dönemde ortaya çıkışının önlenmesi konusunda somut adımlar atılması imkânı doğar. Resmi bir mekanizma olarak gerçekleştirilecek bu toplantı sayesinde, anılan Birime verilen diğer bir görev olan Danıştay

Görüştü, sözü edilen sorumluluğunun mevcudiyeti şu şekilde ifade edilmiştir: "Kolay anlaşılır ve tutarlı icthihat hukuku kesinliğin önemli bir parçasıdır. Mahkeme başkanlarının yargı kararlarının kalitesini, anlaşılabilirliğini ve tutarlılığını garantiye alma rolleri bulunmaktadır. Bu görev yalnızca mahkeme başkanlarının; mahkemenin, üst mahkemelerin, yüksek mahkemenin ve uluslararası mahkemelerin icthihadının yorumlanmasında ve bunlardan alıntı yapılmasında tutarlılığı geliştirmesiyle gerçekleştirilebilir (örneğin seminer, toplantı gibi eğitim ve öğretim aktivitelerini kolaylaştırma, ilgili veri tabanlarına ulaşımı garantiye alma, farklı olaylar arasındaki bilgi alışverişini ve diyalogu garantiye alma vb.). CCJE bu görevlerin gerçekleştirilmesi sırasında mahkeme başkanlarının yargı bağımsızlığı ilkesine saygı göstermeleri gerektiğini belirtir."Görüşün İngilizce metnine erişim için link: <https://rm.coe.int/1680748232> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)

44 Bu toplantıların bağlayıcı görüş ortaya koymak durumunda olmadığına dair görüş için bkz. SEZGİNER, *İdari Yargıda İstinaf*, s.131.



ve BİM kararları arasındaki içtihat aykırılıkların tespit edilmesine olanak sağlanmasıyla bu konuda hazırlanması gereken raporun altyapısı oluşturulmuş olur.

Nihayetinde, düzenli istişare toplantılarının idari yargı sistemi açısından ülkedeki içtihat birliği sağlama amacına hizmet etmesi yönünden önemli olan husus, tüm idari yargı sistemini kapsayacak şekilde gerçekleştirilmesidir. İlk derece ve istinaf mahkemeleri ile Danıştay'ın gerek kendi içlerinde gerekse birbirleriyle resmi ve/veya gayriresmi bir mekanizma niteliğinde gerçekleştirecekleri bu toplantıların ülkemizde idari yargı mercilerince verilen kararlar yönünden hem içtihat aykırılığının oluşumuna engel olmaya hem de aykırılık oluşsa dahi bunun giderilerek ortadan kaldırılmasına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

6. Filtreleme Sistemi - Temyiz/İstinaf İzni

Başta Almanya, Fransa, İsveç⁴⁵ ve İspanya olmak üzere pek çok ülkede uygulanmakta olan bu sistem, kanun yolu başvurularının esasının incelenebilmesi için bir nevi filtraj(süzgeç) görevi gören bir sistemdir. Bu sistem sayesinde, ulusal mevzuatla belirlenen kriterler uyarınca bir kanun yolu kabul edilebilirlik incelemesi yapılmakta ve ancak söz konusu kriterleri taşıdığı belirlenen başvuruların esasının istinaf ya da temyiz mercilerince incelenmesi söz konusu olmaktadır. Bir başka deyişle, belirlenen kriterleri taşımayan başvuruların esasları incelenmemektedir.

Bu suretle, sadece kanun yolu bağlamında iş yükünün azaltılmasına değil, aynı zamanda ilgili yargı kolunda içtihatların oluşmasına, hatta belirgin hâle gelmesine ve sonuçta içtihat birliğinin sağlanmasına katkıda bulunmaktadır. Benzeri bir sistem, AİHM tarafından da uygulanmakta ve kabul edilebilirlik incelemesini geçemeyen başvuruların esasları incelenmemektedir.⁴⁶

Sözü edilen sistemin ülkemizde idari yargı düzenimize entegrasyonunun, içtihat birliğinin sağlanması adına olumlu etkiler doğuracağını düşünmekteyiz. Zira, benzer nitelikte dava dosyalarının kanun yolu incelemesine tabi tutulması açısından bir filtraj sağlanarak Danıştay'ın içtihat mahkemesi olma rolü güçlenecektir. Bu durum derece

45 İsveç uygulaması için bkz. AKINCI Müslüm, **İsveç İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

46 AİHM nezdinde yapılacak bir bireysel başvurunun kabul edilebilirlik kriterleri ile ilgili özet bilgi için https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Inad_Talk_TUR.PDF (Erişim Tarihi: 22.09.2020)



mahkemelerinin içtihatlarında istikrarın sağlanmasına ve sonuçta içtihat aykırılıklarının ortaya çıkışının engellenmesine katkı sağlayacaktır. Ayrıca, içtihatlardaki istikrar ve belirginliğin idarelerin hukuka uygun işlem tesis etmesine de olumlu etkisinin olacağı değerlendirilmektedir.⁴⁷

Diğer yandan, temyiz izni ile birlikte istinaf başvurularının da mı izne tabi tutulması gerektiği, tüm mahkeme kararları için mi izin verilmesi gerektiği, izni hangi yargı merciinin vereceği, iznin kim tarafından ne şekilde karara bağlanacağı, izin kriterlerinin neler olması gerektiği konularında farklı ülke uygulamaları söz konusudur.

Örneğin, Almanya ve İsveç'te, hem istinaf hem de temyiz başvuruları için izin koşulu aranırken; Fransa ve İspanya'da ise sadece temyiz başvuruları için izin koşulu aranmaktadır. Almanya'daki izin sisteminde tüm uyuşmazlıklar için istinaf izni aranırken, temyizde bazı uyuşmazlık türleri için istisnalar getirilmiştir. İsveç'te ise hem istinaf hem de temyiz başvuruları için bazı uyuşmazlıklar istisna kapsamına alınmıştır.⁴⁸ Yani, temyiz izni aranmaksızın sadece istinaf izninin benimsendiği bir uygulamaya rastlanmazken, tersi durum mevcuttur. Bazı ülkelerde temyiz izni istinaf mahkemesince incelenmekte iken, bazılarında ise doğrudan Yüksek İdare Mahkemesince incelenmektedir. Yine, ülkeler genel olarak istinaf ve temyiz izni başvurularını farklı kriterlere bağlamaktadırlar. Ancak, özellikle temyiz izni açısından uyuşmazlığın Yüksek İdare Mahkemesi içtihatlarına aykırılık teşkil etmesi ya da yeni bir içtihat oluşturacak nitelikte olması hâlleri, hemen hemen uygulamayı benimseyen her ülkede kriter olarak kabul edilmektedir.

İstinaf sisteminin sonuçlarının değerlendirilmesi açısından ülkemiz idari yargı sisteminde istinaf ve temyiz izni sisteminin eş zamanlı olarak devreye alınması yerine şimdilik sadece temyiz izninin uygulandığı bir sistem oluşturulmasının daha faydalı olacağını düşünmekteyiz.⁴⁹

Uygulamanın işletilmesi açısından yapılacak yasal düzenleme şu hususları içerebilir:⁵⁰

47 GÜLER, s.186.

48 Temyiz izninin gerekli olmadığı davalara örnek olarak, tedavi hizmetlerinde doktor veya diğer personelin disiplin ihlalleri verilebilir. HECKSCHER, s.144. İsveç idari yargı sistemi ve görülebilirlik izni adıyla uygulanan temyiz/istinaf izni uygulaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ERKAN Fikret, "İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi", **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.4, S.12, s.99-130.

49 Aynı yöndeki görüş için bkz. AYKIN Yunus / EMİROĞLU Ulya, "Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü TEMYİZ İZİNİ", **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017 - 2018)**, Danıştay Yayınları No:95, Ankara, 2018, s.78.

50 AYKIN / EMİROĞLU, s.78-81. Söz konusu öneri doğrultusunda ilgili yazarlar tarafından 2577

1. Sadece temyiz talepleri açısından izin koşulu aranmalıdır ve bu talepler Danıştay ilgili dava dairesi ya da kurulu tarafından incelenmelidir. Bu hususta, istinaf mahkemesinin herhangi bir görevi olmamalıdır. Aksi düşünce, bölge bazlı uygulamalarda birbiriyle uyuşmayan uygulamaların gündeme gelmesine neden olup, uygulamanın tutarlı hale gelmesini engelleyerek sistemin işlerliğine olumsuz etki yapacaktır. Bu nedenle, kanun yolu incelemesi hakkında karar verecek olan Danıştay dairesi ya da kurulu tarafından tek elden bu incelemenin yapılması önem arz etmektedir.

2. İlgili daire ya da kurul başkanının görevlendireceği 3 üye tarafından temyiz iznine yönelik kesin olarak karar verilmeli ve taraflara yazılı şekilde bildirilmelidir. Temyiz izni verildiği anda dosya, talebin esasını incelenmek üzere ilgili daire veya kuruluna gönderilmelidir. Temyiz izninin reddine ilişkin kararlar gerekçeli olmalı, oybirliğiyle alınmalıdır. Oybirliği sağlanamamışsa izin verilmiş sayılmalıdır. Talebin kabulüne ilişkin kararlar ise, oyçokluğuyla alınmalı ve böylece, tereddütlü durumlarda hak arama özgürlüğü açısından doğabilecek bir kısıtın önüne geçilmelidir.⁵¹

3. Tüm uyuşmazlıklar istisnasız bir şekilde temyiz iznine tabi olmalıdır. Bu durumun en azından sistemin uygulanmaya başladığı aşamada bu şekilde şekillendirilmesi uygun olacaktır. Uygulamanın sonuçları gözetilerek, sonrasında Danıştay'ın ilk derece sıfatıyla baktığı ya da ivedi yargılama usulüne tabi uyuşmazlıklar gibi türler açısından bu hususta herhangi bir istisna getirilmesinin faydalı olup olmayacağı ayrıca değerlendirilmelidir.

4. Talebe konu kararın, daire veya kurulun yerleşik içtihatlarına aykırı olması, uyuşmazlığın çözümünün yeni bir içtihat oluşturulmasını gerektirmesi, yargılama esnasında kararın esasını etkileyecek nitelikte bir usul hatası yapılmış olması ve uyuşmazlığın ülke çapında uygulama alanı bulabilecek niteliği haiz olması temyiz izni kriterleri olarak belirlenebilmelidir.

sayılı Kanununun 48.maddesinin numarasının 48/A olarak değiştirilmesini ve bu maddeden sonra gelmek üzere "Temyiz izni" başlıklı 48/B maddesinin eklenmesini önermektedirler.

51 İsvaç uygulamasında, bir veya üç yargıç temyiz izninin verilip verilmemesine ilişkin kararın alabilir. Bir davaya temyiz izni verildiğinde temyiz talebinin esasındaki nihai inceleme kural olarak beş yargıç tarafından gerçekleştirilir. Diğer yandan, Yüksek İdare Mahkemesine gelen temyiz talepleri içeren tüm dosyalar başkan veya birim başkanları tarafından belirlenen bir tetkik hâkimi tarafından dikkatlice incelenmekte ve bu sayede temyiz izni verilemeyecek dosyalar ile bir yargıç tarafından karara bağlanabilecek dosyalar kolaylıkla anlaşılabilir. Böylece, daha karmaşık nitelikteki davalara daha fazla zaman ayırma imkânına sahip olan Yüksek İdare Mahkemesi, emsal oluşturma görevini daha etkin bir biçimde yerine getir(ebil)mektedir. HECKSCHER, s.145 ve 154.



7. İctihat Takip Sistemleri Kurulması ve Kararlara Erişim Sağlanması

Günümüzde ihtiyaçların farklılaşması ve teknolojinin her geçen gün değişerek gelişmesi, uyumsuzlukların da çeşitlenerek artmasına neden olmaktadır.⁵² Uyuşmazlıklar, hem sayı hem de tür olarak çoğalmakta⁵³, bu durum icthatların takip edilmesini her geçen gün daha da zorlaştırmaktadır. Ülkemizde, idari yargı açısından etkin bir icthat takip sisteminin mevcut olmaması nedeniyle, hakkında önceden karar verilmiş türdeki uyumsuzlukların yeniden tartışıldığı ve sonuçta birbirine aykırılık ya da birbiriyle uyumsuzluk gösteren kararlar verildiği bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, icthat takibinin kolaylaştırılması ve bu suretle icthat aykırılığının meydana gelmesini engelleme amacına yönelik etkin bir icthat takip sistemi kurulmasının ve yargı kararlarına kolayca, etkili bir şekilde erişim sağlanmasına yardımcı olacak bir veri tabanı oluşturularak erişime açılmasının faydalı olacağı değerlendirilmektedir.⁵⁴

İctihat takip sisteminin kurulması suretiyle kararların öncelikle yargı mensuplarının kısıtlanmasız bir şekilde erişimine açılması, icthat birliğinin sağlanması bakımından bir ön şart niteliğindedir. Buna ek olarak, yüksek mahkeme kararları ile ülkede icthat birliğinin sağlandığı düşünüldüğünde, idari yargı özelinde Danıştay kararlarına erişimin sadece yargı mensupları için değil davanın tarafları ve vekilleri, ayrıca diğer mahkemeler, avukatlar, akademisyenler ve idare için de sağlanması faydalı olacaktır.⁵⁵ Fransız uygulamasında yargı mensuplarının tüm

52 YILMAZ Harun, *Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi*, Doktora Tezi, İstanbul, 2019, s.3.

53 GÜLAN Aydın, "Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkisi", *Anayasa Yargısı*, Y.2018, S.35, s.119, ("*Bireysel Başvuru*"): "Hiçbir başka ülkeyle kıyaslanmayacak şekilde, sayıda ve çeşitte uyumsuzluk bu yargı mercilerimizin önüne gelmektedir. Siyasi, sosyal, dini, ailevi, kişisel her türlü sorunun bir hukuk uyumsuzluğuna dönüştürülerek, kendi boyutlarında çözümlerini aramak yerine, çoğu zaman yargının ve hukukun çözmesi için öncelikle yargının önüne getirilmesi alışkanlığının geliştiği bir ülkede yaşamakta olduğumuzu görmek gerekir. Diğer yandan idari makamlar da sürekli uyumsuzluk üretmektedirler. Mevzuatı, temel ilkeleri, hakkaniyeti dikkate alarak çözebilecekleri birçok talebi, sorumluluk endişesiyle, mahkemenin çözmesi için vatandaşları dava açmaya yönlendirmektedir. Başka ülke yargı organlarının önüne gelemecek kadar çok çeşitli konuda ve sayıda uyumsuzluk, atipik konular özellikle idari yargının gündemine gelmektedir."

54 GÜLER, s.187. İctihatların erişime açılması, onların eleştirilebilmesine ve bilimsel denetime imkân sağlayacaktır. Bunun yanında, karar mercilerini benzer olaylarda tutarlı olmak için teşvik ederek müstakar icthatların oluşmasının yolunu açacaktır. KAYHAN Fahrettin, "Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İctihatlarının ve İctihadi Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.2, s.353.

55 İlk olarak 2003 yılında 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 14. maddesine eklenen hüküm ile icra ve iflas işlerine ilişkin Yargıtay kararlarının tamamının yayımlanması hüküm altına alınmıştır. 2015 yılından itibaren de aşamalı olarak Yargıtay'ın diğer kararları elektronik ortamda kamunun erişimine açılmıştır. Bugün itibarıyla Yargıtay'ın büyük bir çoğunluğunun



yargı kararlarına herhangi bir kısıtlama olmaksızın erişimi mümkün kılınmıştır. Bu şekilde erişime açılmış bir veri tabanında herhangi bir idari yargı merciince verilen kararın mutlaka yayınlanması gerekmekte olup, ayrıca karar aranmasını kolaylaştırıcı sistemler de geliştirilmiş bulunmaktadır.⁵⁶

Sözü edilen sistemde yargı mensubu dışındakiler için yakın zamana kadar sınırsız bir erişim söz konusu değil iken, 29 Haziran 2020 tarihinde çıkarılan 2020-797 sayılı Kararname ile -adli ve- idari mahkemeler tarafından verilen tüm mahkeme kararlarının kamuya açık hale getirilmesine karar verilmiştir. Mahkeme kararlarının kamuya açık hale getirilmesi için gerekli koşulları tanımlayan söz konusu Kararname, yayımlanmasının ertesi günü yürürlüğe girmiştir. Kararnamenin 1. maddesine göre, (madde R. 741-13) Danıştay, idari yargı mercileri tarafından verilen kararların belli şartlar altında karar tarihlerinden itibaren iki ay içerisinde elektronik ortamda kamuya açık hale getirilmesinden sorumludur. 2. maddede, kararda adı geçen kişilerin ifşa edilmelerinin, bu kişilerin veya yakınlarının özel hayatlarının güvenliğini ve özel hayatlarına saygıyı tehlike atmaması adına önceden anonimleştirme yapılacağı kurala bağlanmıştır. Kararnamenin 7. maddesi, adli ve idari yargı mercilerince verilen mahkeme kararlarının bir internet portalında kamuoyunun bilgisine sunulacağını ve bu portalın Adalet Bakanlığının sorumluluğunda olacağını düzenlemektedir. Madde, ayrıca, belirtilen hükme aykırı olmamak kaydıyla Danıştay ve Yargıtay'ın da seçtikleri bazı kararları her bir yargı düzenlerine özgü usullere göre kendi resmi internet sitelerinde yayımlayabilmelerine de cevaz vermektedir.⁵⁷ Benzer bir yöntem, içtihat aykırılıklarını önlemek için İsveç'te de devreye konulmuştur. Bu yöntem sayesinde Yüksek İdare Mahkemesi kararlarına etkin bir şekilde erişim sağlanması mümkün kılınmıştır.⁵⁸

Diğer yandan; CCJE'nin 7-9 Kasım 2011 tarihinde gerçekleştirdiği 12. Genel Kurul Toplantısının konusu "*Adalet ve Bilgi Teknolojileri*" dir.

elektronik ortamda erişime açılmış olduğu düşünüldüğünde bunun Danıştay için de mümkün olabileceği düşünülmektedir. SEMİZ İmran, **Türk Vergi Yargılaması Hukukunda İstinaf**, Doktora Tezi, İstanbul, 2020, s.56 ve 87.

56 SEZGİNER, *İdari Yargıda İchtihat*, s.171-172.

57 Kararnamenin Fransızca metnine erişim için link: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042055251/?s=08> (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

58 GÜLER / YURDAKÖK / EMİROĞLU, s.30; HIRSCHFELDT Johan, "İsveç İdari İstinaf Örneği", *İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı*, Antalya, 2009, s.82: "Yüksek İdare Mahkemesi tarafından alınan kararlar düzenli olarak yayınlanır."



Toplantı sonucunda açıkladığı görüşünde CCJE, üye ülkelerin yargı sistemlerinde içtihatların tamamının, bu mümkün olmazsa en azından önemli nitelikte olanların ücretsiz ve kolay bir şekilde kişisel verilerin güvenliği de dikkate alınmak suretiyle internet ortamında erişime açılması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁹

Kararların yayımı hakkında ülkemizde idari yargı açısından ilk derece mahkemesi veya bölge idare mahkemelerince verilen kararların yayımlandığı bir veri tabanı veya herhangi bir platform bulunduğu gibi kararların takibinin yapıldığı bir içtihat takip sistemi de mevcut değildir. Öte yandan, idari yargı hâkimleri, söz konusu kararları UYAP ortamında arama yapmak suretiyle temin etme noktasında ise birtakım imkânlarla sahiptir.

Danıştay uygulamasında ise, kararlar iki şekilde yayınlanmakta ve yayın konusundaki işlemler İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimi tarafından yerine getirilmektedir.⁶⁰

İlk yöntemde, Danıştay dairelerinin heyetlerince yayınlanmasına izin verilen kararlar ilgili tetkik hâkimi tarafından kişisel verilerin güvenliği dikkate alınmak suretiyle anonim hâle getirildikten sonra Danıştay'ın resmi kurumsal internet sitesinde yayınlanmaktadır.⁶¹ Diğer yöntem ise, kararların dört ayda bir çıkarılan Danıştay Dergisinde yayınlanmasıdır.

Bunlar yanında, Danıştay'ın kurumsal internet adresinde herkese açık olan ilgili bölümde emsal kararların, kararla ilgili birtakım bilgilerin detaylı olarak girilmesi ya da genel arama olarak ilgili kelimenin yazılması suretiyle taranması imkânı bulunmaktadır.⁶² Yine, sadece Danıştay'da görev yapan idari yargı mensuplarına açık olan bir karar arama bölümü mevcuttur. 2019 yılının Aralık ayından bu yana VDDK'nın aldığı kararların özetleri "*Karar Bülteni*" şeklinde olmak üzere geçtiğimiz yılın Haziran ayından beri erişime açılmıştır.⁶³

59 CCJE, 14 Nolu Görüş, § 24. Görüşün İngilizce metnine erişim için link: Görüşün İngilizce metnine erişim için link: <https://rm.coe.int/168074816b> (Erişim Tarihi: 07.07.2021)

60 Daha önceden bahsi geçen yayım süreci "*Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu*" tarafından yürütülmekteydi. Ancak, 12.02.2020 tarihinde yürürlüğe giren "*Danıştay İctihat, Raporlama ve İstatistik Biriminin Kuruluşu ve Görevleri Hakkında Yönerge*" nin 5. maddesinde belirtildiği üzere anılan Büro lağvedilmiş ve konu hakkında bu Büroya verilen görevlerin İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimi tarafından yerine getirileceği düzenlenmiştir. Yönerge hakkında bilgi için bkz. 23nolu dipnot.

61 Uygulama kapsamında 2020 yılında Danıştay resmi internet sitesinde yayımlanan kararların toplam sayısı yalnızca 29'dur. Erişim için link: <https://danistay.gov.tr/guncel-karar-arsiv> (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

62 Erişim için link: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 20.01.2021)

63 Erişim için link: <https://danistay.gov.tr/vergi-dava-daireleri-kurulu-kararlar-bulteni>

Yukarıda bahsi geçen hususların bu hâliyle içtihat aykırılıklarının önlenmesi suretiyle içtihat birliğinin sağlanması bakımından etkin bir şekilde fayda sağlayacağından söz edilmesi maalesef güçtür. Zira, 2020 yılında yayımlanan, bir başka deyişle kamuoyunun erişimine açılan Danıştay kararlarının toplam sayısı 4438'dir. Bu sayı, ilgili yıl içerisinde Danıştay'ın tüm dava daireleri ile kurullarınca verilen karar sayısı toplamının 77.543 olduğu hesaba katıldığında, verilen kararların yaklaşık %6'sına denk gelmektedir.⁶⁴ Konuyla ilgili olarak 31.12.2020 tarihinde Danıştay resmi internet sitesinde şu şekilde bir duyuru yapılmıştır: *"Danıştay kararlarının kamuoyu ile paylaşılması ihtiyacına yönelik olarak gerekli hukuki ve teknik altyapı çalışmaları tamamlanmış olup, bu kapsamda Danıştay dava daire ve kurulları tarafından verilen kararlar düzenli biçimde yayımlanacaktır."*⁶⁵ Sözü edilen uygulama kapsamında 25.12.2020 tarihinde *"Danıştay Kararlarının Yayımlanmasına İlişkin Yönerge"* yürürlüğe konulmuştur. Yönerge uyarınca Danıştay dava daireleri ve kurullarınca verilen kararlar düzenli biçimde yayımlanacaktır.⁶⁶ Bu duyuru sonrası, Danıştay'ın resmi internet sitesinde yer alan karar arama bölümünde genel ya da detaylı şekilde bilgi girilmek suretiyle erişilebilecek karar sayısı toplamının 14.09.2021 tarihi itibarıyla 61.216 olduğu görülmektedir.⁶⁷ Danıştay'ın kuruluşundan bu yana yayımlanan karar sayısı toplamının 25.12.2020 tarihi itibarıyla yalnızca 23.444

(Erişim Tarihi: 20.01.2021) Bahsi geçen usul, Anayasa Mahkemesinin uygulamasına çok benzemektedir, ancak İDDK kararları için söz konusu değildir. Diğer yandan, son Bülten 27.10.2020 tarihinde yayımlanmış olup, bu tarihten sonra yayımlanan herhangi bir Bültene rastlanmıyor oluşu, bu konudaki uygulamanın güncelliği ve etkinliği açısından soru işaretlerinin doğmasına sebep olmaktadır.

64 Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Danıştay 2020 Yıllık Rapor**, Ankara 2021, Özyurt Matbaacılık, s.108. Raporun istatistikler ve ilkesel kararlara ilişkin bölümlerine ulaşmak için link: <https://www.danistay.gov.tr/icerik/928> (Erişim Tarihi: 07.07.2021) Diğer yandan, 2020 yılına ait kamuoyuyla paylaşılan daire ve kurul kararlarına ilişkin sayı herhangi şekilde yayınlanmamıştır.

65 <https://danistay.gov.tr/duyuru-arsiv> (Erişim Tarihi: 11.01.2020)

66 Duyuruda geçen hukuki altyapı ile kastedilen, bu konudaki usul ve esasları belirleyen 25.12.2020 tarihli bahsi geçen Yönerge'dir. Söz konusu Yönerge'nin yürürlüğe girişi ile birlikte *"Danıştay Daire ve Kurulları Tarafından Verilen Kararların Yayımlanmasına Dair Yönerge"* de yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, kararların anılan Yönergede belirtilen usul ve esaslar çerçevesinde yayımlanmasından Danıştay İçtihat, Raporlama ve İstatistik Birimi sorumludur. Yayımlanan karar sayısının yeterli görülmemesi, yapılan değişikliğin temeli olarak gösterilmektedir. Söz konusu Yönerge kamuoyuyla paylaşılmaksızın sadece Danıştay'da görev yapanların erişimine açık olan intranette yayımlanmış olduğundan, burada Yönergede öngörülen usul ve esaslarla ilgili olarak herhangi bir atf yapılması mümkün olmamıştır. Ancak konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Danıştay 2020 Yıllık Rapor**, s. 75.

67 <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 14.09.2021)



olduğu⁶⁸ göz önüne alındığında, bahsi geçen tarihten sonra dokuz aylık bir zaman dilimi henüz geçmeden bugüne değin yayımlanandan çok daha fazla sayıda kararın erişime açıldığı ve bunun daha da artacağı anlaşılmaktadır. Sözü edilen gelişmenin icthaat aykırılıklarının önlenmesine de katkı sağlayacağı düşüncesiyle memnuniyet verici olduğu kanaatindeyiz. Ayrıca, çok yakın bir zamanda Danıştay İctihat, Raporlama ve İstatistik Birimince Gümrük Vergileri Hakkında Karar Bülteni (2021, Bülten No:1) hazırlanmış ve Danıştay resmi internet sitesinde erişime açılmıştır.⁶⁹ Söz konusu gelişmeyi, bu tip uygulamaların belli başlı başkaca uyuşmazlık konuları için de hayata geçirileceğini ve bu konuya Danıştayın gereken önemi verdiğini göstermesi yönüyle olumlu bir adım olarak değerlendirdiğimizi belirtmek isteriz.

8. Yerleşik İctihattan Dönmede Gerekçe Sunma

Ülkemizde idari yargı mercilerinin yerleşik icthaatlarından dönmeleri için açık ve hukuken kabul edilebilir gerekçeler sunmalarının bir şart olarak getirilmesi, icthaat birliğinin sağlanması amacıyla devreye alınacak önerilerden birisi olabilir.

Aynı ya da benzer bir uyuşmazlıkta daha önceden verilmiş kararlardan farklı bir sonuca varan idari yargı yerince, bu farklılaşmaya ilişkin ilgili kararda yer verilecek hukuken kabul edilebilir bir gerekçe sayesinde icthaat birliği sağlanmış ve sonuçta yargıya olan güven artmış olacaktır. Zira, böyle bir durumda hâkimin keyfi olarak karar verdiğinden söz edilemeyecektir.⁷⁰

Nitekim, Almanya'da icthaat aykırılıklarının önlenmesine yönelik mevcut mekanizmalardan birisi de önceki icthaatlardan farklı olarak yapılan yorumların mutlaka kararda belirtilmesidir.⁷¹

Bu uygulamanın hayata geçirilmesi için mevzuat düzenlemesi gerekmediği düşünülmektedir. Çünkü, normal olan husus, önceki icthaadından ayrılan yargı yerinin bunu bilinçli bir şekilde yapması ve kararında bu hususu belirtmesidir. Müstakar icthattan dönüldüğünün ilgili kararda nasıl ifade edilmesi gerektiğine ilişkin herhangi bir görüş belirtmeksizin burada vurgulanmak istenen husus; kararın bir değişiklik anlamına geldiğinin bilincinde verildiğinin başta taraflar olmak üzere

68 Danıştay 2020 Yıllık Rapor, s. 75.

69 <https://danistay.gov.tr/assets/pdf/upload/2021-06-29-02-25-1885756.pdf> (Erişim Tarihi: 11.07.2021)

70 SEZGİNER, *İdari Yargıda İctihat*, s.172.

71 GÜLER / YURDAKÖK / EMİROĞLU, s.29.



uyuşmazlık konusu olayla ilgili kişiler ve hatta benzer şekilde dava açmak isteyenler ile ilgili idareler nezdinde anlaşılabilmesine imkân verilmesinin gerekli ve faydalı olduğudur.⁷²

İçtihat değişikliği konusunda dikkat edilmesi gereken, önceki görüşün ele alınıp aktarılmasından sonra bu görüşten niçin dönüldüğünün hukuki gerekçelerle izahıdır. Kararın muhatapları, yeni görüşün hukuk ilkeleriyle, mevzuatla uyumlu olduğuna ve önceki içtihadın değişmesi gerektiğine ikna edilmelidir.⁷³ Aksi hâlde, içtihat dönmenin olaya özgü mü olduğu, yoksa bundan sonraki süreçte de aynı ya da benzer olaylarda yeni içtihadın mı geçerli olacağı hakkında tereddüt oluşması ihtimali her zaman bulunmaktadır. Zira, AYM de bireysel başvuru şikâyeti kapsamında incelediği bir olayda, Yargıtay'ın aynı dairesinin diğer içtihadıyla çelişecek şekilde karar verdikten sonra istikrarlı bir uygulamaya geçmemesi sonucu benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda birbirinin zıttı olacak şekilde davaları neticelendirmesinin hukuki belirsizliğe yol açtığını belirtmiş ve başvurucu için öngörülemez nitelikte olan bu uygulama nedeniyle yargılamanın hakkaniyetinin zedelendiği sonucuna ulaşmıştır.⁷⁴

9. Danıştay Başsavcılık Kurumunun Etkinleştirilmesi

Türk idari yargısında yalnızca Danıştay bünyesinde kurulu bir Başsavcılık kurumu mevcuttur. Kurumun başında Danıştay Başsavcısı bulunmaktadır. Ayrıca, kurumda ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştayda görülen dava dosyalarından kendilerine havale edilenleri Başsavcı adına inceleyerek esas hakkındaki düşüncelerini, bir ay içinde gerekçeli ve yazılı olarak veren Danıştay savcılarını görev yapmaktadırlar. Danıştay savcılarını bu hâliyle, idari yargı düzeninin bir karar organı ya da ögesi niteliğine sahip değildirler. Mevzuatta düzenlenen uyuşmazlıklar yönünden düşüncesini bildirmek suretiyle karar oluşumuna katkıda bulunmaktadır.⁷⁵ Danıştay dışında genel idari yargı düzeni içerisinde

72 Daha önceden aynı konuda verilmiş karar(lar)ın bilindiğinin ve değerlendirildiğinin içtihat değişikliğine gidilen kararda gösterilmesi, içtihat birliğinin sağlanmasından daha önem arz eden bir konudur. Bu nedenle karar yazım tekniği önem kazanmaktadır. GÜLAN Aydın, "Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (148. Yıl)**, Ankara, 2016, s.26, ("Ülkemizdeki Kanuni").

73 YILDIRIM Turan, "İdari Yargıda İctihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri", **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (149. Yıl)**, Ankara 2017, s.151.

74 AYM, Aşır Tunç, B. No: 2015/17453, 22.01.2019, § 68.

75 BERKET Zuhâl / DEMİRKOL Selami, "İdari Yargıda Savcılık Kurumu - İdarenin Yargısal Denetimde Ekinliğinin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri", **Danıştay Dergisi**, Y.26, S.90, s.39.



yer alan derece mahkemelerinde herhangi bir savcılık kurumu ve savcı bulunmamaktadır.

Yapılan kanun değişiklikleri neticesinde,⁷⁶ günümüz uygulamasında Danıştay savcılarının işlevselliği oldukça azalmıştır.⁷⁷ İstinaf kanun yolunun faaliyete geçirilmesiyle birlikte üç dereceli yargı sisteminde içtihat birliğinin sağlanmasında daha çok sorun yaşanması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, gerekli mevzuat değişiklikleri yapılarak Danıştay savcılarının etkinliğinin artırılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.⁷⁸

Özellikle, DİBK'ca içtihatların birleştirilmesi yolunda verilen kararların taşıdığı bağlayıcılık niteliği gereği sözü edilen kararlara Danıştay daire ve kurulları ile idari mahkemeler ve idarenin uymak zorunda olduğu hususu mevzuatta kurala bağlanmasına rağmen, söz konusu kararlara uyulmaması hâlinde bunu denetleyecek bir mekanizma hukuk sistemimizde mevcut değildir. Bu durum, müessesesinin içtihat birliğini sağlamaya yönelik nihai hedefini gerçekleştirme noktasında sorun oluşturmaktadır.

Böyle bir durumda, içtihadı birleştirme kararlarının bağlayıcılık özelliği sadece kâğıt üzerinde kalmakta ve uygulamada içtihatları birleştirme kararına rağmen içtihat aykırılıklarının ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır. Böylesine olumsuz bir sonucun önlenmesi amacıyla Danıştay Başsavcılık kurumu devreye sokulabilir. Yapılacak bir mevzuat düzenlemesiyle böyle durumlarda, Danıştay Başsavcılığına talep üzerine veya resen harekete geçmek suretiyle içtihat aykırılığı oluşturan hukuki durumun ortadan kaldırılması için aktif rol verilebilir.

Öte yandan, istinaf kanun yolu kapsamında bölge idare

76 05.07.2012 tarih ve 28344 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6352 sayılı Kanununun 46. ve 47. maddeleri ile 2575 sayılı Kanununun 60. ve 61. maddelerinde yapılan değişiklikle, Danıştay savcılarının sadece ilk derece mahkemesi sıfatıyla Danıştay'da görülen dava dosyaları hakkında ve sadece esas yönünden görüş bildirecekleri düzenlenmiştir. Yani, daha önceden yürütmenin durdurulması, temyiz ve karar düzeltme istemleri hakkında mevcut olan düşünce bildirmesi usulüne son verilmiştir.

77 Kamu yararının gerçekleştirilebilmesi için Danıştay savcılığı bir kurum olarak daha aktif hâle getirilmelidir. Bu amaca yönelik olarak öncelikle gerçekleştirilmesi gereken husus; Danıştay savcısının sadece usuli bir formaliteden ibaret olan düşünce bildirme fonksiyonunu ifa eden görüntüsünden kurtarılmasıdır. ODYAKMAZ Zehra, "İdari Yargılama Usulü Kanununun 30. Yılında İdari Yargı Sempozyumu", 09.03.2012, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Y.2013, **Ankara Barosu Başkanlığı**, s.213.

78 İctihat birliğinin korunabilmesi için BİM kararları arasında içtihat farklılıklarını önleyecek ve resen harekete geçecek bir mekanizma oluşturulması için Danıştay'daki savcılık kurumundan yararlanılmasının mümkün olabileceğine ilişkin görüş için bkz. AKYILDIZ Ali, "İstinafa İlkel Bakmak" **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (147. Yıl)**, Ankara, 2015, s.31.



mahkemelerinin faaliyete geçmesiyle birlikte Danıştay ve BİM kararları arasında aykırılıklar veya uyuşmazlıklar ortaya çıkmaya başlamıştır. Böyle bir durumun önlenmesi veya giderilmesi amacıyla işletilebilecek herhangi bir usul, ulusal mevzuatımızda yer almamaktadır. BİM bünyesinde Danıştay savcılığı kurumunun oluşturulmasıyla, savcılara aykırılık doğuran BİM daireleri kararlarına yönelik içtihatları birleştirme usulünü işletme imkânı verilebilir. Yazılı şekilde Danıştay Başsavcısının haberdar edilmesiyle ya da resen Başsavcı tarafından harekete geçilerek başlatılacak süreçte Başsavcının DİBK'ya başvuru yapması sağlanabilir. Bu amaçla yapılacak bir yasal düzenlemeyle hâlihazırdaki mekanizmada bu kararlar yönünden söz konusu olan eksiklik bu şekilde giderilmiş olur.⁷⁹

Böylece, sonuçta ülkemiz idari yargı uygulaması açısından içtihat birliğinin sağlanması mümkün olabilir. Bir örnekle konuyu daha da netleştirmek gerekirse, 2577 sayılı Kanununun 46/b maddesinde, konusu yüz bin Türk Lirasını aşan vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemler hakkında açılan davalarda bölge idare mahkemelerince verilen kararların temyize tabi olduğu düzenlenmiştir. Bu hükme göre, belirtilen tutarın altındaki bahsi geçen davaların istinafta kesinleşmesi söz konusudur. Bu durumda, aynı maddi ve hukuki meseleye ilişkin aynı kişi tarafından açılan birden fazla davanın (sıklıkla vergi uyuşmazlıklarında) bir kısmının temyize tabi olup, kalan kısmının ise istinafta kesinleşmesi hukuken mümkündür. Sonuçta, aynı hukuki meselede Danıştay ve BİM tarafından verilen kararlar arasında aykırılık ortaya çıkması muhtemeldir. Böyle bir durumda, bahsi geçen aykırılığın ortadan kaldırılmasına yönelik herhangi bir usul mevzuatımızda yer almamaktadır. Bu şekilde, ülke çapında içtihat birliği sağlanamayacağından sonuçta yargıya güvenin sarsılacağı hususu izahtan varestedir. İşte bu nedenle, içtihat birliğinin sağlanmasını teminen ilgili davaların tarafları veya Danıştay savcısı Başsavcıcıyı yazılı şekilde haberdar etmesiyle ya da resen başlatılacak süreçte Başsavcının DİBK'ya yapacağı başvuru üzerine anılan Kurulca verilecek kararla içtihat aykırılığının ya da uyuşmazlığının giderilmesinin sorunun çözümü açısından faydalı ve gerekli olduğunu düşünmekteyiz.⁸⁰

İlk derece idari yargı mahkemesi kararları nedeniyle oluşabilecek

79 Söz konusu sürecin, ilgili kararın tarafının yapacağı başvuruyla da başlatılabileceği hususuna yapılacak mevzuat değişikliğinde ayrıca yer verilmelidir.

80 ARSLAN Ahmet, "Danıştay Başsavcılığı ve Danıştay Savcılığı", *Danıştay Dergisi*, Y.2019, S.151, s.34-36.



ıctihat farklılıkları açısından da idari yargı savcılık⁸¹ kurumunun idari yargı sistemimize entegrasyonu faydalı olabilir. Özellikle, 2577 sayılı Kanunun 45. maddesinin 1. bendinin 2. cümlesinde belirtilen idare/vergi mahkemelerince kesin olarak karara bağlanan konusu beş bin Türk lirasını geçmeyen vergi davaları, tam yargı davaları ve idari işlemlere karşı açılan iptal davalarında verilen kararlar nedeniyle oluşabilecek ıctihat aykırılıklarının önüne geçilmesi açısından bir gereklilik kanaatindeyiz. Zira, mevzuatta söz konusu kararlar arasındaki ıctihat aykırılıklarını önleyen veya gideren herhangi bir mekanizma öngörülmemiştir. Böyle bir durumda, bu kararlar nedeniyle ıctihat birliğinin sağlanamayacağı ve sonuçta yargıya güvenin olumsuz etkileyeceği açıktır.

Sözü edildiği şekilde olumsuz bir sonucun oluşmaması için, yukarıda bahsedilen öneri doğrultusunda BİM bünyesinde görev yapacak Danıştay savcısı tarafından, ilgili BİM Başkanlar Kuruluna bildirim yapılması ve anılan kurulun konu hakkında vereceği kararın bu anlamda kesinlik taşıması şeklinde bir süreç işletilebilir. Böylece, aynı BİM bünyesindeki ilk derece mahkemelerinin aynı somut olay ve hukuki mesele hakkında vereceği kararlar yönünden ortaya çıkan ıctihat aykırılığı giderilmiş olur. Bu şekilde karara bağlanan hususlar yönünden farklı BİM kararları arasında ortaya çıkabilecek aykırılık ya da uyuşmazlıklar da 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde öngörülen usul uyarınca ilgisine göre Danıştay İDDK veya VDDK'ca giderilebilir.

B. DİBK'nın Yapısında ve Çalışma Usullerinde Değişikliğe Gidilmesi

Mevzuatta düzenlendiği mevcut hâliyle Kurul ancak ıctihat aykırılığı ortaya çıktıktan sonra söz konusu aykırılığı giderici yönüyle uygulamaya geçirilen bir süreç öngörmektedir. Kurulun henüz ıctihat aykırılığı ortaya çıkmadan devreye girecek önleyici bir fonksiyona sahip olması, bu suretle de ıctihatları belirginleştirerek hukuki istikrarın ve sonuçta ıctihat birliğinin sağlanmasına katkıda bulunması çok daha faydalı sonuçlar doğuracaktır. Bu nedenle, hem yapısı hem de çalışma usulü hakkında mevzuat değişikliği yapılmasının gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Kurulun hem yapı hem de çalışma usulü olarak yeniden yapılandırılmasına ilişkin önerimiz şu şekildedir:⁸²

1. 2575 sayılı Kanunun “İctihatları Birleştirme Kurulu” başlıklı 18.

81 İdari yargı savcılığı sistemi önerisi hakkında daha fazla bilgi için bkz. ODYAKMAZ, s.215-216.

82 GÜLER, s.189-190. Önerimizin ilk üç maddesi açısından faydalanılmıştır.



maddesinde yapılacak değişiklikle Kurul ikili bir yapıda çalışacak şekilde formüle edilmelidir. Bu noktada öncelikle belirtmek istediğimiz husus, önerdiğimiz usulde de DİBK hukuki varlığını sürdüreceği ancak bahsi geçtiği şekildeki bir formülasyonla ikili şekilde yapılandırılacağıdır. Böylece, karar yine DİBK tarafından verilecek, öncekinden farklı olarak Kurulun ikili yapıda faaliyet göstermesi sağlanacaktır. Buna göre, BİM kararları ile ilgili aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin usulden farklı olarak içtihatların birleştirilmesi usulünde kararı İDDK veya VDDK vermeyecektir. Sonuçta, vergi dava dairelerinin görevine giren uyuşmazlıklarda Danıştay Başkanının başkanlığında, Danıştay Başsavcısı, VDDK başkanı, vergi dava daireleri başkanları ve üyelerinin katılımıyla toplanılırken; idari dava dairelerinin görevine giren uyuşmazlıklarda ise yine Danıştay Başkanının başkanlığında, Danıştay Başsavcısı, İDDK başkanı, idari dava daireleri başkanları ve üyeleriyle toplanılacaktır. Bu sayede, BİM kararları yönünden sağlanan uzmanlaşma, içtihatları birleştirme usulü yönünden de temin edileceği gibi mevcut düzenlemenin en çok eleştirilen yönlerinden olan DİBK'nın toplanmasındaki zorluk⁸³ da bu şekilde bertaraf edilebilecektir. Ayrıca, Danıştay Başkanının her iki Kurula da başkanlık etmesi sağlanarak BİM kararları arasındaki aykırılığın veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin usul yönünden eksiklik olan bir husus da bu şekilde giderilmiş olacaktır.

2. Çalışma usulü açısından Kurul esnek bir yapıyla formüle edilmelidir. Yargılama usulüne ilişkin konularda ve her iki kurulca da aynı mevzuatın uygulanması sonucunda verilen kararlar arasında aykırılık veya uyuşmazlık ortaya çıkması durumunda veya Danıştay Başkanı ya da karar verecek Kurulca talep edilmesi hâlinde DİBK'nın mevcut sistemde olduğu gibi Danıştay Başkanı, Başsavcısı, başkanvekilleri, dava daireleri başkanları ve üyeleriyle toplanacağı öngörülmelidir. Bu yöntemde, özellikle her iki kurulun da önüne gelebilecek yargılama usulüne ilişkin konularda DİBK'nın karar verme yetkisine sahip olmasıyla, İDDK ve VDDK talep hakkında ayrı ayrı karar ver(e)meyecek ve bu suretle her iki kurul kararları arasında olası içtihat aykırılığının ortaya çıkışı engellenmiş olacaktır.

83 BİM kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin mevcut düzenlemenin dayanağı olarak 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde değişiklik öngören 7188 sayılı Kanunun 7. maddesinin gerekçesinde bu hususta yapılan değerlendirme şu şekildedir: "... Kurul, geniş katılımlı yapısı sebebiyle sık toplanamamakta ve toplandığı zamanlarda Danıştay'ın diğer kurulları ve dava daireleri çalışmamaktadır. Ayrıca, Kurulun karar vermesi için Kanunda herhangi bir süre de öngörülmemiştir. Belirtilen nedenlerle söz konusu uyuşmazlıkların çözümlenmesi, beklenen süratte gerçekleşmemekte ve Danıştay'ın diğer kurulları ile dava dairelerinin işleyişinde aksaklıklar ortaya çıkmaktadır ..."



3. BİM kararları arasındaki aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin sistemde Danıştay Başkanı devre dışı bırakılmıştır. Talebe konu kararın Danıştay daireleri veya kurullarınca verilmediği gözetildiğinde, Başkanın kurul toplantılarına başkanlık etmesinin ya da toplantılara katılmasının gerekli olmadığı ileri sürülmektedir. Öte yandan, mevzuatla Danıştay'ın genel işleyişinden sorumlu olarak kuruluşun düzenli çalışmasını sağlamakla görevli Danıştay Başkanının⁸⁴, bu görevini yerine getirebilmesi açısından bahsi geçen sistem işletilerek yapılan başvuruların Başkan tarafından konusuna göre ilgili kurula havale edilmesi kanımızca düzenlenmelidir.

4. Mevcut sistemde içtihatların birleştirilmesi yönünde verilen kararın, talep konusu kararların taraflarına ve bu kararların hukuki sonuçlarına etkisinin olmayacağı hususunda herhangi bir hüküm bulunmaması, eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Bu nedenle, sözü edilen eksikliği giderecek açık bir hükmün mevzuat düzenlemesine konu edilmesi gerekmektedir.⁸⁵

5. Diğer yandan, içtihatların birleştirilmesi kararının yine DİBK tarafından -vergi ve idari dava dairelerinin görevine giren uyuşmazlıklar dikkate alınarak oluşmak suretiyle- verilmesi önerildiğinden, hangi nisapla toplanılıp karar verileceği hususu da teklif edilen mevzuat düzenlemesinde yer almalıdır. Zira, mevcut düzenlemede toplanma ve görüşme yeter sayısı otuzbir olarak düzenlenmiştir.⁸⁶ Ancak, belirlenen bu rakamın, hâlihazırda Danıştayda, Danıştay Başkanı, Başsavcı, Başkanvekilleri, Daire Başkanları ve Üyeler olarak toplam 128 kadronun mevcut olduğu⁸⁷ düşünüldüğünde, müessesinin üstlendiği önemli görevin gerçekleştirilmesi için yükseltilmesinin uygun olacağı, böylece daha işlevsel hâle geleceği düşünülmektedir. Bu kapsamda, toplanma ve görüşme yeter sayısı nisabının dosyanın talep hakkında karar vermek üzere gönderildiği Kurulun üye tamsayısının en az dörtte üçü olarak belirlenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

6. Yapılacak değişikliğin Kurulun talep hakkında karar vermesi için öngörülecek bir süreyi içermesi, müessesenin etkinliğine katkıda bulunacaktır. Zira, bu konuda süre öngörülmemiş olması, BİM kararları arasındaki aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin sistemde

84 2575 sayılı Kanununun 55. maddesinin 1. fıkrası hükmüne göre; Danıştay Başkanı, Danıştayın genel işleyişinden sorumludur. Kuruluşun düzenli çalışmasını sağlar.

85 GÜLER / YURDAKÖK / EMİROĞLU, s.33.

86 2575 sayılı Kanununun 18. maddesinin 2. bendi.

87 <https://danistay.gov.tr/kurumsal-1-tarihe.html> (Erişim Tarihi: 17.08.2020)

değişiklik yapılmasının nedenlerinden biri olarak 7188 sayılı Kanunun 7. maddesiyle 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde değişiklik yapan düzenlemenin gerekçesinde yerini almıştır.⁸⁸ Bu konuda getirilecek süre kanaatimizce 6 aydan az olmayacak şekilde belirlenmelidir.

7. Hem içtihatları birleştirme sistemi hem de aykırılığın/uyuşmazlığın giderilmesine ilişkin mevzuat hükümlerinde, BİM kararları ile Danıştay daireleri veya kurullarının verdiği kararlar arasında oluşan içtihat aykırılığının ne şekilde ortadan kaldırılacağına ilişkin düzenleme mevcut değildir. Bu durumun oluşturabileceği sakınca, şu şekilde somutlaştırılabilir: BİM kararları arasındaki aykırılık veya uyuşmazlık 2576 sayılı Kanunun 3/C maddesinde öngörülen usulle İDDK veya VDDK tarafından verilen kararlarla giderilmesine rağmen, verilen kararın bağlayıcı nitelik taşımaması nedeniyle bir ya da daha fazla BİM veya Danıştay dava dairesinin bu karara aykırı şekilde karar vermeleri hukuken mümkündür. Böyle bir durumda, oluşabilecek içtihat aykırılığının yetkili kılınanlar tarafından yapılacak başvurular üzerine işletilecek süreç kapsamında DİBK tarafından verilecek kararlarla giderilmesi hukuken mümkün kılınmalıdır. Aynı durum, uyuşmazlığa ilişkin miktar uyarınca bir kısmı istinafta kesinleşen, diğer kısmı ise temyiz kanun yolunda Danıştay tarafından verilen kararlarla kesinleşen uyuşmazlıklardan kaynaklı kararlar arasındaki içtihat aykırılığı için de geçerlidir. Bu durumda da aynı şekilde Danıştay Başkanı, Danıştay Başsavcısı, ilgili BİM dava dairesi, Danıştay'ın ilgili dava dairesi veya aykırı kararlar ilgili kişilerin DİBK'ya başvuru yapılabilmesi imkânı getirilmelidir.

SONUÇ

Kıta Avrupası hukuk sistemini benimsemiş olan ülkemiz açısından başka herhangi bir mahkeme için mevzuatta öngörülen istisnalar dışında yargı kararının bağlayıcılığından söz edilemez ise de; uygulamada esaslı bir kaynak olarak dikkate alındığı bilinmektedir. İdari yargının içtihadilik özelliği nedeniyle uygulamanın yargı kararları ile şekillendiği düşünüldüğünde, yargı kararlarının idare hukuku açısından çok daha önemli bir işleve sahip olduğu söylenebilir.

Ülkemiz gibi yargı ayrılığı ilkesini benimsemiş bir ülkede aynı yargı koluna dâhil mahkemelerin önüne gelen benzer nitelikteki uyuşmazlıklarda birbiriyle tutarlılık gösterecek şekilde verdiği kararlar

⁸⁸ Gereke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. 82 nolu dipnot.



sayesinde uygulama yerleşir ve içtihatlarda birliğe, uyuma ulaşılır. Sonuçta, yargının benzer uyuşmazlıklarda aynı çözüm yolunu izleyerek karar vermesi sayesinde bir çeşit yargı geleneği oluşur. Bu gelenek de yargısal içtihatlarla tekrarlanmak suretiyle devamlılık arz eder. Böylece, ilgili yargı kolu yönünden yargıya olan güven temin edilir.

Öte yandan, yargı düzeni içerisinde içtihat aykırılıklarının oluşması her zaman için mümkündür. Ancak, bu aykırılığın ilgili yargı kolunda mekanizmalar kurulmak ve etkin şekilde işletilmek suretiyle giderilememesi, hukuk devleti bakımından ağır sonuçları olan kabul edilemez bir durumdur. Hem AİHM hem de AYM'ye göre, aynı veya benzer uyuşmazlıklara ilişkin davalarda mahkemeler birbirinden farklı ilke ve yorumlar benimseyerek farklı bir içtihat geliştirebilirler. Bu, olağan karşılanması gereken bir durumdur. Bu farklılık, aynı mahkeme bünyesinde doğsa dahi tek başına AİHS'e aykırılık teşkil etmez. Zira, bu durumun ülkemiz uygulamasında olduğu gibi, her biri kendi yargı alanında yetkili olan yargılama ve temyiz mahkemeleri ağına dayalı yargı sistemlerinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmesi gerekir. Avrupa Konseyinin danışma organlarından olan CCJE de görüşlerinde, AİHM kararlarını referans göstermek suretiyle aynı sonuca ulaşmıştır.

Mahkemelerin benzer konudan kaynaklanan davalarda farklı sonuca ulaşmaları suretiyle ortaya çıkan içtihat aykırılığı, yeterli düzeyde gerekçelendirilmiş içtihat değişikliği niteliğinde değilse, ihtimale dayana birbiriyle çelişen hukuki durumların oluşmasına yol açar. Böyle bir sonuç, elbette bireylerin genel olarak adalete ve özelde yargı sistemine duymaları beklenen güvene zarar verir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuki güvenlik ilkesi kişilere içtihadın değişmezliği şeklinde bir hak bahşetmemektedir. Ancak, önceki kararlardan farklı bir hüküm kurulması hâlinde, mahkemelerce bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir.

Hukuk uygulamalarında birlik, her yargı yolu için o yargı kolundaki en üst mahkeme tarafından sağlamalıdır. Yani, idari yargı uygulamasında içtihat birliğini sağlama görevi Danıştay'dadır. AİHM ve AYM kararlarında da belirtildiği üzere, ilgili yüksek mahkeme sorunun kaynağı olmaktan da uzak durmalıdır.

İctihat birliğinin sağlanması, daha doğrusu içtihat aykırılıklarının önlenmesi ve giderilmesi amacıyla birtakım mekanizmaların ilgili hukuk sistemleri tarafından uygulanması gerekir. Bu noktada; önleyici tedbirler, giderici mekanizmalara kıyasla sorunu ilk aşamada çözen, olumsuz sonuçlar doğma ihtimalini daha başlangıçta ortadan kaldıran



ve daha az maliyetlidir. Buna rağmen, ülkemizde, içtihat aykırılığının ortaya çıkmasını etkili bir şekilde önleyici niteliğe sahip mekanizmaların mevcut olduğunu söylemek zordur. Türk idari yargı sisteminin iktibas edildiği Fransa'da içtihat aykırılıklarının önlenmesine yönelik pek çok mekanizma, hem resmi hem de gayriresmi olarak yargılamanın ilk derecesinden başlayarak Conseil d'État'da uygulanacak şekilde devrededir. Özellikle, ülkemizde idari yargı istinaf mercilerinin 20 Temmuz 2016 tarihinde faaliyete geçmesiyle birlikte içtihat aykırılıklarını önleyici mekanizmaların devreye sokulması ihtiyacı daha da önem kazanmıştır. Çünkü, idari yargı istinaf uygulamasıyla, temyiz edilemeyecek kararlar değil, temyiz edilebilecek kararlar sayılmak suretiyle belirtilmiştir. Böylece, istinaf kanun yolu kural, temyiz kanun yolu ise istisna haline gelmiştir. Bu husus ayrıca, istinafta kesinleşecek uyuşmazlıkların sayısını da oldukça artırmaktadır.

Danıştay dairelerince ya da kurullarınca verilen kararlar arasında içtihat aykırılığının öteden beri oluşmakta olduğu bir durumda, istinaf mahkemesi kararları arasında veya bir kısmı istinafta kesinleşecek, bir kısmı da temyize tabi olarak Danıştay içtihadı ile kesinleşecek kararlar yönünden de benzer sonucun oluşması kaçınılmazdır. Bu nedenle, içtihat aykırılığı sorunu, ülkemizde sadece ortaya çıktıktan sonra giderilmesi anlamında değil, ortaya çıkmasının önlenmesi anlamında da gündemdeki yerini sağlamlaştırmış ve idari yargı özelinde konu ile ilgili birtakım düzenlemelere ulusal mevzuatta yer verilmeye başlanmıştır.

Danıştayın içtihatları birleştirme sisteminin içtihat birliğinin sağlanması amacının gerçekleştirilmesi için nihai halka olarak görev yaptığını, bu nedenle çok faydalı ve gerekli bir müessese olduğunu, ayrıca Anayasaya aykırılık niteliğinin de bulunmadığını düşünmekteyiz.

Çalışmamızda detaylandırıldığı şekilde, DİBK'nın yapısı ve çalışma usulünde yapılacak mevzuat düzenlemesiyle belirsiz alanların netleşeceği, uzmanlaşan esnek bir yapıya kavuşacağı ve sonuçta çok daha etkin hâle getirilebileceği düşünülmektedir. Aynı durum, BİM kararları arasındaki içtihat aykırılığının/uyuşmazlığının giderilmesine ilişkin sistem açısından da geçerlidir. Zira, bu konudaki usule ilişkin tüm süreç ilgili mevzuat olan 2576 sayılı Kanunda müstakil bir maddede dahi ele alınmamış, yalnızca anılan Kanununun bir maddesinin (3/C maddesi) iki ayrı bendinde (4-c ve 5. bentleri) yer verilen hükümlerle düzenlenmiştir. Bu durum, başvuru ve değerlendirme süreci açısından tıpkı içtihatların birleştirilmesi sisteminde olduğu gibi uygulamada eksiklik ve belirsizliklerin oluşmasını kaçınılmaz hâle getirmektedir.



Belirtmek gerekir ki, başta içtihat aykırılığını önleyici mekanizmalar olmak üzere, giderici diğer mekanizmaların da idari yargı sistemimize işlevsel bir şekilde entegrasyonu sağlanmalıdır. Bu konuda sisteme entegre edilecek tüm mekanizmalar, tıpkı Fransa örneğinde olduğu gibi, yargılamanın ilk derece idari yargı mercilerinden başlayarak, en üst yargı mercii olan Danıştay'ı da kapsayacak şekilde oluşturulmalıdır.



KAYNAKLAR

- AKINCI Müslüm, **İsveç İdare Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.
- AKYILDIZ Ali, “İstinafa İlkesel Bakmak” **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (147. Yıl)**, Ankara, 2015, s.11-32.
- ARSLAN Ahmet, “Danıştay Başsavcılığı ve Danıştay Savcılığı”, **Danıştay Dergisi**, Y.2019, S.151, s.7-45.
- AYKIN Yunus / EMİROĞLU Ulya, “Temyiz Yoluna Başvuruda Süzgeç Usulü TEMYİZ İZİNİ”, **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 1. Dönem (2017 - 2018)**, Danıştay Yayınları No:95, Ankara, 2018, s.73-81.
- BEREKET Zuhal / DEMİRKOL Selami, “İdari Yargıda Savcılık Kurumu - İdarenin Yargısal Denetimde Ekinliğinin Sağlanması Yolunda Somut Bir Öneri”, **Danıştay Dergisi**, Y.26, S.90, s.25-52.
- DURAN Lütfi, “Yüksek Mahkemeler Arasında İçtihad Uyuşmazlığı”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cezaevi Matbaası, İstanbul, 1967, s.9-27.
- EKMEKÇİ Yalçın / ALTINDAĞ Samet, “İdari Yargılama Usulünde Grup Dava”, **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2018 - 2019)**, Danıştay Yayınları No:107, Ankara, 2019, s.35-39.
- ERKAN Fikret, “İsveç İdari Yargı Sistemi (İdari İstinaf Sistemi) ve Analizi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y.4, S.12, s.99-130.
- GÜLAN Aydın, “Bireysel Başvuru Kararlarının Türk İdari Yargısına Etkisi”, **Anayasa Yargısı**, Y.2018, S.35, s.105-120, (“*Bireysel Başvuru*”).
- GÜLAN Aydın, “Ülkemizdeki Kanuni Düzenlemeleri Sonrasında İstinaf Kanun Yolu Hakkında Yeniden ve Farklı Düşünmek”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (148. Yıl)**, Ankara, 2016, s.19-27, (“*Ülkemizdeki Kanuni*”).
- GÜLER Murteza, “İçtihad Aykırılıklarının Giderilmesinde Önleyici ve Giderici Mekanizmaların Güçlendirilmesi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara, 2019, s.181-190.
- GÜLER Murteza / YURDAKÖK Murat Haki / EMİROĞLU Ulya, “İdari Yargıda İçtihad Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay Başkanlığı İdari Yargı Komisyonu Çalışmaları, 2. Dönem (2018 - 2019)**, Danıştay Yayınları No:107, Ankara, 2019, s.19-33.



HECKSHER Sten, “İstinafın İşleyişinde İzin Sistemi ve Danıştay’ın Rolü”, **İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı**, Antalya, 2009, s.139-155.

HIRSCHFELDT Johan, “İsveç İdari İstinaf Örneği”, **İdari Yargıda İstinaf Semineri, Türkiye Cumhuriyeti Adalet Bakanlığı İle İsveç Krallığı Ulusal Mahkeme Yönetimi Arasında Yargı Alanında İş Birliği Programı**, Antalya, 2009, s.78-91.

KAYHAN Fahrettin, “Özel Hukuk Uygulamasında Yargı İçtihatlarının ve İçtihadı Birleştirme Kararlarının Normatif Gücü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.2, s.341-363.

ODYAKMAZ Zehra, “İdari Yargılama Usulü Kanununun 30.Yılında İdari Yargı Sempozyumu”, 09.03.2012, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Y.2013, **Ankara Barosu Başkanlığı**, s.187-237.

ÖZKAN Gürsel, “Yargıya Güven Sağlanması İhtiyacı”, **Danıştay Dergisi**, S.151, 2019, s.47-93.

SANCAKDAR Oğuz, “İdari Yargılama Usulünde İvedi Yargılama ve Grup Davaları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara, 2014, s.109-198.

SEMİZ İmran, **Türk Vergi Yargılaması Hukukunda İstinaf**, Doktora Tezi, İstanbul, 2020.

SEZGİNER Murat, “İdari Yargıda İçtihat Aykırılıklarının Giderilmesinde Danıştay’ın İçtihat Mahkemesi Rolünün Önemi”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (151. Yıl)**, Ankara, 2019, s.167-180, (“İdari Yargıda İçtihat”).

SEZGİNER Murat, “İdari Yargıda İstinaf İncelemesinin Esasları ile İstinaf Uygulamasında İçtihat Aykırılıkları Sorunu ve Çözüm Yolları”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (150. Yıl)**, Ankara, 2018, s.111-134, (“İdari Yargıda İstinaf”).

SEZGİNER Murat, “İdari Yargılama Hukukunda Yargılamanın Hızlandırılması Tartışmaları ve ‘Grup Dava’ Uygulaması” **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (146. Yıl)**, Ankara, 2014, s.199-217, (“İdari Yargılama Hukukunda”).

TUNCAY Aydın H. / ÖZDEŞ Orhan / BAŞPINAR Recep, “Danıştayın Tarihçesi”, **Yüzyıl Boyunca Danıştay**, Ankara, 1968.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN Kamile, “Alman İdari Yargılama Usulünde Grup Dava Uygulaması”, **Memleket Siyaset Yönetim (MSY)**, C.10, S.24, s.112-123.



YILDIRIM Turan, “İdari Yargıda İçtihat Farklılıkları Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü Sempozyumu (149. Yıl)**, Ankara 2017, s.137-153.

YILMAZ Harun, **Türk İdare Hukukunda İdari İstikrar İlkesi**, Doktora Tezi, İstanbul, 2019.

YILMAZOĞLU Yunus Emre, “İçtihat Farklılıklarının Temel Hak ve Özgürlükler Yönünden Değerlendirilmesi”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Y.7, S.13, Ankara, 2019, s.551-622.



ANAYASA MAHKEMESİNE BİREYSEL BAŞVURU YOLUNDA BİR KABUL EDİLEMEZLİK SEBEBİ OLARAK TEMELLENDİRİLMEMİŞ ŞİKÂYET VE CEMAL GÜNSEL KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

(The Turkish Constitutional Court Case-law on Unsubstantiated Complaints as a Ground of Inadmissibility: A Study on the Decision of Cemal Günsel)

Dr. Öğr. Üyesi Hasan Sayim VURAL¹

ÖZ

Temellendirilmemiş şikâyet, Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yolunda kabul edilemezlik sebepleri içinde, esasa ilişkin olan sebepler arasında yer almaktadır. Bu bakımdan, kabul edilebilirlik incelemesinde biçime, usule ve mahkemenin yetkisine ilişkin kabul edilemezlik sebeplerinden daha sonra, esasa ilişkin diğer sebeplerle birlikte son sırada gelmektedir. Bu makale, AYMnin temellendirilmemiş şikâyet içtihadını *Veli Özdemir* (2013), *Sabah Yıldızı* (2017) ve *Cemal Günsel* (2021) gibi işaret taşı niteliğindeki kararlarla belirlenen gelişimi içinde ele almaktadır. Makale, Anayasa Mahkemesinin Cemal Günsel kararıyla birlikte artık daha sıkı bir standart test uyguladığı gözlemini ortaya koymakta ve konuyu bireysel başvuru hakkının kullanımında adil denge meselesi olarak ele almayı denemektedir.

Anahtar kelimeler: Bireysel başvuru, kabul edilebilirlik ölçütleri, esasa ilişkin kabul edilemezlik sebepleri, açıkça dayanaktan yoksunluk, temellendirilmemiş şikâyet, kanıtlanmamış şikâyet.

ABSTRACT

Unsubstantiated complaint (UC) is a merits-based ground of inadmissibility of individual applications to the Turkish Constitutional Court. Within the set of admissibility criteria, the UC test lies at the later stages of examination, after tests targeting the formal, authoritative or procedural aspects of admissibility. This paper deals with the development of the related case-law, in apparently three stages marked by milestone decisions, such as the cases of *Veli Özdemir* (2013), *Sabah*

1 Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi, vural@politics.ankara.edu.tr, ORCID : 0000-0002-5160-7414

Yıldızı (2017) and recently *Cemal Günsel* (2021). This paper argues that the Court has recently introduced a stricter standard, starting with the *Cemal Günsel* case, and tries to deal with the issue in terms of the fair balance in the enjoyment of the right to individual application to the Constitutional Court.

Keywords: Individual complaint, individual application, manifestly ill-founded complaint, inadmissibility based on the merits, unsubstantiated complaint.

GİRİŞ

Anayasa Mahkemesine (AYM) bireysel başvuru yolunda kabul edilebilirlik incelemesi kritik bir eşik olarak karşımıza çıkmaktadır. Genel bir gözlemlerle, bireysel başvuruların ancak onda birinin bu eşiği geçmeyi başardığı görülmektedir. Anayasa Mahkemesinin 10/5/2021 tarihinde web sitesinde yayınladığı Bireysel Başvuru İstatistiklerine göre bireysel başvuru sisteminin yürürlüğe girdiği 23/9/2012 ile 31/3/2021 tarihleri arasında Mahkeme toplam 265.300 başvuruyu sonuçlandırmıştır. Bunların yaklaşık %90'ını (236.662) kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır². AYM kabul edilebilirlik incelemesini esasa ilişkin olan ve olmayan temel başlıkları altında yapmakta; esasa ilişkin olmayanlarda başvurunun içeriğine girmeksizin başka bir anlatımla başvuru formunu detaylı bir şekilde tahlil etmeksizin bir inceleme yürütmektedir. Bu safahatı geçen başvurular esasa ilişkin kabul edilebilirlik kriterleri bakımından incelenmekte ve bu aşamada başvuru formu detaylı bir incelemeye tabi tutulmaktadır.

İşaret edildiği üzere AYM tarafından düzenli olarak yayınlanan istatistiklerde sonuçlandırılan başvuruların %90'ına yakını kabul edilemezlik kararları oluşturmaktadır. Ancak, anılan istatistiklerde kabul edilemezlik kararlarının gerekçesine ilişkin detaylı verilere yer verilmediği için, kabul edilemezlik sebeplerinden hangisinin hangi ağırlıkta olduğu tespit edilememektedir³.

2 https://www.anayasa.gov.tr/media/7412/bb_istatistik_2021-1-yeni.pdf. Erişim: 16/6/2021.

3 Net bir oran vermek imkân dâhilinde olmasa da, incelediğimiz kararlardan nispeten eski tarihli başvurular için AYM'nin yetkisizliği nedeniyle kabul edilemezlik, yeni tarihliler için ise başvuru yollarının tüketilmemiş olduğunun öne çıktığını söyleyebiliriz. Esasa ilişkin kabul edilemezlik kararlarında ise kanun yolu şikâyetinde başvuru yapılması nedeniyle açıkça dayanaktan yoksunluğun diğer açıkça dayanaktan yoksunluk sebeplerine göre ağırlıklı olduğu ileri sürülebilir. Nitekim AYM tarafından yayımlanan Kabul Edilebilirlik Rehberi'nde açıkça dayanaktan yoksunluk başlığı altında yer alan nedenler içinde yalnızca kanun yolu şikâyetine yer verilmektedir, bkz. YILMAZOĞLU Yunus Emre, "Bireysel Başvuruda Açıkça



Bu çalışmada, esasa ilişkin olan kabul edilemezlik sebeplerinden *temellendirilmemiş şikayetler*⁴ nedeniyle verilen açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararları tartışılacaktır. Başlığa da taşıdığımız konuya ilişkin olarak dikkat çekici ve güncel bir AYM içtihadı olan *Cemal Günsel* kararına⁵ ayrıca odaklanılacaktır. Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu 21/1/2021 tarihinde *Cemal Günsel* başvurusuna ilişkin olarak verdiği kararda, başvurucunun “ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine dair iddialarını” temellendiremediğinden başvurunun “açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez” olduğuna oybirliği ile karar vermiş; karar, 26/2/2021 tarih ve 31407 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulünün düzenlendiği Anayasa’nın 149. maddesinin ikinci fıkrası Genel Kurulun göre ve yetkilerini belirledikten sonra “... bireysel başvurular ise bölümlerce karara bağlanır.” demek suretiyle, prensip olarak AYM Genel Kuruluna bireysel başvurular bağlamında bir rol tanımlamamıştır. Bununla birlikte, 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*’un Kararlar başlıklı 50. maddesinin (4) numaralı fıkrası “(4) Komisyonlar arasındaki içtihat farklılıkları, bağlı oldukları bölümler; bölümler arasındaki içtihat farklılıkları ise Genel Kurul tarafından karara bağlanır. Buna ilişkin diğer hususlar İçtüzükle düzenlenir.” hükmüyle belirtilen hallerde Genel Kurul da görevlendirilmiştir⁶. Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü m. 28/3 de Kanun’la benzer şekilde bireysel başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanmasını düzenlemektedir⁷. Durum, kararda İçtüzüğün ilgili fıkrasına atıfla “... niteliği itibarıyla başvurunun Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görüldüğü ...” şeklinde ifade edilmiştir⁸. Somut başvuruda ise

Dayanaktan Yoksunluk Kriteri”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (ed. Muharrem İlhan Koç / Recep Kaplan), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 229-365.

- 4 Temellendirilmemiş/kanıtlanamamış/dayanaksız şikayetler.
- 5 Cemal Günsel [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.
- 6 6216 sayılı Kanun’da yer alan 71 kuralın iptali talebiyle Anamuhalefet Partisi (Cumhuriyet Halk Partisi) Grubunca açılan iptal davasında anılan maddenin (2) numaralı fıkrasının iptali istenmişse de bu kuralın iptali talep edilmemiştir. Bkz. AYM, E.2011/59, K.2012/34, 01/03/2012.
- 7 6216 sayılı Kanunun “Bölümlerin görev ve yetkileri” başlıklı 28. Maddesi (3) numaralı fıkrası: “(Değişik: 5/3/2014 tarihli ve 28932 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan İçtüzüğün 4 üncü maddesi ile) Bölümlerden birinin görülmekte olan bir başvuruya ilişkin olarak vereceği karar, Bölümlerin önceden vermiş olduğu bir kararla çelişecekse ya da konunun niteliği itibarıyla Genel Kurul tarafından karara bağlanması gerekli görülürse ilgili Bölüm dosyadan el çekebilir. Bölüm Başkanı başvuruyu Genel Kurul önüne götürmek üzere Başkana iletir.”
- 8 *Cemal Günsel* [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021, § 7.

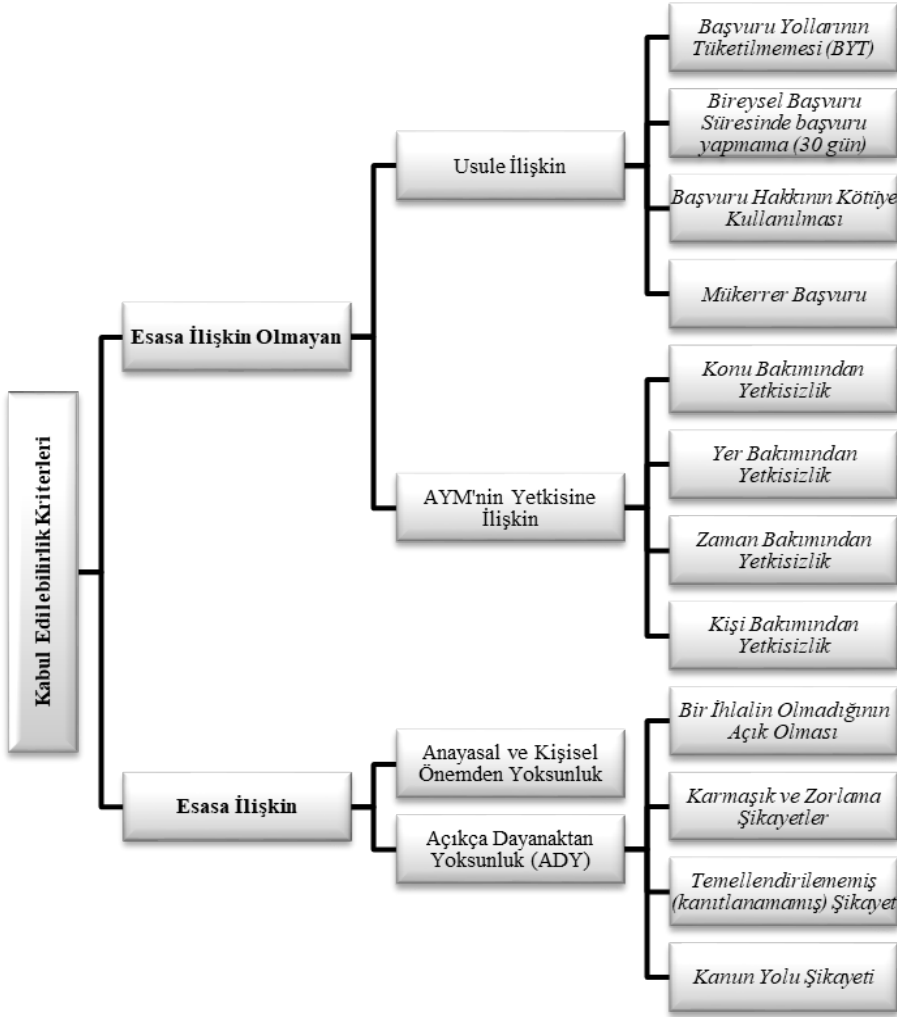


6216 sayılı Kanun Md. 48/3'e göre iki üyeden müteşekkil komisyonlarca verilebilecek olan kabul edilemezlik kararı, önce Bölüme sevk edilmiş, ardından oradan da sevk edilerek Genel Kurul tarafından verilmiştir. Bu başvuruya ilişkin karar ışığında temellendirilmemiş şikâyet konusunu ele almayı amaçlayan çalışmamızda, öncelikle genel olarak kabul edilebilirlik kriterleri üzerinde kısaca durulması uygundur.

I. KABUL EDİLEBİLİRLİK KRİTERLERİ

Kabul edilebilirlik⁹ kriterlerinin aşağıdaki tabloda¹⁰ esasa ilişkin olmayan olarak belirtilenleri 6216 sayılı Kanun'un 45., 46. ve 47. maddelerinde; esasa ilişkin şekilde belirtilenleri ise 48. maddenin (2) numaralı fıkrasında düzenlenmektedir¹¹.

- 9 Kavram, insan hakları yargısına ilişkin İngilizce terminolojide "admissibility" olarak kullanılmaktayken Türkçeye "kabul edilebilirlik" olarak çevirilmiştir. Bu çeviri, Türkçe terminolojide oturmuş bir kullanım olmakla birlikte, başvurunun incelenmek üzere kabul edilebilmesi ile başvurudaki iddiaların kabul edilebilmesi arasında bir karışıklığa yol açtığına da dikkat çekilmiştir. Örneğin Rona AYBAY bu hususu şöyle açıklamaktadır: "Kanuma göre 'admissible' sözcüğünün Türkçeye 'kabul edilebilir' biçiminde çevrilmesi yanlıştır. Türkçe kullanımda, davanın kabul edilmesi, davacı lehine sonuçlanması anlamına gelir. 'Admissible' sözcüğünün eski hukuk uygulamasındaki karşılığı 'mesmu' (dinlenebilir) idi. Günümüzde 'dinlenebilir' ya da 'incelenebilir' demek yerinde olur." Bkz. AYBAY Rona, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 88, 2010, s. 245.
- 10 Tablo için bkz. BARIN Taylan, "Kabul Edilebilirlik Kriterleri Tablosu", **Twitter**, 3 Haziran 2021, <https://twitter.com/taylanbarin/status/1400478021094629383?s=20> Erişim Tarihi: 16.11.2021.
- 11 Bireysel başvurunun kabul edilebilirlik şartları konusunda bkz. YILMAZOĞLU Yunus Emre, **Bireysel Başvuru Rehberi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019, s. 49-115. Ayrıca, AYM tarafından yayımlanan ayrıntılı bir kabul edilebilirlik rehberi çalışması için bkz. KOÇ Muharrem İlhan / KAPLAN Recep, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017.



Çalışmamıza konu *temellendirilmemiş şikâyet* kriteri, esasa ilişkin kabul edilemezlik¹² sebeplerinden olan *açıkça dayanaktan yoksunluk* başlığı altında tasnif edilmiştir. Açıkça dayanaktan yoksunluk incelemesi, konuya ilişkin erken dönem literatürde, “özünde yüzeysel bir esas incelemesi” olarak nitelendirilmişse de¹³ bu tespitin ancak kısmen doğru

12 Esasa ilişkin kabul edilebilirlik şartlarına dair detaylı bir çalışma için bkz. DURSUN Halil İbrahim, *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

13 ÖNCÜ Mehmet, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Dereceden Şikâyetler”, *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, (ed. Engin Yıldırım vd.), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, s. 391. Adı geçen esere

olduğu ve bilhassa temellendirilmemiş şikâyetler yönünden geçerli olmadığı söylenmelidir. Çünkü burada, ihlal iddiasının hukuki esasının yeterince açık olarak ortaya konulmuş olmaması ya da ilgili belgeler gibi delillerle gerekli ölçüde desteklenmiş olmaması sebebiyle, esasa ilişkin yüzeysel bir incelemenin dahi yapılamadığı bir duruma ilişkin bir değerlendirme söz konusudur.¹⁴

Kabul edilebilirlik yönünden incelemede kriterler arasında mevzuat tarafından belirlenmiş bir öncelik sıralaması bulunmamaktadır. Hukuk mantığı ve usul ekonomisi açısından, bir başvurunun *açıkça dayanaktan yoksun* olup olmadığının, usule veya Mahkemenin yetkisine ilişkin olan diğer kabul edilebilirlik kriterlerinden sonra incelenmesi daha makul gözükmektedir. AYM uygulamasında da, her ne kadar AYM kararlarından kabul edilebilirlik incelemesinde takip edilen silsile açıkça anlaşılmasa da, incelemenin öncelikle kriterlerin daha net çizgilere sahip olduğu esasa ilişkin olmayan kriterler yönünden yapıldığı görülmektedir. Gerçekten esasa ilişkin olmayan kabul edilebilirlik kriterlerinin önemli bir kısmı başvuru sahibinin iddiaların derinlemesine tetkikini gerektirmektedir. Bu aşamada kabul edilemezliğine karar verilmeyen başvurular için esasa ilişkin (md. 48/2) kabul edilebilirlik incelemesine geçilecektir. Bu sıralama dikkate alınarak, “açıkça dayanaktan yoksun bulunan bir başvurunun, diğer tüm kabul edilebilirlik şartlarını taşıdığını ancak esasın incelenmesiyle ilgili nedenlerle kabul edilemez bulunan bir başvuru olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.”¹⁵ Bu bakımdan, AYM’ce temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapılarak açıkça dayanaktan yoksun bulunan bir başvuruyu, aynı zamanda, şikâyetin temellendirilmemiş sayılmaması için AYM’nin aradığı kriterleri sağlayan yeterli bir içerikle yapılmış olması halinde kabul edilebilirlik kararı alma şansı yüksek olan bir başvuru olarak düşünmek de mümkündür.

II. TEMELLENDİRİLMEMİŞ ŞİKÂYET

Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolunda kabul edilebilirlik kriterlerine ilişkin olarak yayımlanmış çalışmalarda temellendirilmemiş

atıfla, aynı yönde, bkz. ALGAN Bülent, “Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 63/2, 2014, s. 252. Yine aynı şekilde bkz. DURMAZ Cüneyt, “Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Kriterleri”, **Bireysel Başvuru İnceleme Usulüne Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, (ed. Musa Sağlam), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, İkinci Baskı, 2013, s. 226).

14 DURSUN Halil İbrahim, **Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, ss. 24-25.

15 DURSUN, s. 25.



şikayet konusunun henüz yeterince incelenmiş olmadığını gözlemek mümkündür.¹⁶ Anayasa Mahkemesi tarafından yayımlanan 2017 tarihli güncel kapsamlı rehberde de konu sadece ismen geçmektedir.¹⁷ Bu bakımdan ilgili AYM içtihadını işaret taşı niteliğindeki kararları esas alarak üç evre biçiminde ele alan çalışmamızın konuya ilişkin tartışmaya güncel bir katkı niteliğinde olması umulmaktadır.

Konuya ilişkin Anayasa Mahkemesi içtihadının gelişiminde üç evreyi ayırt etmek mümkündür. 2012-2017 arası ilk evre kararlarında Anayasa Mahkemesi konuya ilişkin içtihadının unsurlarını ortaya koymuştur. Bu unsurların “Genel İlkeler” başlığı altında toparlandığı 2017 tarihli *Sabah Yıldızı* kararının ilgili paragrafları,¹⁸ sonraki dönem içtihadında istikrarlı olarak atıf yapılan ilke paragraflarını teşkil etmiştir. Üçüncü ve yeni bir evrenin başlangıcına işaret görerek başlığa taşıdığımız 2021 tarihli *Cemal Günsel* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında¹⁹ ise Mahkeme’nin ilgili ilkeleri daha sıkı bir uygulama yönünde geliştirdiği görülmektedir. İzleyen başlıklarda, bu içtihadın üç evreli gelişimi üzerinde durularak, Cemal Günsel sonrası evrenin öne çıkan yönlerinin ortaya konulmasına çalışılacaktır.

A. 2012-2017 Arası İlk Evre Kararlar

Bireysel başvuru sisteminin fiilen işlemeye başladığı 23/9/2012 sonrası verilen temellendirilmemiş şikâyet nedeniyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna dair kararlarda AYM’nin Kanun ve İçtüzük hükümlerini katı bir şekilde uygulamadığı göze çarpmaktadır. “İddiaların dayanaktan yoksun olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinde yeterli kanaat oluşması, başvuru tarafından ileri sürülen iddiaların niteliğine” bağlıdır²⁰.

¹⁶ Esasa ilişkin kabul edilemezlik sebepli konusunda yakın tarihli bir çalışmanın temellendirilmemiş şikâyet konusuna ayrılmış kısımları için, bkz. DURSUN Halil İbrahim, **Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018, ss. 34-37.

¹⁷ Bu edisyon çalışmada “Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriteri” başlıklı bölümde, temellendirilmemiş şikâyet ve sair sebepler sadece ismen zikredilerek münhasıran kanun yolu şikâyeti üzerinde durulmuş ve bu husus başlığa konulmuş açıklama dipnotunda da izah edilmiştir, bkz. YILMAZOĞLU Yunus Emre, “Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriteri”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (ed. Muharrem İlhan Koç / Recep Kaplan), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 229.

¹⁸ *Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017, §§ 19, 20.

¹⁹ *Cemal Günsel* [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.

²⁰ *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 23.



Konuya dair ilk kararlardan biri olan *Veli Özdemir* başvurusunda “başvurucu, kendisinin yokluğunda diğer sanıklarca sarf edilen soyut suç isnatlarının, kendisinin hazır olduğu celsede ortaya konulmadığını ve kendisine bu delilleri tartışma hakkı verilmediğini belirterek Anayasa’nın kişi hürriyeti ve güvenliğini düzenleyen 19. maddesinin, adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddesinin ve ceza sorumluluğunun şahsiliğini düzenleyen 38. maddenin yedinci fıkrasının ihlal edildiğini” ileri sürmüştür²¹. AYM, başvurucudan, “başvuru dilekçesinde ileri sürdüğü iddialarını ispat etmeye elverişli delillerini Mahkemeye sunmasını istemiş; başvurucu ilk derece mahkemesinin nihai kararı ile Yargıtay ilamı ve bazı dilekçe suretlerini” sunmakla yetinmiştir²². AYM başvurucunun iddialarını temellendirmediğinden başvurusunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir²³.

Yine konuya dair öncü kararlardan biri olan *Ünal Yiğit* başvurusunda “başvurucu, CNN TÜRK adlı yayın kuruluşunun haber bültenlerinde hakkında çıkan haberlerin sorumlu yayıncılık ilkelerini aşarak kişilik haklarına saldırı niteliğinde olduğunu, www.hurriyet.com.tr internet sitesinde yayınlanan haber nedeniyle sorumlular hakkında açmış olduğu tazminat davasının reddedilmesinin kişilik haklarına müdahale oluşturduğunu ileri sürmüş ve manevi tazminat talebinde” bulunmuştur²⁴. Ancak Anayasa Mahkemesi, gerek iddiaların açıklanmasında gerekse destekleyici belgelerin sunulmasında önemli eksiklikler bulunduğunu tespit etmiştir:

“Başvurucu, kendisi hakkında yapılan haberlerin neler olduğunu, basın ve yayın araçlarından hangilerinde yayımlandığını, yapılan bu haberler ile hangi hak ve özgürlüklerine müdahale edildiğini başvuru dilekçesinde göstermemiştir. Öte yandan başvurucu, CNN TÜRK televizyon kanalında veya hurriyet.com.tr internet sitesinde yapılan yayınlar nedeniyle bireysel başvuruda ileri sürdüğü hususları ilk derece mahkemesinde ve temyiz aşamasında ileri sürdüğünü ancak bu taleplerinin dikkate alınmadığını gösterir duruşma zabıtları ve mahkeme kararları gibi iddiasının dayanaklarını da Anayasa Mahkemesine ibraz etmemiştir. Başvuru dilekçesinde, ihlale neden olduğu iddia edilen olaylar tarih sırasına göre

21 *Veli Özdemir*, B. No: 2013/276, 9/1/2014, § 13.

22 *Veli Özdemir*, § 24.

23 *Veli Özdemir*, § 26.

24 *Ünal Yiğit*, § 12.



özetlenmemiş; bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve delillere ait açıklamalar yapılmamıştır. Öte yandan başvuru dilekçesinde iddianın dayanağı belgeler açıkça belirtilmediği gibi başvurucu, herhangi bir bilgi ve belgenin ilgililerden istenmesi için Mahkemeden bir talepte de bulunmamıştır.”²⁵

Bu nedenlerle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar verilmiştir.

B. Soyut İddialar

Mahkemenin temellendirilmemiş şikâyetlere ilişkin içtihadının gelişiminde bu ilk evrede verdiği kararlarda sıkça karşılaşılan sebeplerden biri, başvurusunun iddialarını soyut olmaktan çıkaramamış olmasıdır. Örneğin, Feyzullah Erarslan kararında, başvuru, “kolluk tarafından 23/2/2006 tarihinde kanunda belirtilen sorgu tekniğine aykırı şekilde ifadesinin alındığını” iddia etmiştir. Mahkeme, bu iddianın sadece “soyut şekilde” ileri sürüldüğü, “hakkın nasıl ihlal edildiğine ilişkin bir açıklama ve kanıtlamada bulunulmadığı” tespitlerinde bulduktan sonra, karşı yöndeki olay ve olguları karşılayacak herhangi bir açıklama ya da kanıtlama ögesinin bulunmadığına da dikkat çekmiştir: “başvurusunun sözünü ettiği ifade alımı esnasında müdafisinin hazır bulunduğu ve susma hakkını kullandığı anlaşılmıştır.”²⁶

Soyut iddia değerlendirmesi, şikâyetin hukuki konusunun yeterince somut olarak ortaya konulamadığı, bir başka deyişle, “hangi ...?” sorusunun gerekli ölçüde cevaplanmadığı başvurulara ilişkin başka kabul edilemezlik kararlarında karşımıza çıkmaktadır:

Başvurucuların kendilerine ait taşınmazda acele kamulaştırma kararıyla baraj yapımına başlanması sonucunda “taşınmazın baraj gölü altında kalması nedeniyle tarımsal faaliyetlerini sürdüremediklerini ve taşınmaz üzerinde bulunan konutlarını kullanamadıklarını, ayrıca acele kamulaştırma kararı sonrasında bedel tespiti davasının geç açıldığını ve taşınmaz sular altında kaldığından delillerin yok edildiğini ileri sürerek, özel hayatın gizliliği ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini iddia etmiş” oldukları *Nezhat Albayrak ve diğerleri* kararında, Mahkeme, “Başvurucular delillerin yok edildiği iddialarını taşınmazın su altında kalmasına bağlamaktaysa da bedel tespiti davasında davanın

²⁵ Ünal Yiğit, § 24.

²⁶ Feyzullah Erarslan, B. No: 2014/7226, 4/11/2014, §§ 36-39.



sonucunu etkileyecek hangi delilin yok edildiğini açıklamış değildir. Ayrıca başvurucular arazinin baraj gölü altında kalması nedeniyle taşınmaz üzerinde bulunan konutlarını kullanamadıklarını iddia etseler de davaya konu keşif ve bilirkişi raporlarında taşınmaz üzerinde bir konut bulunduğuna dair bilgi bulunmamaktadır.” Değerlendirmesini yapmıştır.²⁷

Başvurucunun “arama sırasında hiçbir yasal düzenlemeye uyulmadığını, kişisel eşyalarının alındığını, arama sırasında büroda bulunan üç kişinin aramaya refaket etmesine izin verilmediğini, ilgili kanunda belirtildiği şekilde hazır bulunması gereken kişilerin aramada hazır bulundurulmadığını” ileri sürdüğü *Zeki Rüzgar* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “iddialar soyut şekilde ileri sürülmüş; başvurucu, ileri sürdüğü bu olguları ispatlayacak herhangi bir bilgi ya da kanıt sunmamıştır.” Değerlendirmesini yapmıştır.²⁸

Başvurucunun “dijital verilerin adli emanete konulması yönündeki taleplerinin Mahkemece reddedildiğini, bu verilerin bağımsız bilirkişilerce incelemesi yapılmadan mahkûmiyet kararı verildiğini” ileri sürdüğü *Hamdullah Demirtaş* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “Başvuruya konu ihlal iddiasıyla ilgili deliller sunarak olaya ilişkin iddialarını ve hangi Anayasa hükmünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarını bildirmek suretiyle hukuki iddialarını kanıtlama yükümlülüğü başvurucuya ait olmasına rağmen başvurucu tarafından soyut bir şekilde birtakım iddialar ileri sürülmüş olup hangi tarihte, hangi sebeplerle ve hangi hususlara ilişkin talepte bulunulduğuna dair Anayasa Mahkemesine bir bilgi ya da kanıt sunulmamıştır.” Değerlendirmesini yapmıştır.²⁹

Başvurucunun “Ceza İnfaz Kurumu Disiplin Kurulu kararına karşı sırasıyla başvurmuş olduğu şikâyet ve itiraz yasa yollarında, derece mahkemelerince Sözleşme ilkelerine aykırı olarak taleplerinin reddedildiğini ve benzer konularda sürekli aynı şekilde kararlar verilerek hak ihlallerini onaylamak suretiyle özgürlükçü bakış açısı oluşturulmadığını” ileri sürdüğü *Murat Karayel (2)* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “Adil yargılanma hakkının nasıl ihlal edildiği veya başvuru yolunun nasıl etkisiz hâle geldiğine

27 *Nezvat Albayrak ve diğ.leri*, B. No: 2013/9822, 22/6/2015, §§ 43-51.

28 *Zeki Rüzgar*, B. No: 2013/6084, 6/4/2016, §§ 29-33.

29 *Hamdullah Demirtaş*, B. No: 2013/3552, 15/12/2015, §§ 27-30.



ilişkin bir açıklama ve kanıtlamada bulunulmadığı da anlaşılmıştır.” Değerlendirmesini yapmıştır.³⁰

Başvurucunun “yakın akrabalarıyla yaptığı telefon görüşmelerinin dinlendiğini, yasak delil niteliğindeki bu kayıtların dosyadan çıkartılmadığını, son çare olarak başvurulması gereken iletişimin dinlenilmesi tedbirine koşulları oluşmaksızın başvurulduğunu, özel hayatına müdahalede bulunulduğunu, bu nedenle haberleşme özgürlüğünün ve adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini” ileri sürdüğü *Sadullah Remzi Karagöz* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “hangi yakın akrabalarıyla yaptığı görüşmelerin kayda alındığına veya kararda kullanıldığına dair somut bir örnek belirtmemiş” olduğuna dikkat çekmiştir.³¹

Başvurucunun “5233 sayılı Kanun kapsamında yaptığı giderim taleplerinin mukim olduğu köyün tamamen boşaltılmamış olduğu gerekçesiyle reddedildiğini ancak aynı yerleşim yerinden önceki bir tarihte başvuruda bulunanlar hakkında Komisyonun tazminat ödenmesi yönünde karar verdiğini ve yargı mercilerince bu kararlar konusunda araştırma ve inceleme yapılmayarak davasının reddine hükmedildiğini, bu nedenle makul ve objektif bir sebep bulunmamasına rağmen tazminat ödenmemesi yönünde karar alındığını belirterek Anayasa’nın 10. Maddesinde tanımlanan eşitlik ilkesinin ihlal edildiğini” ileri sürdüğü *Teyfik Tunç* başvurusuna ilişkin olarak da Mahkeme, belirtilen iddiaları temellendirecek “herhangi bir somut bulgu ve kanıt sunmadığı” için “açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle” kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.³²

C. İddiaları Destekleyici Gerekli Belgelerin Eklenmemesi

Kabul edilebilirlik incelemesini geçerek iddialarını esastan inceletebilmek isteyen bir bireysel başvurunun, hukuki özünü yeterince açıklanmış bir hak ihlali iddiası ileri sürebilmesinin yanı sıra, açıklamasında yer alan hukuki veya olgusal gerçekleri göstermek suretiyle iddialarının doğruluğunu destekleyici belgeleri de içermesi gereklidir. Örneğin, *Hüseyin Çiftçi* kararında, başvuru, “kayınbabası olduğunu beyan ettiği Se.Ç.’nin terör örgütü mensuplarınca döşenen mayının patlaması sonucunda yaralanması dikkate alınmaksızın 5233

30 *Murat Karayel* (2), B. No: 2013/2125, 16/9/2015, §§ 23-28.

31 *Sadullah Remzi Karagöz*, B. No: 2014/8870, 8/6/2016, §§ 39-47.

32 *Teyfik Tunç*, B. No: 2014/11204, 8/12/2016, §§ 22-25. Aynı yönde bkz. *Hüseyin Çiftçi*, B. No: 2014/3439, 28/9/2016, §§21-24.



sayılı Kanun kapsamında yaptığı başvurunun reddedildiğini belirterek, Anayasa'nın 36. Maddesinde tanımlanan hakkaniyete uygun yargılanma hakkının ihlal edildiğini" iddia etmiştir. Mahkeme başvurucudan "Se.Ç. ile kendisi arasında şahsi ve özel bağ bulunduğuna dair elverişli delilleri" sunmasını istemiş; başvurucunun sunmuş olduğu belgelerde kayınbabasının soyisminin yer almaması üzerine ilgili bağa dair mukayeseye elverişli bilgileri Anayasa Mahkemesine sunmadığından bahisle, "açıkça dayanaktan yoksun olması nedeniyle kabul edilemez olduğu" yolunda karar verilmiştir³³. Benzer örneklerde, iddiaları ispata elverişli delillerin eksikliği tespit edilerek temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesine ulaşılmıştır. Bu eksiklik, bazen, karşı yöndeki delillerin varlığı karşısında gerekli bulunan delillerin eksikliği biçiminde de söz konusu edilebilmektedir:

Başvurucunun, "arama işleminin aşağılayıcı muameleye tabi tutulur tarzda gerçekleştirildiğini, diğer sanıklarda olmadığı kadar çok polis ve savcının aramaya katıldığını, arama sırasında kendisine 'Alın bunu.' Denmek suretiyle kötü muamelede bulunulduğunu ileri sürmüş" olduğu N.A. başvurusunda, Mahkeme, "başvurucunun iddialarına ilişkin kanıt sunmamış olması ve iddialarını temellendirememiş olması nedeniyle başvurusunun bu kısmının esasının incelenmesi imkânı bulunmamaktadır. Öte yandan başvurucunun da imzaladığı arama tutanağında başvuru arama dolayısıyla herhangi bir zarara uğramadığını belirtmiştir." Değerlendirmesini yapmıştır.³⁴

Başvurucunun, "hastalığı nedeniyle hayati tehlike içinde bulunmasına rağmen cezaevinde tutulması ile klişe ifadelerle tutukluluk halinin devamına karar verilmesinin yaşam hakkı ile kişi hürriyeti ve güvenliğini ihlal ettiğini ileri sürmüş ve tedbiren tahliye kararı verilmesini talep etmiş" olduğu *Fatih Hilmioglu* kararında, Mahkeme, " (hastanede) kaldığı sürece kendisine hastane tedavisi yapılmadığı bildirilen başvuru hakkında düzenlenen raporlarda, cezaevi koşullarının

33 *Hüseyin Çiftçi*, B. No: 2014/3439, 28/9/2016, § 50.

"Başvurucunun 22/6/2015 tarihli dilekçesinde, Se.Ç.nin başvurucunun kayınbabası olduğunun belirtilmesi ve başvurucuya ait nüfus kayıt örneğinin dilekçeye eklenmesi ile yetinildiği tespit edilmiştir. Nüfus kayıt örneğinin incelenmesinde başvurucunun eşinin babasının (başvurucunun kayınbabasının) adının Se. olduğu anlaşılmıştır. 13/3/1995 tarihli olayda yaralanan kişinin başvurunun kayınbabası olduğuna dair Anayasa Mahkemesine sunulan tek delilin bu nüfus kaydı örneği olduğu ve anılan kayıttan başvurunun kayınbabasının 'sadece adının' görülebildiği, yukarıdaki paragrafta belirtilen tutanak (bkz. § 48) içeriğinde geçen Se.Ç.ile başvurucunun kayınbabasının kimlik bilgilerini mukayeseye elverişli şekilde bilgi, belgenin Anayasa Mahkemesine sunulmadığı sonucuna varılmıştır."

34 N.A., B. No: 2013/5076, 6/4/2016, §§ 16-23.



başvurucu yönünden uygun olmadığı veya hastalık sebebiyle başvurucu bakımından ‘*kesin bir hayatı tehlikeye*’ neden olacağı yönünde bir olgu yer almamaktadır.” Değerlendirmesini yapmıştır.³⁵

Başvurucunun “isminin sahte fatura düzenleyenlerin isimlerinin bulunduğu listede yer almasından ve haciz işlemlerinin devam etmesinden şikâyet etmekte” olduğu *Abdullah Doğtaş* kararında, Mahkeme, “(b)aşvuru formu ve ekleri incelendiğinde, başvurucunun, araç veya araçlarına konulan haciz işlemlerinin olaylar bölümünde aktarılan mahkeme kararlarına rağmen devam ettirildiğini gösterir herhangi bir bilgi ve belgeyi, kendi isminin de bulunduğunu belirttiği sahte fatura düzenleyenlerin isimleri bulunan listeyi başvuru formuna eklemediği, belirttiği bu hususların hangi anayasal hak veya haklarını ihlal ettiği hakkında bir bilgiye yer vermediği” tespitlerinde bulunduktan sonra, başvurucunun “haciz işlemlerinin kaldırılması ve isminin belirtilen listeden çıkartılması” şeklindeki talebinin ise idari işlem niteliğinde karar verilmesi talebi olduğunu tespit ederek, “başvurunun bu kısmının diğer kabul edilebilirlik koşulları yönünden incelenmeksizin ‘*açıkça dayanaktan yoksun olması*’ nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir.” Değerlendirmesinde bulunmuştur.³⁶

D. 2017-2021 Arası Kararlar

Mahkemenin yukarıda tanıtılan ilk evre içtihadında da belirginleştirdiği üzere, başvurucunun iddialarını kanıtlaya yükümlülüğü temelinde kanıtlama/temellendirme kavramının iki yönü ayırt edilebilmektedir: Açıklama ve belgeleme/delillendirme. Başvurunun bu aşamadaki testte başarılı olabilmesi için ihlal iddiasının hukuki esasını açıklama ve ispata elverişli delillerini sunma yükümlülüklerini yerine getirmiş olması gerekir. Bu hususa ilişkin olarak içtihadta gelişen ilkeler, AYM Genel Kurulunun 2017 yılında yayımlanan *Sabah Yıldızı* kararında ilk defa topluca ortaya konulmuştur:

“(...) Anayasa Mahkemesine başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunmak suretiyle olaylar hakkındaki iddialarını ve dayanan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair açıklamalarda bulunarak hukuki iddialarını kanıtlamak başvurucuya düşer. Zikredilen kurallara göre başvurucunun, kamu gücünün işlem, eylem ya da ihmali nedeniyle ihlal

35 *Fatih Hilmioglu*, B. No: 2014/648, 18/9/2014.

36 *Abdullah Doğtaş*, B. No: 2012/1123, 26/6/2014.



edildiğini ileri sürdüğü hak ve özgürlük ile dayanılan Anayasa hükümlerini, ihlal gerekçelerini, dayanılan deliller ile ihlale neden olduğu ileri sürülen işlem veya kararların aslı ya da örneğini başvuru dilekçesine eklemesi şarttır. Başvuru dilekçesinde kamu gücünün ihlale neden olduğu iddia edilen işlem, eylem ya da ihmeline dair olayların tarih sırasına göre özeti yapılmalı; bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiği ve buna ilişkin gerekçeler ve deliller açıklanmalıdır (...).

Yukarıda belirtilen koşullar yerine getirilmediği takdirde Anayasa Mahkemesi, başvuruyu açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle kabul edilemez bulabilir. İddiaların dayanaktan yoksun olmadığı konusunda Anayasa Mahkemesinin ikna edilmesi, başvurucu tarafından ortaya konulan somut bilgi ve belgelerin niteliğine bağlıdır. Başvurucunun başlangıçta, başvuru hakkında kabul edilemezlik kararı verilmesini önlemek için başvuru formu ve eklerinde iddialarını destekleyici belgeleri sunması ve gerekli açıklamaları yapması zorunludur (...).³⁷

Bu ilkeler muvacehesinde, ihlal iddialarını Anayasa Mahkemesine esastan inceletebilmek isteyen başvuru sahiplerinin yükümlülükleri ise şu şekilde somutlaştırılmıştır:

“(...) Anayasa Mahkemesine yapılan bireysel başvurularda, başvuru sahiplerinin başvurularını titizlikle hazırlama ve takip etme yükümlülükleri vardır. Mahkeme, başvuru sahibinin soyut şekilde birtakım Anayasa hükümlerine atıfta bulunmasının iddiaların ispatlandığı anlamına gelmeyeceğini birçok kez vurgulamıştır. Bundan başka Anayasa Mahkemesi; başvuru sahibinin başvuru formunu özenle doldurmak, ihlal iddiasının dayanağı olan tüm olayları göstermek, başvuruyu aydınlatacak ve hükmün esasını etkileyecek argümanları destekleyici tüm belgeleri başvuru dilekçesine eklemek yükümlülüğü olduğunu ve bir bilgi veya belge elde edilememişse bunun da nedenlerini açıklamak yükümlülüğü olduğunu belirtmiştir (...).”³⁸

Bu ilkeleri, “başvuru sahibi şirketin bazı illerde yaptığı radyo yayınlarının durdurulmasının ifade ve basın özgürlüklerini ihlal ettiği” iddiasına

37 *Sabah Yıldızlı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017, §§ 19, 20.

38 *Sabah Yıldızlı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], § 21.



ilişkin somut başvuruya uygulayan Mahkeme, “mevcut izin sisteminde izinsiz yayın yapan kuruluşlar da dâhil olmak üzere alınan önlemler Anayasa’nın 26. Maddesinde korunan ifade özgürlüğü ve Anayasa’nın 28. Maddesinde korunan basın özgürlüğü çerçevesinde geliştirilen standartlar çerçevesinde incelenmelidir.” Tespitinde bulunduktan sonra “Başvurucu, yalnızca ve soyut olarak karasal yayın lisansının kapsamının hatalı olarak belirlendiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesinin görevi, mevcut başvurudaki gibi bir yayın lisansının kapsamını belirlemek değildir. Başvurucu, bazı teknik nedenlerle getirildiği anlaşılan sınırlandırmanın Anayasa’nın 26. Maddesinin birinci ve ikinci fıkrasındaki koşullara aykırı biçimde ve ifade özgürlüğünü ihlal edecek tarzda uygulandığını gösterebilmiş değildir.” Değerlendirmesini yaparak “Başvurucu, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ve bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; dolayısıyla ileri sürdüğü iddiaları temellendirememiştir.” Sonucuna ulaşmıştır.³⁹

Bu ilkelere, Mahkemenin temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yaparak açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezliğe hükmettiği sonraki tarihli kararlarında istikrarlı olarak atıf yapıldığı görülmektedir. Bu evredeki erken örneklerden birinde AYM Birinci Bölüm, “müvekkilin geçirdiği trafik kazası dolayısıyla olay yerine gelen avukata kolluk görevlilerince kötü muamelede bulunduğu gerekçesiyle maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiği” iddiasına ilişkin bir başvuruda “ (...) soruşturmaya ilişkin verilen takipsizlik kararında değerlendirilmeye esas görülen suçlara ilişkin gerekçelerin Anayasa’nın 17. Maddesi ile bağdaşmayacak yönlerini başvurusunun ortaya koyamadığı, toplanılmasını istenilen delillerin ne olduğunun belirtilmediği, tehdit edildiğine ilişkin şikâyetlerin ise temellendirilemediği, nasıl bir şekilde tehdit edildiğinin aktarılamadığı anlaşılmıştır.” Tespitinde bulunduktan sonra, başvurusunun “ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ve temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş” olması sebebiyle iddiaların temellendirilmediği sonucuna ulaşmıştır.⁴⁰ Bu evredeki başka örnek kararlarda yer alan temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmelerinde bakıldığında da,

39 *Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017, § 23-25.

40 G.G., B. No: 2014/10349, 9/11/2017.



ihlal iddiasının hukuki özünün açıklıkla ortaya konabilmiş ve iddiaları desteklemeye elverişli gerekli delillerin sunulmuş olmasının arandığı görülmektedir.

Başvurucunun “izinsiz afiş asıldığı için idari para cezası uygulanması nedeniyle ifade özgürlüğü ile toplanma ve örgütlenme hakkının ihlal edildiği” iddiasında bulunduğu *Neslihan Albayrak* kararında Mahkeme,

“Başvuru konusu idari yaptırım kararının gerekçesi 5326 sayılı Kanun’un 42. maddesine dayanmaktadır. Anılan Kanun maddesinde kamuya ait alanlarda afiş asılmasını yetkili makamın, özel alanlarda ise malikinin iznine bağlı kılmış ve izin koşulu yerine getirilmeden afiş asılmasını idari para cezası yaptırımına tabi tutmuştur. Bu kapsamda başvuru, izinsiz afiş asmak suretiyle Kanun’un açık hükmüne aykırı davranışı nedeniyle idari para cezası şeklinde yaptırım uygulanmasının ifade özgürlüğü ile toplanma ve örgütlenme hakkının nasıl ihlal ettiğini gösterebilmiş değildir. Başvuru, ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma ve bireysel başvuru kapsamındaki haklardan hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; dolayısıyla ileri sürdüğü iddiaları temellendirememiştir.”

değerlendirmesinde bulunmuştur.⁴¹

Başvurucunun “anayasal haklar kapsamında koruma altında bulunan bazı eylemlerinin terör örgütü üyeliği suçundan mahkûmiyetinde delil olarak kullanılmasının başvuru ifade özgürlüğü ile toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkını; yargılama sırasında usuli güvencelere riayet edilmemesinin adil yargılanma hakkını, iletişimin tespitine ve fiziki takip yapılmasına izin verilmesi hakkındaki kararların keyfi olmasının da haberleşme özgürlüğü ile özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği” iddialarını ileri sürdüğü *Abdülkadir Güneş* başvurusuna ilişkin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararında Mahkeme, başvuru ifadesinin “başvuru formunda yeterince açıklamalarda bulunmamış, kanun hükümlerini belirtmek suretiyle yapılan işlemin bu hükümlere uymadığını soyut bir şekilde belirtmekle yetinmiş” olduğu tespitinde bulunarak temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapmıştır.⁴²

41 *Neslihan Albayrak*, B. No: 2015/19611, 13/9/2018, § 3, 21, 22.

42 *Abdülkadir Güneş*, B. No: 2014/7489, 10/10/2019. Benzer yönde, bkz. *Vedat Bingöl*, B. No: 2014/7817, 10/10/2019; *Şenol Eren*, B. No: 2014/7693, 26/9/2019; *Caner Duygu*, B. No: 2014/7490, 20/11/2019.



Başvurucuların “hukuki gerekliliği olmadığı hâlde olağanüstü yöntemlerle delil toplandığını ve gerekçesiz kararlarla iletişimin dinlenmesine ve teknik takip yapılmasına izin verildiğini ifade ederek adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüş” oldukları *Diyadin Abak ve Mehmet Yiğit* başvurusuna ilişkin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “başvurucular (...) iddialarını soyut bir şekilde ileri sürmüşler; başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunarak olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlama ve dayanılan Anayasa hükmünün kendilerine göre ihlal edildiğine dair hukuki iddialarını ortaya koyma yükümlülüğünü yerine getirmemişlerdir.” Değerlendirmesinde bulunmuştur.⁴³

Başvurucunun “kendisi gibi özel yetkili mahkemelerde yargılanan ve haklarında mahkûmiyet kararı verilen bazı kişiler hakkında adil yargılanmadıkları gerekçesiyle yeniden yargılama yapılmasına karar verilirken kendisi hakkında verilen mahkûmiyet kararının onanmasının eşitlik ilkesine aykırı olduğunu iddia etmiş” olduğu *Ali Soylu* başvurusuna ilişkin açıkça dayanaktan yoksunluk nedeniyle kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “Başvurucu ayrıca gerekçe göstermeden kişi hürriyeti ve güvenliği hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Somut olayda başvuru, bu başlık altındaki iddialarını soyut bir şekilde ileri sürmüş; başvuru konusu olaylarla ilgili delilleri sunarak olaylar hakkındaki iddialarını kanıtlama ve dayanılan Anayasa hükmünün kendisine göre ihlal edildiğine dair hukuki iddialarını ortaya koyma yükümlülüğünü yerine getirmemiştir.” tespitinde bulunarak temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi yapılmıştır.⁴⁴

E. Cemal Günsel Kararı⁴⁵ ve Temellendirilmemiş Şikayet İçtihadına Katkısı

AYM Genel Kurulunun, 2017 tarihli *Sabah Yıldızı* kararından sonra bir defa daha, 2021 tarihli *Cemal Günsel* kararında, temellendirilmemiş şikayetler konusundaki içtihadını belirginleştirme fırsatı bulduğu görülmektedir. Bu kararın ilgili paragrafları derhal ilke paragrafı işlevi kazanmıştır; Mahkemenin temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi içeren *aynı* veya sonraki tarihli kabul edilemezlik kararlarında ilkeler

43 *Diyadin Abak ve Mehmet Yiğit*, B. No: 2015/2331, 20/11/2019, § 19, 20.

44 *Ali Soylu*, B. No: 2014/10602, 19/11/2019, § 44, 45. Benzer yönde, bkz. *Fatma Alan ve Talip Şeker*, B. No: 2014/10801, 19/11/2019, § 21, 22; *Mehmet Sayat*, B. No: 2014/10819, 19/11/2019, § 27, 28; *Celal Mezarıcı ve diğerleri*, B. No: 2014/12781, 10/12/2019, § 25; *Mahir Kan*, B. No: 2015/20001, 9/1/2020, § 40, 41; *Mehmet Sabri Gül*, B. No: 2015/4248, 16/1/2020, § 31.

45 *Cemal Günsel* [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.



bölümünde istikrarlı olarak atıfa konu olduğu görülmektedir. Kararın, aşağıda daha ayrıntılı ortaya konulacak incelemesi içinde özellikle dikkat çekici olan yönü, başvuru formu ve eklerinin vurgulanarak öne çıkarılmasıdır. AYM, kabul edilebilirlik incelemesinin bu aşamasında, başvuru formu ve eklerinin gerektiği gibi hazırlanıp sunulmuş olmasını aramaktadır.

Cemal Günsel başvurusu, “ceza infaz kurumunda hükümlü olarak bulunan başvuruçunun posta yolu ile göndermek istediği bir dokümanın idarece sakıncalı bulunarak gönderilmemesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği” iddiasına ilişkindir. “Başvuru tarihinde, devletin egemenliği altında bulunan topraklardan bir kısmını devlet idaresinden ayırmaya çalışma suçundan (...) hükümlü olarak bulunmakta” olan başvuruçunun, “Belçika’da ikamet etmekte olan S.Z. adlı bir kişiye iki sayfadan oluşan bir mektup ve on üç sayfadan oluşan bir doküman göndermek istemiştir. Mektupta başvuruçunun, S.Z.yi genel olarak selamladıktan sonra bu kişiden hazırlanmış olduğu ve öykü olarak vasıflandırdığı metni, ayrıntıları hakkında bir bilgi bulunmayan bir yarışmaya göndermesini istemiştir. Mektupla birlikte gönderilen doküman ise iki sayfalık bir selamlama metni ile on bir sayfa öykü olarak vasıflandırılan metinden oluşmaktadır.”⁴⁶

Ceza İnfaz Kurumu Mektup Okuma Komisyonu tarafından yapılan incelemede “içeriğinde örgütsel nitelikli yazılar bulunduğu, (...) terör eylemlerini meşru göstermeyi amaçladığı, suçu ve suçluyu övdüğü” tespit edilen metin Disiplin Kuruluna sunulmuş ve yapılan incelemede 5275 sayılı Kanun’un 68. Maddesinin⁴⁷ (3) numaralı fıkrası kapsamında kaldığı belirlenerek kurum dışına gönderilmesi sakıncalı görülmüştür. Başvuruçunun, Disiplin Kurulu kararına İnfaz Hâkimliğine şikâyetinde bulunmuş ve red kararı üzerine itiraz yoluna başvurmuş olsa da reddedilmiştir.⁴⁸ Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluna

46 *Cemal Günsel* [GK], Para. 8-10.

47 5275 sayılı Kanununun 68. maddesinin (1) ila (3) numaralı fıkraları:

“(1) Hükümlü, bu maddede belirlenen kısıtlamalar dışında, kendisine gönderilen mektup, faks ve telgrafları alma ve ücretleri kendisince karşılanmak koşuluyla, gönderme hakkına sahiptir. (Ek cümle:17/6/2021-7328/7 md.) Hükümlü, usul ve esasları Adalet Bakanlığı’na belirlenmek suretiyle, gerekli teknik altyapının bulunduğu kurumlarda elektronik yöntemlerle de mektup alıp gönderebilir. (2) Hükümlü tarafından gönderilen ve kendisine gelen mektup, faks ve telgraflar; mektup okuma komisyonu bulunan kurumlarda bu komisyon, olmayanlarda kurumun en üst amirince denetlenir. (3) Kurumun asayiş ve güvenliğini tehlikeye düşüren, görevlileri hedef gösteren, terör ve çıkar amaçlı suç örgütü veya diğer suç örgütleri mensuplarının haberleşmelerine neden olan, kişi veya kuruluşları paniğe yöneltmek yalan ve yanlış bilgileri, tehdit ve hakareti içeren mektup, faks ve telgraflar hükümlüye verilmaz. Hükümlü tarafından yazılmış ise gönderilmez.”

48 Para. 11-13.

giden başvuru, “kendi emeğiyle oluşturduğu ve şahsi fikirlerini dile getirdiği öykü metninde suçu ve suçluyu övmediğini, bir yarışmaya katılmak üzere metni arkadaşına gönderdiğini belirtmiş; ifade ve haberleşme özgürlüklerinin ihlal edildiğini” ileri sürmüştür. Burada, kabul edilebilirlik incelemesi Komisyon’dan Bölüm’e oradan da Genel Kurul’a sevk edilmiştir. Genel Kurul kararında haberleşme özgürlüğünü hiç tartışmamıştır; ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasına ilişkin olarak ise temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesinde bulunarak,⁴⁹ açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

Cemal Günsel kararının, konuya ilişkin genel ilkeleri ortaya koyan 22. İla 26. Paragraflarına sonraki içtihatla istikrarlı olarak atıf verilmektedir. Bu bakımdan bu paragrafları uzun da olsa alıntılanmakta yarar vardır:

“Göröldüğü üzere Anayasa Mahkemesi ancak temellendirilebilmiş bir bireysel başvuruyu inceler. Başvurucuların şikâyetlerini hem maddi hem hukuki olarak temellendirme zorunluluğu bulunmaktadır. Maddi dayanaklar yönünden başvuruçuların yükümlülüğü şikâyetlerine konu temel olay ve olguları açıklamak, bunlara ilişkin delilleri Anayasa Mahkemesine sunmak, hukuki dayanak yönünden yükümlülüğü ise bireysel başvuruya konu temel hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini özü itibarıyla açıklamaktır (*Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi* [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017, § 19).”

“Nitekim 6216 sayılı Kanun’un 48. Maddesinin (2) numaralı fıkrasına ilave olarak İçtüzük’ün 59. Maddesinde de başvuruçuların yükümlülükleri kapsamında şikâyetin maddi ve hukuki *temellerine* başvuru formu ve eklerinde yer verilmesi gerektiği açıkça belirtilmiş (bkz. § 20), böylece başvuru koşullarının öngörülebilirliği kuvvetlendirilmiştir.”

“Bireysel başvuru incelemesinde Anayasa Mahkemesi, kamu gücü eylem ve işlemleri ile mahkeme kararlarının Anayasa’ya uygunluğunun ve müdahale gerekçelerinin denetimini

49 “Öte yandan başvuru, başvuru konusu öykü metninin istediği kişiye gönderilmemesi şeklindeki Ceza İnfaz Kurumu müdahalesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini yalnızca soyut olarak ileri sürmüş, bu özgürlüğün hangi nedenle ihlal edildiğini açıklama yoluna gitmemiştir (para. 30).”



kendiliğinden yapmaz. Bu sebeple başvuru kişinin başvurusunun esasını ve bu kapsamda kamu makamları tarafından ortaya konulan gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığını Anayasa Mahkemesine inceletebilmesi için *öncelikle kendisinin ihlal iddialarını gerekçelendirmesi, buna ilişkin olay ve olguları açıklaması ve delillerini sunması zorunludur.*"

"Anayasa Mahkemesinin başvuru kişinin yerine geçerek ihlal iddialarını gerekçelendirme, olay ve olguları ortaya koyma ve delil toplama görev ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Söz konusu yükümlülükler başvurucuya aittir."

"Başvuru kişilerin anılan yükümlülükleri uymamaları hâlinde şikâyetlerini temellendiremedikleri için başvuruları açıkça dayanaktan yoksun bulunabilir. Anayasa Mahkemesi temellendirmeye ilişkin incelemesini her başvuru kişinin somut koşullarında yapar. Kuşkusuz başvuru kişilerin bu yükümlülükleri ellerinde olmayan nedenlerle uymamalarının ikna edici gerekçelerini Anayasa Mahkemesine sunmaları ya da Anayasa Mahkemesinin bu durumu işin niteliğinden anlaması hâli müstesnadır."⁵⁰

Somut başvuruda Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüne yapılmış bir müdahalenin varlığını da teslim ettikten sonra, söz konusu metnin içeriğini nitelendirme konusunda başvuru kişi ile idare arasında çelişme olduğunu ve bu durumda "Anayasa Mahkemesinin bu başvuru kişinin esasını inceleyebilmesi için öykünün içeriğinin kritik önemde" olduğunu belirttikten sonra, somut başvuruya ilişkin bazı tespitlerde bulunarak, temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesine ulaşmıştır:

"Başvuru kişi, şikâyetine konu öykünün içeriğine ilişkin olarak herhangi bir açıklama yapmamış; yalnızca öyküsünü bir yarışmaya katılmak üzere göndermek istediğini ifade etmiştir. Başvuru kişi; idarenin ve derece mahkemelerinin değerlendirmelerinin hatalı olduğunu, başvuruya konu metne kendi kastının ötesinde anlamlar yüklediğini, öykü içeriğine ilişkin değerlendirmelerle birlikte ileri sürmemiştir. Aynı şekilde başvuru kişi, metni gerçekten var olan bir öykü yarışmasına göndermiş olduğunu göstermemiş; metni gönderdiği kişinin öykünün yarışmaya katılmasında ne tür bir işlevi olacağını da

50 Para. 22-26.



açıklamamıştır. (...) Öte yandan başvuru, başvuru konusu öykü metninin istediği kişiye gönderilmemesi şeklindeki Ceza İnfaz Kurumu müdahalesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini yalnızca soyut olarak ileri sürmüş, bu özgürlüğün hangi nedenle ihlal edildiğini açıklama yoluna gitmemiştir. (...) Sonuç olarak başvuru şikayetlerine konu temel olay ve olgular ile bireysel başvuruya konu ettiği ve temel hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini açıklamak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; bu bağlamda ileri sürdüğü ihlal iddialarını temellendirememiştir.”⁵¹

Cemal Günsel kararına atıf yapılan içtihatları örnek kararlar içinde ilk sırada, AYM Genel Kurulunca yine aynı tarihte *Özlem Dalkıran* başvurusunun bir kısmına ilişkin olarak verilen kabul edilemezlik kararı gelmektedir. Bu kısımda başvuru ileri sürdüğü “gözültü sürecinde kısıtlılık kararına rağmen devlet yetkililerinin yaptıkları açıklamalar nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiği” iddiasına ilişkin olarak Genel Kurul, başvuru ileri sürmüş, kamu görevlilerinin açıklamalarının ne suretle ve hangi sebeplerle masumiyet karinesini ihlal ettiğine ilişkin gerekçeleri açıklamamış” olduğu tespitinde bulunarak temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi yapmıştır.⁵²

Cemal Günsel sonrası evredeki içtihadında Mahkemenin başvuru formu ve eklerinin gerekli özenle hazırlanıp sunulması yükümlülüğüne vurgu yaptığı görülmektedir. Başvuru formunda gerekli açıklamalara yeterince yer verilmemiş olması ya da destekleyici gerekli belge ve delillerin eklenmemiş olması tespiti üzerine kanıtlanamamış şikayet değerlendirmesi yapmaktadır. Ayrıca dikkat çekilmelidir ki, Mahkeme uzun zamandan beri müstekar içtihadında yer verdiği bir yorumu sürdürmektedir: İddia sahibinin delillerini sunma yükümlülüğü, kabul edilebilir sebeplerden dolayı delillerini sunma imkanından yoksun olduğu durumlar gözetilerek uygulanacaktır. *Cemal Günsel* içtihadının bu kısımda getirdiği yeniliğin bir derece daha somutlaşma olduğunu

51 Para. 30-31.

52 *Özlem Dalkıran* [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021, § 118-125. Benzer iddialar içeren bir başka başvuru hakkındaki benzer yönde değerlendirmeler için bkz. *İlknur Üstün*, B. No: 2017/34570, 25/2/2021, § 57, § 66: “Başvuru; gözültü sürecinde kısıtlılık kararına rağmen devlet yetkililerinin yaptıkları açıklamalar nedeniyle masumiyet karinesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. (...) Somut olayda başvuru ileri sürdüğü ihlal iddialarını soyut ve genel ifadelerle ileri sürmüş, kamu görevlilerinin hangi açıklamalarının ne suretle ve hangi sebeplerle masumiyet karinesini ihlal ettiğine ilişkin gerekçeleri açıklamamıştır.”



söylemek yanlış olmayacaktır. Örneğin, ihlal iddiasına temel teşkil eden el konulmuş mektubun içeriği hakkında açıklamaya yer verilmesi gerekli görülebilmektedir. Benzer şekilde başka bir kararında⁵³ Mahkeme, “ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan başvuruçunun defterinin idarece sakıncalı bulunarak muhafaza altına alınmasının özel hayata saygı hakkını ihlal ettiği iddiasına” ilişkin olarak, başvuruçunun “defterlerin içeriğinin hangi nedenle temel hak kapsamında kaldığını” açıklamış olması gereğini aramıştır:

“(Başvuru) defterlerin tahliye durumunda iade edilmek üzere muhafaza altına alınması şeklindeki İnfaz Kurumu müdahalesinin özel hayata saygı hakkını ihlal ettiğini, yalnızca soyut olarak ileri sürmüş; defterlerin içeriğinin hangi nedenle anılan hakkın kapsamında kaldığı, müdahalenin özel hayata saygı hakkının hangi güvencelerinin ne şekilde etkilendiğine dair açıklama yapma yoluna gitmemiştir. (...) Sonuç olarak başvuru, şikâyetlerine konu temel olay ve olgular ile bireysel başvuruya konu ettiği temel hak ve özgürlüklerden hangisinin hangi nedenle ihlal edildiğini açıklamak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; bu bağlamda ileri sürdüğü ihlal iddialarını temellendirememiştir.”⁵⁴

Cemal Günsel sonrası içtihadında Mahkemenin, bireysel başvurularda kanıtlanamamış şikâyet kriteri yönünden yaptığı incelemede, “hangi?” sorusunun yanıtlanabilmiş olmasını, başvuru formu ve eklerine referansla ve önemle talep ettiği görülmektedir. Bu evre kararlar içinde örnek olarak, *Emre Kaya* başvurusunda, emniyet teşkilatında görevli başvuruçunun, aile içi şiddet sebebiyle hakkında görevli mahkemece alınan tedbir kararı sonucunda silahına el konulmasının yaşam hakkını ihlal ettiği iddiasını içeren kısımla ilgili olarak Mahkeme, “başvuru, silahına el konulmasına ilişkin tedbir kararının yaşam hakkına zarar verdiğini soyut olarak iddia etmiştir.” tespitinde bulunarak temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapmıştır.⁵⁵ *Zeynep Yeter* başvurusunda, “5271 sayılı Kanun’un mülga 250. maddesi ile görevli mahkemelerin kapatılması sonrasında yargılamaya kaldığı yerden devam edildiği, kamuoyuna yansıyan davalarda ise yeniden yargılama yapıldığı, özel yetkili mahkemelerde yargılanan kişiler hakkında 6526 sayılı Kanun’da yapılan değişikliklerin yeni olay olarak değerlendirildiği,

53 *Murat Özbek* (2), B. No: 2017/15646, 21/4/2021.

54 *Murat Özbek* (2), B. No: 2017/15646, 21/4/2021, § 36, 37.

55 *Emre Kaya*, B. No: 2018/743, 10/2/2021, § 31, 37.



bu nedenle ayrımcılık yasağının ihlal edildiği” iddiasına ilişkin olarak verilen kabul edilemezlik kararında Mahkeme, “başvurucu, ihlal iddialarını temellendirmemiş; anılan mahkemelerin hangi somut özelliğinin adil yargılanma hakkını ya da ayrımcılık yasağını ihlal ettiği konusunda bir açıklamada bulunmamıştır.” tespitinde bulunarak temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi yapmıştır: “ Bu nedenle ihlal iddiası ve bu iddianın temelindeki olguların ispatına ilişkin yeterli açıklamalarda bulunmayan başvuruçunun iddialarını temellendiremediği sonucuna ulaşılmıştır.”⁵⁶ Yine benzer şekilde, *Ahmet Teyit Keşli (4)*) başvurusunda, “yargılama sürecinde mahkeme tarafından alınan bilirkişi raporlarının lehine olmasına rağmen neden dikkate alınmadığının karar gerekçesinde belirtilmemesinin” gerekçeli karar hakkını ihlal ettiği iddiasını içeren kısmına ilişkin kabul edilemezlik kararında AYM, “başvurucu tarafından, raporlarda yer alan hangi tespitlerin lehine olduğu ve bu durumun davanın seyrini ne yönde etkileyeceği konusunda açıklamada bulunulmamış” olduğu tespitinden hareketle, temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesinde bulunmuştur: “Sonuç olarak başvuru şikayetlerine konu temel olay ve olgular ile bireysel başvuruya konu gerekçeli karar hakkının hangi nedenle ihlal edildiğini açıklamak yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş; bu bağlamda ileri sürdüğü ihlal iddialarını temellendirememiştir.”⁵⁷

İhlal iddiasınının hukuki esasına ve olgusal gerçekliğine ilişkin yeterli açıklamalarda bulunma yükümlülüğü *Cemal Günsel* sonrası içtihatla öncesine kıyasla biraz daha öne çıkmaktadır. Örneğin, *Mustafa Atak* kararında⁵⁸ Mahkeme, “evine gelen tebligatlar nedeniyle aile huzurunun bozulduğunu, verilen tedbir kararı sebebiyle ailesi ve çevresinde başkalarını rahatsız etmeye meyilli bir kişi olarak algılandığını, aile bütünlüğünün sarsıldığını belirterek Anayasa’nın 17. ve 41. maddelerinin ihlal edildiğini” ileri sürmüş olan başvuruçunun “ihlal iddiasına ilişkin delillerini sunma, temel hak ve özgürlüğünün ihlal edildiğine ilişkin açıklamalarda bulunma yönündeki yükümlülüğünü yerine getirmemiş” olduğu tespitinden hareketle temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi yapmıştır.

Mutia Canan Karatay kararında⁵⁹ Mahkeme, “tıbbi bir konudaki görüşleri nedeniyle disiplin para cezası ile cezalandırılmasının başvuruçunun ifade özgürlüğünü ihlal ettiği” iddiasını ileri sürmüş

56 *Zeynep Yeter*, B. No: 2018/20039, 27/1/2021, § 67.

57 *Ahmet Teyit Keşli (4)*, B. No: 2018/4502, 25/2/2021, § 47, 48.

58 *Mustafa Atak*, B. No: 2018/27304, 24/2/2021, § 31, 35. Aynı başvuruda yer verilen gerekçeli karar hakkının ihlal edildiği iddiası ise kabul edilerek ihlal kararı verilmiştir.

59 *Mutia Canan Karatay*, B. No: 2017/37469, 21/4/2021, § 1, 20.



olan başvuruçunun “incelemeye temel olan Onur Kurulu Kararlarını sunmadığı gibi Tabip Odasının ve Mahkemenin aksine bir televizyon kanalındaki tıbbi nitelikteki açıklamalarının bireyleri yanlış kanaatlere sürüklemeyeceği, bireylerin sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlara yol açmayacağı, halkın önünde onları bir yanlışlığa sürükleyecek cinsten açıklamalar olmadığı gibi ifade özgürlüğünün korumasından faydalanması gerektiğine ilişkin Anayasa Mahkemesince daha ileri bir inceleme yapılmasını sağlayacak herhangi bir argüman da ileri sürmemiş” olduğu tespitinden hareketle, temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapmıştır.

Nahide Eren kararında⁶⁰ Mahkeme, “yargılama dosyasında bulunan görüntülerin tarafsız bir bilirkişi tarafından incelenmediğini, bilirkişi olarak atanan kişinin aynı zamanda bir polis olduğunu belirterek savunma hakkının kısıtlandığını” iddiasını havi başvuruya konu somut olayda “soruşturma ve kovuşturma evrelerinde iki ayrı bilirkişi raporu alındığı” hususuna dikkat çekmekle birlikte başvuruçunun “şikâyetine konu bilirkişi raporu veya raporlarını Anayasa Mahkemesine sunmadığı gibi ve bu raporlardan hangisine itiraz ettiğini de belirtmemiş; sadece soyut biçimde bilirkişinin tarafsız olmadığını belirtmekle yetinmiş” olduğu tespitinden hareketle, temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapmıştır.

Selahattin Demirtaş (8) kararında⁶¹ Mahkeme, “olay tarihinde ceza infaz kurumunda tutuklu olarak bulunan başvuruçunun avukatına elden vermek istediği belgelere el konulması nedeniyle ifade özgürlüğü ile seçilme hakkının (...) ihlal edildiği” iddiasını ileri süren başvuruçunun “söz konusu belgeleri 14/11/2016 tarihinde avukatına elden teslim etmesine izin verilmemesi nedeniyle genel başkanı olduğu siyasi partinin TBMM grup toplantısında okunması amacıyla metin yollamak ve kendisine yöneltilen sorulara verdiği cevapları röportaj olarak bir gazetede yayımlatmak imkânlarından *tamamen* mahrum bırakıldığını yeterli gerekçelerle ortaya koyamadığı ” tespitinde bulunarak, temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesi yapmıştır.⁶²

60 *Nahide Eren*, B. No: 2014/2134, 21/4/2021, § 10, 59, 63.

61 *Selahattin Demirtaş (8)*, B. No: 2016/48606, 11/3/2021, § 1, 39.

62 Başvurunun “kabul edilebilir bulunması ve başvuruçunun ortaya koyduğu çerçeve ile sınırlı bir esas incelemesi yapılarak ihlal sonucuna varılması gerektiği düşüncesiyle” karara karşı oy yazan Üye M.E. KUZ, başvuru formu ve eklerine ilişkin bütün eksikliklerin değil, iddianın “temel”ini ortaya koymak için gerekli açıklama ve delillerin eksikliğinin dikkate alınması gerektiği görüşündedir. AYM Üyesi M.E. KUZ’a göre, karara konu somut başvuru, esas incelemesine geçilmesine yeterli ölçüde temellendirilmiş sayılmalıdır.



C.Ö. kararında⁶³ Mahkeme, “Anayasa’da güvence altına alınan masumiyet karinesinin, özel hayata saygı, mülkiyet, maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi haklarının hukuka aykırı ve haksız ithamlar sonucunda ihlal edildiği” iddiasını ileri süren başvuru formunda, “söz konusu iddiaları soyut bir şekilde ileri sürmüş; bireysel başvuru formunda anılan iddialarıyla ilgili başka hiçbir açıklamaya yer vermemiş” olduğu tespitinden hareketle, temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesi yapmıştır.

İncelenen örnek kararlarda görüldüğü gibi, *Cemal Günsel* sonrası evrede Anayasa Mahkemesinin başvuru formunda yer almasını gerekli gördüğü açıklamalar konusunda daha sıkı bir test getirdiği gözlenmektedir. AYM Üyesi M. Emin KUZ’un *Selahattin Demirtaş (8)* başvurusunun bir kısmıyla ilgili kabul edilemezlik kararına yazdığı karşıoyda da tartışmış olduğu gibi, bu testin haddinden fazla sıkı uygulanması, başvurucuya iddianın “temel”inin ötesinde ayrıntılı kanıtlanma yükümlülüğü getirilmesi anlamına gelebilecektir.

SONUÇ

İlk olarak AYM Genel Kurulunun *Cemal Günsel* başvurusuna ilişkin kabul edilemezlik kararında içtihadı tanımlanan yeni ilke formülleri, temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesine dayanılarak açıkça dayanaktan yoksunluk sebebiyle kabul edilemezlik kararı verilen sonraki tarihli kararlarda da istikrarlı bir şekilde atıf almakta ve esas alınmaktadır. Bu formüller, temellendirilmemiş şikayet testinde başvuru formunu öne çıkarmakta ve başvuru formu ve eklerini eksiksiz hazırlayıp Mahkemeye sunma yükümlülüğünü vurgulamaktadır. Bu şekilde formüle edilen ilkeler doğrultusunda, *Cemal Günsel* kararı başta olmak üzere Anayasa Mahkemesinin sonraki dönem içtihadında başvuru formunda daha doyurucu açıklamalar talep eden bir yaklaşım geliştirdiği gözlenmektedir: Mahkeme, örneğin, ceza infaz kurumu idaresince sakıncalı bulunarak el konulan mektubun içeriği konusunda yeterli açıklama yapılmamış olması;⁶⁴ keza ceza infaz kurumu idaresince el konulan defterin içeriği konusunda yeterli açıklama yapılmamış olması;⁶⁵ disiplin işleminin ve ona karşı açılan davada verilen yargı kararının dayandığı gerekçeleri karşılayacak hukuki argümantasyonda

63 C.Ö., B. No: 2018/21788, 11/3/2021, § 82, 88.

64 *Cemal Günsel* [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.

65 *Murat Özbek (2)*, B. No: 2017/15646, 21/4/2021.



bulunulmamış olması,⁶⁶ gibi tespitlerden hareketle temellendirilmemiş şikâyet değerlendirmesinde bulunmuştur. Bu gözlem çerçevesinde, kabul edilebilirlik testlerini geçerek ihlal iddialarını Anayasa Mahkemesine esastan inceletebilmek isteyen başvuruların başvuru formu ve eklerinin hazırlanmasında geçmişe kıyasla daha fazla özen ve doyurucu içerik sağlaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Eğer bu sonuç görüldüğü gibi doğruysa, bireysel başvuru yolunda kabul edilebilirlik incelemesindeki esasa ilişkin testlerden birinin artık daha sıkı uygulanmasını nasıl değerlendirmek gerekir?

Jenerik olarak, temel haklar yargılamasında kabul edilebilirlik incelemesinin ve bu kapsamda şikâyetin kanıtlanması testinin işlevi hatırlanacak olursa, bu, hem somut başvurucunun bireysel başvuru hakkını⁶⁷ esas incelemesi safhasına ulaşabilecek düzeyde kullanabilmesi bakımından sınırlayıcı bir testtir; hem de, kabul edilebilirliğe ilişkin diğer testlerde de olduğu gibi, esastan incelenmeye elverişli nitelikte bulunmayan başvuruları ayıklayarak Mahkemenin çalışabilmesini ve bu anlamda başkalarının bireysel başvuru hakkını kullanabilmelerini sağlayıcı bir işlev de görmektedir. Daha az ya da daha çok sıkı kabul edilebilirlik testlerinin benimsenmesinin sonucunda bu değerler arası dengede de yeni noktalara gelinmektedir. Daha spesifik olarak, temellendirilmemiş şikâyet kriteri, esasa ilişkin kriterlerden olup kabul edilemezlik sebepleri yönünden incelemede son aşamada yer bulmaktadır. Temellendirilmemiş şikâyet, bir ihlal iddiasının hukuki ve olgusal temelinin ve ispata elverişli delillerinin esas incelemesine geçilmesine yetecek düzeyde ortaya konulmadığı anlamına gelir. Yetersiz açıklamalar sebebiyle iddianın hukuki özünün anlaşılmadığı durumlarda yahut iddiaya konu olay ve işlemlere ilişkin delil ve belgelerin eksikliği sebebiyle, araştırılabilir bir ihlal iddiasının mevcudiyeti sonucuna varılamadığı durumlarda, şikâyetin kanıtlanmadığı sonucuna varılmaktadır. Bu bakımdan, temellendirilmemiş şikâyet testinin, esasın yüzeysel bir incelemesi olarak değil, ihlal iddiasının temellendirilmesinde, esas incelemesine geçmeye mani nitelikte bir eksiklik bulunup bulunmadığının araştırılması olarak anlaşılması kanaatimizce de daha isabetli olacaktır.

66 Mutia Canan Karatay, B. No: 2017/37469, 21/4/2021, § 20.

67 AYM'nin bireysel başvuru hakkı konusundaki içtihadı için örneğin bkz. *Ruhi Abat*, B. No: 2014/4724, 7/3/2019; ayrıca bkz. *Candaş Kat*, B. No: 2015/18467, 19/11/2019; ve ayrıca bkz. *Zeki Demir*, B. No: 2015/16719, 2/12/2020.



Örnek kararlarda görüldüğü gibi, temellendirilmemiş şikayet değerlendirmesine konu olmuş başvurular, kabul edilebilirlik kararına oldukça yakın bir aşamada elenmiş olan başvurulardır. Belirtilen türden eksikliklerin tamamlanmış olması durumunda testi geçebilecekleri düşünülebileceği gibi; tamamen aynı dosyayla Mahkemenin bu testi ne ölçüde sıkı tuttuğuna bağlı olarak farklı bir sonuç alma şansları bulunduğu da akla gelebilir. Fakat güncel olarak, Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru iş yükü istatistikleri (hayret verici hacimdeki yıllık dosya performansına rağmen oldukça yüksek seyreden derdest başvuru sayısı) dikkate alındığında, kabul edilebilirlik testlerinin daha sıkı uygulanmasını talep eden bir koşulda⁶⁸ bulunduğumuz görülmektedir: 15 üye ve 100 civarında raportör ile bir o kadar idari personelden oluşan Anayasa Mahkemesi iş gücünün istikrarlı olarak yüksek tempoda çalışması demek olan bir ortalama yıllık performansa rağmen başvuruların birikebildiği de dikkate alınarak, testlerin daha az sıkı uygulanması düşüncesinin sonuçları bakımından savunulması güç görünmektedir. Yine de Mahkemenin etkili ve verimli çalışmasının bütün bireysel başvuru sahiplerinin hakları ve genel olarak tüm kamu için ifade edeceği değerle birlikte, her bir bireysel başvurucunun hakkını kullanabilmesinin kendisi ve tüm kamu açısından ifade edeceği değer de tartıya konulmalıdır. Sonuç olarak kanaatimizce, temellendirilmemiş şikayet yönünden kabul edilebilirlik incelemesinde adil dengeyi ararken, başvuruculara, iddialarının temelini ortaya koyabilmenin ötesinde ayrıntılı açıklamalar/kanıtlama sunma yükümlülüğü getirme noktasına kadar vardırılmaması gerekir.⁶⁹ Ayrıca tekraren belirtilmelidir ki, kabul

68 AYM Başkanı Zühtü ARSLAN, Mahkeme'nin dokuz yıllık tecrübesinin bireysel başvurunun işleyişine dair bazı yasal değişiklikleri zorunlu kıldığına işaret etmiştir. Bu kapsamda, "acil durumlarda Bölüm başkanlarının geçici tedbir kararı vermesinin sağlanması", "başvuru süresinin artırılması", çok fazla emek ve zaman kaybına yol açtığını belirttiği "eksiklik bildirimimin kaldırılması", anayasal bakımdan önemli başvurulara yoğunlaşmak için mevcut kriterdeki kişisel önem koşulunun kaldırılarak "anayasal önem kriterinin tek başına kabul edilebilirlik kriteri olarak benimsenmesi" ve "uzun yargılama şikâyetlerini inceleyecek bir organın oluşturulması", yapılması gereken reform unsurları arasında görülerek, bu yöndeki kanun değişikliğinin TBMM tarafından bir an önce gerçekleştirilmesinin bireysel başvurunun etkili bir yol olarak devamına önemli bir katkı yapacağı belirtilmiştir. Bkz. ARSLAN Zühtü, **Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Aslan'ın Anayasa Mahkemesi Üyesi Selahaddin Menteş'in Andicme Töreni Açılış Konuşması**, 25 Temmuz 2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-selahaddin-mentesin-andicme-toreni-acis-konusmasi/#> . Erişim Tarihi: 16.11.2021.

69 Bu hususa, AYM Üyesi M.E. KUZ tarafından *Selahattin Demirtaş (8)* başvurusunun bir kısmına ilişkin kabul edilemezlik kararına yazılan karşıoyda şu şekilde dikkat çekilmiştir: "Bireysel başvurularda bazı başvuru formlarının yetersiz olduğu görülmekte birlikte çoğu kez bu yetersizlik başvurunun temellendirilemediği anlamına gelmemekte ve temellendirmeye ilişkin olarak Mahkememizce yapılan değerlendirmede, başvuru



edilebilirlik incelemesini geçerek ihlal iddialarını Anayasa Mahkemesine esastan inceletebilmek isteyen başvuru sahiplerinin, *Cemal Günsel* kararında ortaya konan asgari gereklilikleri karşılayacak ölçüde bir temellendirmeyi, başvuru formu ve eklerinde, ortaya koyabilmiş olmayı hedeflemeleri güncel içtihat ışığında büsbütün önem kazanmıştır.

konusu yapılan meselenin anayasal düzeyde bir şikâyet hâline getirilip getirilmediğine bakılmaktadır. Kuşkusuz bu kapsamda yapılan incelemede, şikâyeti maddî ve hukukî yönden temellendirme zorunluluğunun yerine getirilmiş sayılması için başvuru formunda meselenin tamamen aydınlatılmış olması gerekmemekte; Genel Kurulumuzun yukarıda sözü edilen ilke kararlarında belirtilen temel hususların açıklanmış olması yeterli görülmektedir. (...) Bireysel başvuruya konu iddiaların temellendirilmiş sayılması için başvurucudan bundan daha fazlasının beklenmesi, esasen yukarıda belirtilen kararlarımızda kabul edilen ilkelere belirlenenden daha ağır bir yükümlülük getirilmesi ve bireysel başvuruların önemli bir kısmının temellendirilemediği gerekçesiyle kabul edilemez bulunması sonucunu doğurabilir.”



KAYNAKLAR

ALGAN Bülent, “Bireysel Başvurularda ‘Açıkça Dayanaktan Yoksunluk’ Kriterinin Anayasa Mahkemesi Tarafından Yorumu ve Uygulanması”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 63/2, 2014, ss. 247-284.

ARSLAN Zühtü, **Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Aslan’ın Anayasa Mahkemesi Üyesi Selahaddin Menteş’in Andıçme Töreni Açılış Konuşması**, 25 Temmuz 2019, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/baskan/konusmalar/anayasa-mahkemesi-uyesi-selahaddin-mentesin-andicme-toreni-acis-konusmasi/#>. Erişim Tarihi: 16.11.2021.

AYBAY Rona, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Konusunda Bazı Genel Gözlemler ve 14. Protokol”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 88, 2010, ss. 225-260.

BARIN Taylan, “Kabul Edilebilirlik Kriterleri Tablosu”, **Twitter**, 2021, <https://twitter.com/taylanbarin/status/1400478021094629383?s=20>. Erişim Tarihi: 16.11.2021.

DURMAZ Cüneyt, “Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Kriterleri”, **Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)**, (ed. Musa Sağlam), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, İkinci Baskı, 2013, ss.225-246.

DURSUN Halil İbrahim, **Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri**, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2018.

KOÇ Muharrem İlhan / KAPLAN Recep, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017.

KÜÇÜK Salim, “Açıkça Dayanaktan Yoksunluk”, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri**, (ed. Hüseyin Turan / Recep Kaplan), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2015, ss. 187-208.

ÖNCÜ Mehmet, “Bireysel Başvuruların AİHM Tarafından Usulden İncelenmesi ve Dördüncü Dereceden Şikâyetler”, **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan**, (ed. Engin Yıldırım vd.), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2012, ss. 371-408.

YILMAZOĞLU Yunus Emre, “Bireysel Başvuruda Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Kriteri”, **Bireysel Başvuru Kabul Edilebilirlik Kriterleri Rehberi**, (ed. Muharrem İlhan Koç / Recep Kaplan), Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2017, s. 229-365.



YILMAZOĞLU Yunus Emre, **Bireysel Başvuru Rehberi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2019.

Anayasa Mahkemesi Kararları

Cemal Günsel [GK], B. No: 2016/12900, 21/1/2021.

Özlem Dalkıran [GK], B. No: 2017/35203, 21/1/2021.

Sabah Yıldızı Radyo ve Televizyon Yayın İletişim Reklam Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi [GK], B. No: 2014/12727, 25/5/2017.

Veli Özdemir, B. No: 2013/276, 9/1/2014.

Ünal Yiğit, B. No: 2013/1075, 30/6/2014.

Feyzullah Erarşlan, B. No: 2014/7226, 4/11/2014.

Nezhat Albayrak ve diğerleri, B. No: 2013/9822, 22/6/2015.

Zeki Rüzgar, B. No: 2013/6084, 6/4/2016.

Hamdullah Demirtaş, B. No: 2013/3552, 15/12/2015.

Murat Karayel (2), B. No: 2013/2125, 16/9/2015.

Sadullah Remzi Karagöz, B. No: 2014/8870, 8/6/2016.

Teyfik Tunç, B. No: 2014/11204, 8/12/2016.

Hüseyin Çiftçi, B. No: 2014/3439, 28/9/2016.

N.A., B. No: 2013/5076, 6/4/2016.

Fatih Hilmioğlu, B. No: 2014/648, 18/9/2014.

Abdullah Doğtaş, B. No: 2012/1123, 26/6/2014.

G.G., B. No: 2014/10349, 9/11/2017.

Neslihan Albayrak, B. No: 2015/19611, 13/9/2018.

Abdulkadir Güneş, B. No: 2014/7489, 10/10/2019.

Vedat Bingöl, B. No: 2014/7817, 10/10/2019.

Şenol Eren, B. No: 2014/7693, 26/9/2019.

Caner Duygu, B. No: 2014/7490, 20/11/2019.

Diyadin Abak ve Mehmet Yiğit, B. No: 2015/2331, 20/11/2019.

Ali Soylu, B. No: 2014/10602, 19/11/2019.

Fatma Alan ve Talip Şeker, B. No: 2014/10801, 19/11/2019.



- Mehmet Sayat*, B. No: 2014/10819, 19/11/2019.
Celal Mezarıcı ve diğerleri, B. No: 2014/12781, 10/12/2019.
Mahir Kan, B. No: 2015/20001, 9/1/2020.
Mehmet Sabri Gül, B. No: 2015/4248, 16/1/2020.
İlknur Üstün, B. No: 2017/34570, 25/2/2021.
Murat Özmek (2), B. No: 2017/15646, 21/4/2021.
Emre Kaya, B. No: 2018/743, 10/2/2021.
Zeynep Yeter, B. No: 2018/20039, 27/1/2021.
Ahmet Teyit Keşli (4), B. No: 2018/4502, 25/2/2021.
Mustafa Atak, B. No: 2018/27304, 24/2/2021.
Mutia Canan Karatay, B. No: 2017/37469, 21/4/2021.
Nahide Eren, B. No: 2014/2134, 21/4/2021.
Selahattin Demirtaş (8), B. No: 2016/48606, 11/3/2021.
C.Ö., B. No: 2018/21788, 11/3/2021.
Ruhi Abat, B. No: 2014/4724, 7/3/2019.
Candaş Kat, B. No: 2015/18467, 19/11/2019.
Zeki Demir, B. No: 2015/16719, 2/12/2020.

