

**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**



Cilt: 24

Sayı: 1

Yıl: 2016



ISSN: 1306-8075

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 24 – Sayı (Number): 1 – Yıl (Year): 2016

Sahibi (Owner) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adına
Prof. Dr. Mustafa AVCI (Dekan)

Editörler (Editors) :

Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN & Yrd. Doç. Dr. Ayşe ARAT & Yrd. Doç. Dr. Alper UYUMAZ
& Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU & Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

Yayın Kurulu (Editorial Board) :

Prof. Dr. Mehmet AYAN	Doç. Dr. Berrin AKBULUT
Prof. Dr. Halûk Hâdi SÜMER	Doç. Dr. N. Binnur TULUKÇU
Prof. Dr. Yavuz ATAR	Doç. Dr. Erdal YERDELEN
Prof. Dr. Reyhan SUNAY	Doç. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Yrd. Doç. Dr. S. Sami AKKURT
Prof. Dr. Faruk BİLİR	Yrd. Doç. Dr. Nurşen AYAN

Danışmanlar Kurulu (Advisory Board) :

Prof. Dr. Nizamettin AKTAY (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Fethi GEDİKLİ (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Rıza AYHAN (Gazi Ü.)	Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Ramazan ARSLAN (Başkent Ü.)	Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Halûk BURCUOĞLU (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. Doğan SOYASLAN (Başkent Ü.)
Prof. Dr. Halil CİN (Ufuk Ü.)	Prof. Dr. Cemal ŞANLI (İstanbul Ü.)
Prof. Dr. Ali ERTEN (Bilkent Ü.)	Prof. Dr. İlhan ÜZÜLMEZ (Gazi Ü.)
Prof. Dr. Aydın GÜLAN (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. İlhan ULUSAN (İstanbul Kültür Ü.)
Prof. Dr. Arslan KAYA (İstanbul Ü.)	Prof. Dr. Mehmet ÜNAL (Ankara Ü.)

Haberleşme Adresi (Communication Address) :

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 KONYA

Tel: 0332 241 00 45 - Fax: 0332 241 01 05

İnternet: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr> e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr

© Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
TÜBİTAK – ULAKBİM – HUKUK VERİ TABANINDA YER ALMAKTADIR.

Yılda iki sayı halinde yayımlanan Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yer alan makaleler en az iki hakem tarafından incelenmektedir. Yayın şartları son sayfada yer almaktadır.

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 24 – Sayı: 1 – Yıl: 2016

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

KAMU HUKUKU

SUÇ MAĞDURLARINA TAZMİNAT ÖDENMESİ
ANLAYIŞININ TARİHİ GELİŞİMİ7

Prof. Dr. Mustafa AVCI

5678 SAYILI KANUNLA GERÇEKLEŞTİRİLEN ANAYASA
DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI CUMHURBAŞKANI'NIN SEÇİMİ VE
DEMOKRATİK SEÇİMİN GENEL İLKELERİ 37

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU

BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMELERİ
KAPSAMINDA İNSAN HAKLARININ KORUNMASI 69

Arş. Gör. Tacettin ÇALIK

ÖZEL HUKUK

TARIM ARAZİLERİNİN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ 123
Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESCİLE
ZORLAMA DAVASININ AÇILABİLECEĞİ ÇEŞİTLİ
İHTİMALLER..... 181
Arş. Gör. Hüseyin TOKAT

SELÇUK UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Volume: 24 – Number: 1 – Year: 2016

CONTENTS

ARTICLES

PUBLIC LAW

HISTORICAL DEVELOPMENT OF UNDERSTANDING OF
COMPENSATION FOR VICTIMS OF CRIME..... 7

Prof. Dr. Mustafa AVCI

AFTER CONSTITUTIONAL AMENDMENT WITH LAW NO:
5678 PRESIDENT SELECTION AND GENERAL PRINCIPLES
OF DEMOCRATIC ELECTION 37

Arş. Gör. Süleyman Emre ZORLU

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS CONVENTIONS AND
NON-TREATY PROCEDURES ON PROTECTION OF THE
HUMAN RIGHTS 69

Arş. Gör. Tacettin ÇALIK

PRIVATE LAW

THE TRANSFER OF AGRICULTURAL LANDS BY
INHERITANCE..... 123

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

THE VARIOUS SITUATIONS WHERE THE LAWSUIT TO
COMPELL REGISTRATION CAN BE FILED IN THE
CONSTRUCTION AGREEMENTS IN RETURN FOR LAND
SHARE 181

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT

Makaleler

Kamu Hukuku

SUÇ MAĞDURLARINA TAZMİNAT ÖDENMESİ ANLAYIŞININ TARİHİ GELİŞİMİ

Prof. Dr. Mustafa AVCI*

HISTORICAL DEVELOPMENT OF UNDERSTANDING OF COMPENSATION FOR VICTIMS OF CRIME

ÖZET

İnsan topluluklarının korunmaya, düzene ve adalete ihtiyaçları vardır; devlet bu ihtiyaçlar için de oluşmuş bir kurumdur. İnsan sosyal bir varlıktır ve tarih boyunca hayatını güven içinde sürdürebilmek için karşılaşabileceği risklere karşı tedbirler almaya çalışmıştır. Haksızlığı oluşturan davranış gerçekleştikten sonra, bu haksızlığı gerçekleşmemiş hale getirmek mümkün değildir. Hukuk düzeninin idamesi ve bozulan dengenin yeniden tesisi için yaptırım uygulamak gerekir. Yaptırım uygulamanın amaçlarından biri de haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetinin giderilmesidir. Suçtan doğan zararın tazmini ilk çağlardan beri üzerinde durulan bir konudur. Tazmin, hukuka aykırı bir eylem ve işlemin yol açtığı zarar ve ziyanın ödenmesidir. Meydana gelen malî zararın makul bir şekilde izalesi esastır. Hukuk biliminin laboratuvarı hukuk tarihidir. Bu çalışmamızda suç mağdurlarına

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

tazminat ödenmesi anlayışının tarihi gelişimi ve özellikle İslam Hukukundaki durumu ele alınacaktır.

ANAHTAR KELİMELEER: *Mağduriyetin Giderilmesi; Tazminat; Hukuk Tarihi; İslam Hukuku; Osmanlı Hukuku*

ABSTRACT

Human societies need to be protected and order and justice; state is an institution which has been formed for these necessities. Human being is a social creature and has tried to take precautions against risks that may be faced in order to live safely throughout the history. After behavior that causes injustice exists, it is not possible to make this injustice unrealized. It is necessary to impose sanctions for maintenance of law order and restoration of disrupted balance. One of the other aims of imposing sanctions is resolving grievance of the victim. The indemnity of the damage caused by crime is an issue that has been emphasized since early ages. Indemnity is payment of damages which are caused by an act and process against law. Recovering of the financial loss reasonably is essential. The laboratory of jurisprudence is the history of law. In this study, historical development of understanding of compensation to victims and especially the situation in Islamic Law will be handled.

KEYWORDS: *Resolving grievance; Compensation; History of Law; Islamic Law; Ottoman Law*

I. GİRİŞ

İnsan ekonomik ihtiyaçlarını sağlamak kadar güven içinde yaşamak ister.¹ Sosyal bir varlık olan insan, hayatını güven içinde sürdürebilmek amacıyla tarih boyunca karşılaşılabileceği birtakım risklere karşı tedbir almaya çalışmıştır. Zamanla tek başına karşı konulamayacak

¹ Korkudan kurtulup emniyete kavuşmak, açlıktan kurtulup doymak gibi bir nimettir (Kureyş, 106/4). Emin belde, hem ekonomik ihtiyaçları karşılanmış, hem de güvenli şehir demektir (28/57). Nankörlük (suç işleme) hem ekonomik zarar ve felaket, hem de korku sebebidir (16/112).

olan ve ağır malî sonuçlar doğuran büyük riskler karşısında yardımlaşma grupları oluşturulmuştur.²

Örgütlü ve meşru toplumların amacı, kişilerin güven içinde yaşamalarını sürdürebilmektir.³ Devletin amacı hukuk düzenini kurmak ve bu düzeni korumaktır. Hukuk düzenini korumak için ihlalleri önlemek,⁴ ihlal halinde ihlal edeni tespit etmek (yargılamak), yaptırım uygulamak⁵ ve ihlalden bir mağduriyet doğmuşsa bunu gidermek gerekir.

Haksızlığı oluşturan davranış gerçekleşikten sonra bu haksızlığı gerçekleşmemiş hale getirmek mümkün değildir. Hukuk düzeninin idamesi ve bozulan dengenin yeniden tesisi için yaptırım uygulamak gerekir. Yaptırım uygulamanın amaçlarından biri de haksızlığa uğrayan kişinin mağduriyetinin giderilmesidir.⁶ Yani zararın oluşmasında sorumluluğu bulunanları tespit ederek zararı onlara tazmin ettirmek, kimsenin sorumlu tutulması mümkün olmadığı takdirde ise yardımlaşma ve dayanışma ilkesini devreye sokup zarar görenin yükünü hafifletmektir.

II. KAVRAMLAR

Arapçada haksızlık anlamına gelen ğ-d-r kökünden gelen mağdur, haksızlığa (zulme) uğrayan (mazlum) anlamındadır.⁷ Mağdur, en genel şekliyle, ceza normu tarafından korunan ve suçla ihlal edilen ya da

² Dalgın, Nihat, “Sigorta”, *DİA*, C:37, s.159-164.

³ Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (çev. Sami Selçuk), İst.2004, s.57.

⁴ Öncelikli amaç zararın meydana gelmesini önlemek, zararı tamamen önlemenin mümkün olmadığı durumlarda ise zararın büyümesine fırsat vermemeye ve onu olabildiğince alt düzeyde tutmaya çalışmaktır. “*Haksızlığı baştan önlemek meydana geldikten sonra tamir etmekten kolaydır.*” Kasani, Alaeddin Ebubekir b. Mes’ud (ö.1191), *Bedâiu’s-Sanâi fi Tertibi’ş-Şerai’*, Mısır, 1327, II/270; IV/140.

⁵ Bir suçun işlenmesi topluma zarar veriyorsa, failin cezalandırılması topluma yarar sağlar. Bilmen, Ö. Nasuhi, *Hukuk-ı İslamiyye ve İstilahat-ı Fikhiyye Kamusu*, İst.1971, III/187, No:528.

⁶ Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ank.2014, s.623.

⁷ “*Mağdur: Suçtan veya haksız fiilden zarara uğrayan kimse.*” *Türk Hukuk Lügati*.

tehlikeye sokulan, yani suçun hukukî konusunu oluşturan hukukî varlık veya menfaatin sahibi yani suçun konusunun ait olduğu kişidir.

Geniş anlamıyla mağdur kavramı bütün zarar görenleri kapsar. Dar anlamıyla suçtan zarar gören gerçek kişileri ifade eder.

Kendisine karşı suç işlenen kimseye “mecni aleyh” denir.⁸ “Mecni aleyh” kavramı, klasik İslam hukuku kaynaklarında, kısas ve diyet gerektiren suçlarda, suçla ihlal edilen hakkın sahibi olan ve aynı zamanda suçun üzerinde islendiği kişiyi ifade etmek üzere, mağdur kavramına karşılık gelecek biçimde kullanılmaktadır.⁹

Osmanlıda 1879 Usul-i Muhakemat-ı Cezaiyye Kanun-ı Muvakkati m.1’de mağdur için “suçtan zarar gören” anlamında “mutazarrır” terimi yer almış,¹⁰ Tanzimat dönemi ceza hukukçuları ise “cürmün hedefi” kavramını kullanmışlardır.¹¹

Haksızlık, bir ceza normunda suç olarak tanımlanmış bir fiil olabileceği gibi sadece haksız fiil de olabilir. Bu çalışmada, aynı zamanda haksız fiil de oluşturan suçtan doğan mağduriyetle ilgili zararın giderilmesi anlayışının tarihi geçmişi üzerinde duracağız.

Suçtan doğan mağduriyetin giderilmesinde hem failin hem de mağdurun yardımı ihtiyacı olabilir. Mağdur açısından zararının telafi edilmesi zarureti açıktır, fail bakımından ise zararı ödeme gücü yoksa, o da yardıma muhtaç demektir.

Zarar, “hakka konusu olan varlık veya değer zedelenmesi ya da yok olması” yahut kişinin fizikî, ruhî veya malî varlığında sonradan oluşan kayıp yahut hasar şeklinde tanımlanabilir.¹² Malvarlığına, bedene ve para ile ölçülebilen ekonomik değerlere yönelik zararlar maddi; insana

⁸ Bilmen, III/10, No:29.

⁹ Yerlikaya, Ünal, İslam Ceza Hukukunda Mağdur, SDÜSBE Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2006, s.13.

¹⁰ Bilmen de mutazarrır terimini kullanmıştır. VIII/275.

¹¹ Zöhrap, Kirkor, Hukuk-ı Ceza, İst.1325, s.124.

¹² Aybakan, Bilal, “Zarar”, *DİA*, C:44, s.131.

acı veren, onurunu kıran, sağlığını bozan ve özgürlüğü kısıtlayan, böylece insanı üzen zararlar ise manevi zarardır.¹³

Tazmin, hukuka aykırı bir eylem ve işlemin yol açtığı zarar ve ziyanın ödenmesidir. Meydana gelen malî zararın makul bir şekilde izalesi esastır. Bu da mislî mallarda zayi edilen malın mislinin, kıyemî mallarda ise kıymetinin ödenmesiyle gerçekleşir (Mecelle, m.416).

III. ÖNEMİ

Ceza hukukunun esas amacı faili cezalandırmaktır. Modern hukukta, mağdurun veya onun ölümü halinde ailesinin uğradığı zararlar dolayısıyla devletin bir sorumluluğu yoktur.¹⁴ Suçluyu cezalandırmak devlet için sadece hak değil, aynı zamanda yerine getirilmesi zorunlu bir görevdir.¹⁵ Mağdur haklarını güvenceye almayan yaptırım sistemi anlamsızdır. Dolayısıyla devlet, sadece faile ceza vermekle yetinmemeli, suç dolayısıyla uğranan zararların tazmini yükümlülüğünü de üstlenmelidir.¹⁶ Çünkü haksızlığı önlemek, önleyememişse verilen zararları gidermek, kamu düzenini sağlamak ve adalet dağıtmak, devletin en önemli görevlerindedir.¹⁷

IV. TAZMİNİN KAPSAMI

İşlenen her suçtan dolayı zararın devletçe ödenmesine, ödeme güclüğü doğuracağı ve kişilerin suça karşı kendilerini koruma hususunda çaba gösterme motivasyonlarını baltalayacağı gerekçesiyle karşı çıkanlar, özellikle kitle hareketleri sonucu malvarlığına verilen ve belli bir sınırı aşan zararların ödenmesiyle yetinilmesini önerirler.¹⁸ Devletin, vatandaş koruma yükümlülüğünün ihlali temeline dayandırılırsa ekonomik durumu müsait olanların suçtan doğan zararlarının da devletçe ödenmesi gerekeceği açıktır.¹⁹

¹³ Bilmen, VIII/271.

¹⁴ Dönmezer, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi” *Onar Armağanı*, İst.1977, s.180.

¹⁵ Dönmezer, s.183.

¹⁶ Dönmezer, s.184-185.

¹⁷ Bilmen, VIII/272.

¹⁸ Dönmezer, s.187-189.

¹⁹ Dönmezer, s.189.

V. TARİHÇE

İlkçağlarda, insanların suçtan doğan mağduriyetlerini öncelikle, yaşadıkları topluluklarda geçerli olan “kan davası” ve “intikam duygusu” gibi etkenlerden hareket ederek “öç alma” ile önledikleri ve giderdikleri kabul edilmektedir. Kişisel öcün sakıncalarını ortadan kaldırmak için diyet ve benzeri kurumlarda tazminat fikri gelişmiş, bütün sosyal grupların üstünde ve egemen güç olarak ortaya çıkan devlet, cezalandırma yetkisini tekeline aldığı gibi, zamanla “mağduriyetlerin önlenmesini ve giderilmesini sağlayan en üstün otorite” rolünü de üstlenmiştir.²⁰

Eski Çin’de (M.Ö. 2000-1500) suçtan doğan zarar uzlaşma yoluyla giderilir, suçun niteliğine göre mağdura diyet ödenirdi.²¹

Eski Hint’te (M.Ö. 2300-1700) failin malları müsadere edilip maktulün yakınlarına verilir,²² çalınan mallar bulunamaz ve sahibine iade edilemezse bedelini devlet ödemek zorunda kalırdı.²³ Yani hükümdar çalınan malı iade ettirmeye mecburdu. Eğer çalınan mal bulunamazsa hükümdar onların bedelini kendi hazinesinden öderdi, yani devlet kendi arazisinde (ülkesinde) işlenen hırsızlıktan sorumluydu.²⁴

M.Ö. 1750 yılında tedvin edilen Hammurabi kanunlarında suçtan doğan zararın devlet tarafından tazminine dair düzenlemeler mevcuttur. Suçlunun kim olduğunun tespit edilemediği durumlarda kolektif sorumluluğu kabul eden şu hüküm dikkat çekicidir: “Eğer hırsız yakalanamamış, çalınan mal bulunamamışsa mağdur, mallarının

²⁰ Akdemir, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması Sosyal Gruplaşmaya Yönelik Yeni Bir Yaklaşım, İzmir, 1988, s.127vd.; Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ank.1997, s.5.

²¹ Okandan, R. Galip, Umumi Hukuk Tarihi, İst.1951, s.42-43.

²² Okandan, s.68, Arsal, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, Ank.1941, s.43.

²³ Okandan, s.68, Özbek, s.43, Yılmaz, Reha-Demir, Abdullah, Umumi Hukuk Tarihi, Gaziantep, 2012, s.109.

²⁴ Seydişehir, Mahmud Esad, Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz. Fethi Gedikli vd.) Ank.2012, s.140.

çalındığını Allah huzurunda yeminle beyan eder, beldenin sahibi olan kişi veya topluluk çalınan malı tazmin eder.”²⁵ Benzer düzenleme insan öldürme suçları bakımından da getirilmiş olup bir insan öldürülmüşse site veya vali maktulün mirasçılarına tazminat öderdi.²⁶

Etilerde (M.Ö. 1200) öldürme suçunu işleyen meçhul kalsa da, varislerin tazminat talep hakkı ortadan kalkmıyor, bir insan veya hayvan kimin mülkünde öldürülmüşse, o yerin sahibi tazmine mecbur tutuluyordu (§§ 6, 72). Eğer öldürme suçu, sahipsiz arazide vuku bulur da, suçlu bulunamazsa, o zaman en yakın yerleşim yeri tazmine mecbur oluyordu. Üç mil mesafede hiç bir yerleşim yeri yoksa, o zaman öldürülenin varislerinin tazminat isteme hakları ortadan kalkıyordu (§ IV).²⁷ Birinin öküzü bir tarlada ölü bulunur ve kimin öldürdüğü tespit edilemezse o tarlanın sahibi öküzün sahibine iki öküz vermekle yükümlü tutulurdu.²⁸ Mağdurun zararı tazmin edilinceye kadar suçlu, mağdurun lehine çalıştırılırdı.²⁹

Eski Yunan’da (M.Ö. 750-550) cezanın amacı, suçun işlenmesi ile verilen zararın tazmini, genel önleme ve ıslah idi.³⁰

Eski Türklerde bir kimse bir arazide öldürülmüş olarak bulunursa cesedin bulunduğu nahiyeye ahalisine bir öldürme diyeti yüklenir,³¹ mahalle sakinlerinden birinin malı çalınırsa diğer sakinlere tazmin ettirilirdi.³²

²⁵ Yılmaz-Demir, s.44-45.

²⁶ Galanti, Avram, Hammurabi Kanunu, İst.1925, s.18, dn.23, 24, Kozak, İ. Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ank.2011, s.118, ayrıca bkz. Ekinci, E. Buğra, Hukukun Serüveni, İst.2011, s.53, Yılmaz-Demir, s.45.

²⁷ Alp, Sedat: “Hitit Kanunları Hakkında”, *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.480, Okandan, s.206, Kozak, s.196, Ekinci, s.63.

²⁸ Kozak, s.183.

²⁹ Alp, s.477, Okandan, s.204-211, Akdemir, s.42-45.

³⁰ Okandan, s.291.

³¹ Seydişehir, s.126.

³² Danişmend, Eski Türk Seciye ve Ahlakı, 48-51.

İslâm öncesi Hicaz-Arap toplumunda siyasî birlik ve merkezî otorite mevcut değildi. Bu sebeple sosyal düzeni sağlamada kabile ve gruplar arası güç dengesinin, kan bağına dayalı üniter yapının, gelenek ve örfün, hakemlerin, kabile büyüklerinin ve şehir eşrafının önemli rolleri vardı. Kısas ve diyet genelde iki ayrı kabileye mensup kişiler arasında meydana gelen cinayetlerde söz konusu olurdu. Cinayet işlendiğinde her iki tarafın kabilesi kolektif bir hak ve sorumluluk anlayışıyla hareket eder, öldürülenin öcünü almak kabilenin bütün üyelerini ilgilendiren ortak ve kutsal bir görev sayılır, bundan kaçınmak ise hem ar, hem de uğursuzluk sebebi telakki edilirdi. Savaşta esir düşenler, kaçırılan kadın ve çocuklar belli bir bedel (fidye) ödenerek kurtarılırdı. İnsan öldürmede de katilin kabilesi kendi arasında kan bedeli toplayarak maktulün kabilesine öder, böylece karşı tarafın intikam hissini yatıştırmaya, kabilenin uğradığı iktisadî ve askerî güç kaybını telâfi etmeye ve katilin hayatını kurtarmaya çalışırdı.³³

Cahiliye Araplarında belli durumlarda katilin yakınlarının diyet borcuna iştirak ettirilmesi (âkile)³⁴ veya faili meçhul cinayetlerde maktulün bulunduğu mahalle halkına diyetin kendini temize çıkartma yemini (kasâme) ile ödettirilmesi³⁵ usulleri, hem kolektif tazmin sorumluluğunun bir ifadesi, hem de mağdurun diyetinin ödenmesinin teminatı olarak yaygın bir uygulamaya sahipti. Kaynaklarda, Cahiliye dönemi kasâme uygulamasına örnek olarak Ebu Talip'in Hâşim

³³ Bardakoğlu, Ali, "Diyet" *DİA*, C: 9, s.473-479.

³⁴ İslâm öncesi Arap kabileleri arasındaki uygulamada, suçun kasten işlenip işlenmediğine bakılmadığı gibi, âkile kavramı yakın akrabalar yanında bütün kabile fertlerine teşmil edilmişti. Aktan, Hamza, "Âkile", *DİA*, C:2, s.248-249.

Âkile kurumunun kökleri İslam öncesi örfi hukukta yer almaktadır. Kabile münasebetlerinin yerini alan divanın ihdas edilmesiyle İslamileştirilmiştir. Schacht, Joseph, *İslâm Hukukuna Giriş*, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ank.1986, s.191.

Âkile kurumu cahiliye Araplarında da vardı, İslam ıslah ederek aldı. Beşer, s.140.

³⁵ Buhari, *Menâkıbü'l-Ensâr*, 27; Bardakoğlu, Ali, "Kasame" *DİA*, C:24, s.528-530.

oğullarından bir işçinin öldürülmesi üzerine şüphelinin kabilesinden elli kişiye yemin ettirmesi olayı aktarılır.³⁶

Hicaz-Arap toplumunun kökü İslâm öncesi dönemlere uzanan eski bir âdeti olup toplumda itibar sahibi bir kimsenin, mala veya şahsa karşı işlenen suçlar yüzünden kişiler ve gruplar arasında baş gösteren tazminat-diyet ihtilâfını gidermek amacıyla üstlendiği arabuluculuk ve para toplama işine de hamale denirdi.³⁷

Muvalat (velâ), kökleri Arapların eski kabile dayanışmasına uzanan bir kurumdur. İslâm'dan önce Araplar arasında yabancıların topluma katılımını ve intibakını sağlayan akrabalık veya dostluk sözleşmesi, hilf, birinin himayesine sığınma, evlât edinme ve muvâlâttan doğan velâ gibi çeşitli yardımlaşma, dayanışma ve himaye kurumları vardı.

Batı hukuku kaynaklı ceza kanunlarında hâkim olan suçluyu koruma eğilimi ve ceza hukukunun kamu hukuku karakteri, insan öldürme ve yaralama suçlarında çok defa mağdurun şahsî haklarının göz ardı edilmesine yol açmakta ve onu tatmin edecek çözümler bulmada yetersiz kalmaktadır. Mağdurun haklarının korunması ve bu korumayı sağlamada nihaî olarak devletin rol alması fikri, XX. yüzyılın ikinci yarısından itibaren teoride ağırlık kazanmaya, tatmin edici miktarlarda maddî ve manevî tazminat anlayışı uygulamalara yansımaya başlamıştır.

Suç mağdurlarına tazminat ödenmesini sağlamak için modern hukukçular tarafından önerilen çareler şunlardır:

a) Kaynağı para cezaları ve müsadere edilen eşyalarla sağlanacak tazminat ve para kasası sistemi³⁸ (Hollanda, Norveç, İsveç, İngiltere, Danimarka), ağır cezalı suçlarda suçlunun zararı karşılayamayacağı anlaşıldığında para cezasının, müsadere edilen eşya ve değerlerin mağdura tahsis edilmesi (İsviçre ve İskandinav ülkeleri),

³⁶ Bardakoğlu, Ali, "Ceza" *DİA*, C: 7, s.470-478, Ekinci, Hukukun Serüveni, s.68.

³⁷ Bardakoğlu, Ali, "Garamet" *DİA*, C:13, s.359-361.

³⁸ Dönmezer, s.190.

b) Tazminat ödenmesinin cezasızlık veya cezada indirim sebebi sayılması,

c) Cezanın ertelenmesi veya yasaklanan hakların iadesi gibi kanuni lütufların tazminatın ödenmiş olması şartına bağlanması (İtalya, İspanya, Arjantin, Küba, Meksika, Peru, Uruguay, Venezüella), hükümden önce zararların giderilmesi ya da giderilmeye çalışılmasının pişmanlığın ifadesi sayılarak kanuni hafifletici neden olarak benimsenmesi (Avusturya, Danimarka, İspanya, İzlanda, İtalya, Portekiz, İsviçre),

d) Suç ortaklarının zararın giderilmesinden müteselsilen sorumlu tutulması (Fransa, Belçika ve Finlandiya),

e) Suçlunun hem para cezasını hem de tazminatı ödeme gücü yoksa tazminatın “imtiyazlı alacak” sayılması (İspanya, Yunanistan, Lüksemburg),

f) Suçlunun zararı karşılaması için zorunlu olarak çalıştırılması, cezaevi atölyesindeki kazancının bir kısmının zararın giderilmesinde kullanılması (Fransa, Danimarka),

h) Mala karşı suçlarda zorunlu sigorta sistemi örnek olarak gösterilebilir.³⁹

i) Suçun sebep olacağı zararlara karşı genel sosyal güvenlik sistemi ya da devletin öncülüğünü yapacağı yeni bir sigorta uygulaması zararın giderilmesinde bir model olabilir.

VI. İSLAM HUKUKUNDA SUÇ MAĞDURLARINA TAZMİNAT ÖDENMESİ

A. GENEL OLARAK

İslam ile telifi kabil olmayanları ayırmak ve geriye kalanı meşru saymak için yabancı memleketlerin âdetleri ve kanunları İslam hukukçularına hammadde vazifesi görmüştür.

³⁹ Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ank.1997, s.880.

İslâm hukukunda öldürme ve yaralamalarda suçluya, onun yakın çevresine, meslekî teşekküllere ve son olarak devlete yüklenebilen diyet borcu, suçluyu cezalandırmaktan çok haksız fiilden doğan zarar ve mağduriyeti gidermeyi, suç mağdurunun haklarını korumayı hedef alır.⁴⁰

Hz. Peygamber: “Zalim de olsa mazlum da olsa kardeşine yardım et!” buyurmuş, bir adam: “Ey Allah'ın Resulü, kardeşim mazlumsa ona yardım ederim; ama zalimse nasıl yardım edebilirim ki?” diye sormuş, bunun üzerine: “Onu zulümden alıkoyman da ona yardım etmektir.” cevabını vermiştir.⁴¹

B. TAZMİN SORUMLUSU

1. Fail belli ise

a) Fail, fiili kasten işlemiş ve ödeme gücü varsa tazminden fail sorumlu tutulur. Suçlar karşısında aslanan cezaî sorumluluk ve müeyyide ise de işlenen suçun kul hakkını ihlâl etmesi veya maddî bir zarara yol açması halinde medenî sorumluluk ve tazmin de söz konusu olur. Bu sebeple topluma karşı işlenen sarhoşluk ve irtidad gibi suçlarda tazminden söz edilemezken; hırsızlık, zina, kazif gibi kul hakkı ihlâllerinin de bulunduğu suçlarda verilen zararın tazmini gerekebilir. Öncelikle kul hakkı ihlâli sayılan insan öldürme ve yaralama suçları, hem cezaî hem de medenî sorumluluğun konusudur. İnsan hayatına ve vücut bütünlüğüne karşı kasıtlı olarak işlenen (aynı zamanda haksız fiil teşkil eden mağdurlu) suçlarda kural, suçluya mağdura verdiği zarara denk bir cezanın uygulanmasıdır. Suçlu ödeme gücü varsa verdiği zararı tazmin eder, yoksa çalıştırılır ve ücretinden tazminat ödenir. Osmanlıda ödeme gücü bulunmayan diyet borçlusunun elde edeceği ücretten borcu ödenmek üzere çalıştırılması örneklerine de rastlanır:

“Diyet-i Şer’iyeden sair veresinin iddia etmekte oldukları hisselerinin tediyesine failin kudreti yoksa... Küre bakır madenine gönderilerek... bir sene müddet cari ücretle prangabent olarak istihdam edilip ücretinden kifayet miktarı kendisine verilip kalanı müdür tarafından hıfz olunarak marifet-i şer’de vereseye ita ve müddet hitamından sonra tahliyesinde diyetten ne miktar kalırsa yine ber nehc-i

⁴⁰ Bardakoğlu, “Diyet” s.478.

⁴¹ Buhari, *Mezâlim* 4; *İkrâh* 6.

şer'i iktizasının icrası hususu Meclis-i Vâlâ-yı mezkurda tensip olunmuş ve Padişah iradesi dahi böyle sadır olmakla mucibince ber minval-i muharrer iktizasının icrasına hususan mübaderet eylemeniz... 1257."⁴²

b) Zarar, ihmali davranışla verilmişse de tazmin sorumluluğu olabilir. Örneğin muztar (zorunluluk halinde) olan kimse muztar olmayan birinden ihtiyacı olan şeyi ister, o da vermez ve böylece muztar olan kimse ölürse vermeyen tazminat ödemeye mahkum olur.⁴³

"Birinin duvarı yıkılıp da, diğerine bir zarar îrâs etse, zamân lâzım gelmez. Fakat evvelce o duvar mâil-i inhidam olup da ona diğer bir kimse, "duvarını hedm et" diye takaddüm ve tenbih edip, duvarı hedm edecek kadar vakit geçmişse, o halde zamân lâzım gelir." Mecelle, m.928.

c) Şibh-i amd ve hataen katilde kefarete faile, diyet âkileye yüklenir. Malikiler dışındaki İslâm hukukçuları kast/taksir kombinasyonu (şibhü'l-amd) ve taksirle öldürmelerde diyetin âkileye yükletilmesinde görüş birliği içindedirler.⁴⁴

Hüzeyl Kabilesinden iki kadın kavga etmiş, bunlardan biri diğerine taş atarak (bir rivayette çadır direği ile vurarak) onun ve karnındaki ceninin ölmesine sebep olmuştu. Hz. Peygamber cenin için gürre (olarak bir köle veya cariye), ölen kadın için de failin âkilese diyet ödetmiştir.⁴⁵

d) *Taksirle öldürmede:* Kur'an'da, taksirle bir müminin öldürülmesi halinde maktulün yakınlarına ödenecek diyetin yanında kâtilin ayrıca kefarete olarak bir mümin köleyi azat etmesi, bu mümkün olmadığı takdirde tövbesinin kabulü için ara vermeden iki ay oruç

⁴² Ayniyat Defteri, No:370, s.114.

⁴³ Bilmen, VIII/276.

⁴⁴ Kâsânî, VII/256; İbn Abidîn, M. Emin (ö.1836): Reddü'l-Muhtâr, İst.1984, V/400; İbn Kudâme, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (ö.1223): el-Muğni, Kahire, Ty. VII/764-770.

⁴⁵ Müslim, *Kasame*, 36-38, Buhari, *Tıbb*, 468, Ebu Davud, *Diyat*, 19, Nesai, *Kasame*, 39, Serahsi, XXVII/124, Kasani, VII/255, Davudoğlu, Ahmet (ö.1983): Sahih-i Müslim Tercüme ve Şerhi, İst.1977, VIII/324-332.

tutması istenir (Nisâ 4/92).⁴⁶ Taksirle öldürmede kefareti failin, diyeti âkilenin üstleneceği noktasında hemen hemen görüş birliği vardır.⁴⁷

e) Erşten (yaralama tazminatı) kural olarak fail sorumlu tutulmakta ise de Hanefilere ve Şîa'ya göre erş diyet miktarının yirmide birini, İmam Mâlik de dahil Medineli hukukçulara göre üçte birini geçtiği takdirde belli şartlarla bunu âkile üstlenir. Şafiiler ise miktarı ne olursa olsun erş âkilenin üstleneceği görüşündedir.⁴⁸

Zarara yol açan fiilin işlenmesinde failin kasıt ve kusurunun bulunup bulunmaması ceza sorumluluğunu etkilese de tazmin sorumluluğunu etkilemez. Çünkü doğrudan haksız fiillerde kusur sorumluluğu değil; sebep sorumluluğu esastır. Suçun işlenmesinde kastın bulunmadığı ya da kisasın uygulanmasının mümkün olmadığı veya düştüğü durumlarda diyet (tazminat) ödetilir. Ödenecek diyete fâilin kan akrabaları (asabe) veya mensup olduğu meslek grubu gibi yakın çevresi (âkile) ortak edilerek bir taraftan fâilin maddî yükünü hafifleten, diğer taraftan yaralanması veya bir organını kaybetmesi halinde mağduru, ölmesi durumunda destekten yoksun kalan ailesini koruyan kolektif bir tazmin sistemi oluşturulmuştur. Böylece malî yönden birbirine karşı sorumlu tutulan insanların meydana getireceği ortak ve karşılıklı denetim sistemiyle bir anlamda suçla mücadele edecek yardımcı müesseseler de ihdas edilmiştir. Âkilenin diyeti ödemede yetersiz kaldığı durumlarda ise devlet hazinesi devreye sokularak yaralanan mağdurun veya destekten mahrum kalan maktulün ailesi malî yönden teminat altına alınmıştır.⁴⁹

⁴⁶ Taksirle öldürmede köle azadı Allah hakkı olarak bir kefareti, diyet kul hakkı olarak bir tazminattır. Taksir, az çok dikkat ve özen yükümlülüğünü ihlal içermekle birlikte tamamen kaçınılması mümkün olmadığından fail bir taraftan terbiyeye, bir taraftan da teselli ve yardıma muhtaçtır. Bunun için âkilesi varsa diyete iştirak etmelidir. Yazır, M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, İst. Ty. II/1419.

⁴⁷ Taksirle öldürmede diyet cumhura göre ibtidâen âkilenin borcu iken Hanefilere ve Maliki fakihlerinin çoğunluğuna göre ibtidâen katilin borcu olup âkileye diyet ödettirilmesi suçluya yardım ve destek niteliği taşır. Bardakoğlu, "Diyet" s.477.

⁴⁸ ŞAFAK, Ali, "Erş" *DİA*, C:11, s.308.

⁴⁹ Dağcı, Şamil, "Kisas" *DİA*, C:25, s.490.

f) İsnat yeteneği olmayan çocuk veya delinin, uyuyan veya bayılan kimsenin başkasının malına zarar verecek bir fiil işlemesi halinde ya kendileri ya da velileri bunların malından bu zararı öder;⁵⁰ malı yoksa diyeti âkile öder. Hz. Ali, suç işleyen akıl hastasının ödemesi gereken diyeti âkilesine yüklemiştir. Belli durumlarda diyet borcunun failin yakınlarına veya hazineye ödettirilmesi, ceza ehliyeti bulunmayan kimselerin işlediği cinayetlerde de bu bedelleri ödemenin söz konusu olması bu yüzdendir.

Bir çocuk taksirle yaralama suçu işlese diyeti onun malından ödemek gerekir. Malı yoksa, çocuk ödeme gücüne sahip oluncaya kadar beklenir. Çünkü âkilenin tazmine iştirak ettirilmesi Araplar arasında caridir; Arap olmayanlarda âkile sistemi yoktur.⁵¹

Asr-ı Saadette bir kimse savaşta esir düşse, onun kurtarılması için fidyeye; öldürme ve yaralamalarda ise diyet ödenmesi gerekiyordu. Bunların miktarları çoğu zaman esir ve suçluların ödeme gücünü aşıyordu. Hz. Peygamber bu durumu çözüme kavuşturmak için, karşılıklı yardımlaşma esasına dayanan âkile (maâkıl) sistemini kurdu. Buna göre, bir kabilenin mensupları kabile bütçesi için para yardımı yapacak; buna karşılık ödeme gücünü aşan bir tazminatla karşılaşarsa bu bütçeden yardım bekleyecekti. Hatta kabile bütçesi de yeterli olmazsa diğer akraba ve komşu kabileler onların yardımına gelecekti.

Âkile, aralarında divan ve aşiret hayatı cari olan kavimlere (örneğin Araplar) mahsustur. Medine site devleti, diyet (destekten yoksun kalma tazminatı) ödemekle yükümlü âkilelerden oluşmuştu.⁵² Hz. Ömer

⁵⁰ Aktan, Hamza, “Daman”, *DİA*, C:8, s.450-453.

⁵¹ Üsrûşeni, Muhammed b. Mahmud b. Hüseyin (ö.1234): *Ahkamu's-Sığar*, (Çev: İ. Canan) İst.1984, s.171, No:571.

⁵² İslâm'ın zuhurundaki Araplar arasında günlük rahatsızlıklar bilinmeyen bir şeydi ve tedavi pratikte bir masraf gerektirmiyordu; insanlar evlerini kendi eliyle inşa eder ve hatta malzemesinin mühim bir kısmına da para vermezlerdi. Bunun için o zamanlar hastalığa, yangına vb. karşı sigortaya niçin ihtiyaç görülmediği kolayca anlaşılır. Buna karşılık esarete ve insan öldürmeye karşı sosyal yardım gerçek bir ihtiyaçtı. Daha Hz. Peygamber zamanında bu nokta dikkati çekmişti. İhtiyaçlara cevap verme ve inkişaf

zamanında her kabile (akıle) mensubu ehl-i divan adı verilen deftere kaydolmak zorunda bırakılmış, böylece âkilelere hukuki statü kazandırılmıştır.⁵³ Hanefiler dışındaki mezhepler âkileyi, suçlunun baba

etme kabiliyetini haiz bazı tedbirler alındı. Bu suretle Hicretin birinci senesinde Medine site-devleti anayasasında bu sosyal dayanışma fonuna “maakıl” dendi. Bu sistem şöyle işledi: Eğer bir kimse harpte esir düşerse onun hürriyete kavuşturulması için bir fidye verilmesi lâzımdı. Bunun gibi insan öldürme ve yaralama, zarar ve ziyanın yahut kan bedelinin ödenmesini gerektirirdi. Bunların miktarları ekseriya failin imkânlarının aşardı. Hz. Peygamber mütekabiliyet esası üzerine bir sosyal dayanışma fonu tesis etti: Bir kabilenin mensupları kabilelerinin hazinelerine kendi imkânlarına göre para yardımı yapacak, böyle bir para gerektiği zaman bu yardımı bu fondan bekleyeceklerdi. Eğer kabilenin fonu yetmezse diğer akraba ve komşu kabileler onların yardımına gelmek zorunda idiler. Bir bütün içinde bu üniteleri teşkilâtlandırmak için bir hiyerarşi teşkil edilmişti. Medine'de Ensar'ın kabileleri malûmdu; Hz. Peygamber esas itibariyle Mekke'nin muhtelif kabilelerine mensup olan yahut Habeşistan'dan gelen yahut Arabistan'ın muhtelif bölgelerinden gelmiş olan Mekke muhacirlerinin -sözü geçen sosyal sigorta isteklerine uyarak- bir tek yeni kabile halinde teşkilatlanmasını emretti. Daha sonraları halife Hz. Ömer zamanında karşılıklı yardımlaşma yahut sigorta sistemi bir kimsenin mensup olduğu meslek, askerî, mülkî idare esaslarına yahut muhtelif bölgelere göre teşkilâtlandırıldı. Hamidullah, Muhammed, İslâm'a Giriş, s.201-203, No:362-363.

Medine Vesikasında, savaş esirleri için fidye, öldürme ve yaralamalarda da kısas yerine diyet ödeyebilmek için bir sosyal sigorta sistemi oluşturulmuştu. Çünkü Müslümanların yakınlarından hiçbir kimseyi ağır yükümlülükler altında bırakmamaları ve bunu kendi aralarında ödemeleri gerekiyordu (§ 12). Bu sosyal güvenlik sisteminde her kabile özerk bir yapıya ve yeni bir düşünce yapısına sahip olmakta (§ 4-11) ve artık eskiden olduğu gibi doğum ve katılma (muvalat) esasına dayalı, akrabalar arası ve dışı kapalı bir nitelik taşıyan fosilleşmiş kabile özelliğinden çıkarak, kişinin rıza ve iradesine dayanan dinamik bir yapıya kavuşmaktaydı. Örneğin, aralarında sayısız Arap kabilelerinin yanı sıra Habeşliler gibi Arap olmayan kişilerin de bulunduğu Mekkeli Muhacirlerin, birlikte yeni bir “kabile” anlayışı içinde yeniden yapılandıklarını (§ 3) görmekteyiz. Hamidullah, İslam Peygamberi, No:345.

⁵³ Akdemir, s.56.

tarafından erkek akrabası olan asabenin oluşturduğu hususunda görüş birliği içindedirler. Hanefilere göre suçlunun âkilesi öncelikle onun bağlı bulunduğu “divan ehli”dir. Bunlar, aynı ücret siciline kayıtlı askerî birlik mensuplarından oluşur. Diğer hukukçular, Hz. Peygamber zamanındaki uygulamayı esas alarak geleneksel bakış açısına bağlı kalırken; Hanefiler âkile kavramındaki bu ilgi çekici yenilik konusunda Hz. Ömer’in uygulamasını delil gösterirler.⁵⁴

Büyük ailelerin dağıldığı fertler arası dayanışma amacına yönelik lonca, esnaf teşkilatı vb. yeni örgütlenmelerin yapıldığı dönemlerde bu teşkilatlar âkile gibi değerlendirilmiştir.⁵⁵ Bu gibi teşkilata sahip olmayan diğer İslam topluluklarında diyeti bizzat fail öder.⁵⁶

İbn Kemal’e göre Araplar, neseplerini korudukları, divan oluşturup yardımlaşabildikleri için onlarda âkile vardır; fakat Acemlerde buna önem verilmediğinden âkile yoktur. Ebussuud bir fetvasında âkile kurumunun Osmanlı ülkesinde uygulanamayacağını şöyle ifade etmiştir: “*Katil ödeyemeyince onun mensubu olduğu topluluk (âkile) diyeti ödemekle yükümlü müdür? Cevap: Bu topraklarda âkile yoktur.*”⁵⁷

Abdülkadir Udeh’e göre günümüzde âkile sisteminin uygulanma imkanı kalmamıştır. Diyeti ya fail, ya da devlet ödemelidir. Devlet diyet fonuna gelir olmak üzere yeni vergiler koyabilir, örneğin yargı harçlarından bir kısmını bu fona aktarabilir.⁵⁸

⁵⁴ Aktan, Hamza, “Akile” *DİA*, C:2, s.248.

Bazı müellifler, divan uygulamasının Hz. Peygamber tarafından, Mustalikoğulları Gazasından sonra, ganimetlerdeki devlet hissesi olan humusu (beşte bir) idare etmek üzere Mahmiye b. Cez’i tayin etmesiyle başladığını söylerler. Döndüren, Hamdi, “Sigorta” *ŞİA*, C:?, s.?

⁵⁵ Karaman, Hayrettin-Çağrı, Mustafa-Dönmez, İ. Kafi-Gümüş, Sadrettin, Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004, II/90.

⁵⁶ Bilmen, III/57.

⁵⁷ Veli b. Yusuf, v.114b, akt. IMBER, s.258.

⁵⁸ Udeh, Abdülkadir, et-Teşrü’l-Cinâiyyi’l-İslâmi Mukarinen bi’l-Kanunî’l-Vad’i, Beyrut, Ty. I, No:472. Günümüzde sendika ve meslek odalarının modern divanlar sayılıp bunlara akile fonksiyonu yüklenebileceğine ve Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde yaşayan aşiretlerin akile sistemi

g) Zararlı fiil ciddi tehdit ve zor (ikrâh-ı mülcî) altında işlenmişse Hanefî ve Şafiilere göre tazmin zorlayana aittir (Mecelle, m.1007).

h) Vela, fıkıh terimi olarak azatlktan veya muvâlât sözleşmesinden doğan hükmî akrabalık bağıı ifade eder. Velâ, kökleri Arapların eski kabile dayanışmasına uzanan bir kurumdur.⁵⁹ Arap kabile yapısının güçlü bir şekilde devam ettiği İslâm toplumunun erken dönemlerinde köle iken hürriyetine kavuşan, müslümanlığı yeni kabul eden veya buluntu çocuk olduğu için nesebi bilinmeyen kişilerin hukukî bir statü elde ederek kabile dayanışmasına bağlı bazı haklardan istifade etmelerine imkân sağlayan bir tür sosyal yardımlaşma ve güvenlik kurumu gibi işlev görmüştür. İslâm hukukuna göre taksirle veya kast/taksir kombinasyonuı insan öldürme ve yaralama suçlarında fail adına diyet ödemeyi “âkile” adı verilen diyet dayanışma grubu yüklenir. Ayrıca din farkı da akrabalar arası mirasçılık engelidir. Bu açıdan Müslüman olup gayrimüslim akrabalarıyla zikredilen konularda hukukî ilişkisi kesilenler, İslâm topraklarında kaldıktan sonra hürriyetlerini elde eden ve kendi ülkesine dönmeyip müslümanlar arasında kalan azatlılar veya buluntu çocuklar için İslâm öncesi Arap toplumunda mevcut velâ sistemi yeni bazı düzenlemelerle korunmuş, bu yolla kişinin İslâm toplumuyla kaynaştırılması ve karşılıklı bir güvenlik/dayanışma bağı oluşturulması hedeflenmiştir. Velâ, yabancıların müslüman toplumla kaynaşıp bütünleşmesini sağlamada önemli rol oynamış; bir yandan onlara bir tür sosyal güvence ve kimlik verirken diğer yandan suç engellemek amacıyla onları denetim altına sokmuş, suç işlemeleri halinde de mağdur tarafın haklarının zayı olmasının önüne geçmiştir.⁶⁰

2. Faili belli değilse (kasame usulü)

“Hz. Peygamber kasâmeyi cahiliye devrinde olduğu gibi bıraktı.”⁶¹

olarak kabul edilebileceğine dair görüş için bkz. Beşer, Faruk, İslam'da Sosyal Güvenlik, Ank.1987, s.143, 147.

⁵⁹ Kâsânî, VII/344.

⁶⁰ Özen Şükrü, “Vela”, *DİA*, C:43, s.12.

⁶¹ Buhari, *Diyât*, 22, *Menâkibu'l-Ensâr*, 27; Ebu Davud, *Diyât*, 8,9; Şevkânî, *Neylü'l-Evtâr*, VII/34.

a) Ceset özel mülkiyete konu bir yerde bulunmuşsa diyeti, mülk malikin kullanımında ise malik, başkası (örneğin kiracı) kullanıyorsa kullanan öder.

aa. Diyeti malikin ödemesi: *“Bir karyede vaki Zeyd’in sakin olduğu mülk menziline oğlu Amr cerihan katil bulunup kâtili malum olmasa kasame ve diyet karye ahalisine değil; yalnız Zeyd’e lazım olur.”*⁶²

*“Hind, Zeyd’in tasarrufunda olan mülk samanlığı içinde cerihan katil bulunup kâtili malum olmasa Zeyd’e kasame ve diyet lazım olur.”*⁶³

*“Zeyd ile Amr müşterek malik olup sakin oldukları menzilde (oturdukları evde) Bekir cerihan katil bulunup kâtili malum olmasa Zeyd ve Amr’a kasame ve diyet lazım olur.”*⁶⁴

ab. Diyeti, kullananın ödemesi: *“Zeyd’in ancak üç odayı müstemil bir küçük hanını üç kişi kiralayıp müstakillen ancak o kimseler sakinken o hanın ortasında Amr cerihan katil bulunup kâtili malum olmasa kasame ve diyet Zeyd’e değil, o kimselere (kiracılara) lazım olur.”*⁶⁵

3. Ceset, beli bir yerleşim yerinin ortak kullanımında olan bir arazide bulunmuşsa diyeti o yerin ahalisi öder.

Kanuni Kanunnamesi m.77’ye göre mahalle veya köy içinde faili meçhul cinayette fail araştırılır; bulunamazsa diyeti mahalle veya köy halkı öder.⁶⁶ Mahalle halkı birbirine müteselsilen kefildir, yani mahallelerinde meydana gelen bir olayın aydınlığa kavuşturulmasında ve doğan bir zararın karşılanmasında ortaklaşa sorumludur.⁶⁷

⁶² Feyzullah Efendi (ö.1703), Fetava-yı Feyziyye, (Haz: Süleyman Kaya) İst.2009, No:2672.

⁶³ Feyziyye, No:2681.

⁶⁴ Feyziyye, No:2699.

⁶⁵ Yenişehirli Abdullah Efendi (ö.1743), Behcetü'l-Fetava, İst.1266, No:3216.

⁶⁶ Heyd, Uriel, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, 1973, s.76.

⁶⁷ Ergenç, Özer, “Osmanlı Şehirlerindeki Mahallenin İşlev ve Nitelikleri Üzerine”, Osm. Ar. IV (1984), s.74, akt. Ali Murat Yel-Mustafa Sabri Küçükbaşcı, “Mahalle” *DİA*, C:27, s.323-327.

Birçok suçlunun bulunması ve cezalandırılmasında çok işe yarayan bu sistem, kimi asılsız suçlamalara maruz kalan kişilerin de aklanmasında

Gaziantep Tarla-yı Cedid Mahallesinden el-hâc Ömer'in küçük kızı Kerime, Kur'an öğrenmek için Nefise Hatun'un evine gitmektedir. Nefise Hatun ekmek alması için Kerime'yi fırına göndermiş; fakat küçük Kerime bir daha dönmemiştir. Dokuz gün sonra Helvacı Pazarı altında kimsenin mülk ve tasarrufunda olmayan Tuz Hanı adıyla anılan mağaranın kapısı önünde ana yolda başı ve omuz başından iki kolu kesilmiş, diğer azaları mevcut şekilde bulunmuştur. Küçük Kerime'nin vârisleri o mahalle halkından diyet talep etmişlerdir. Mahkemeye çağrılan elli kişi öldürmediklerine ve öldüreni bilmediklerine dair yemin edince, Kerime'nin vârislerine diyet ödemeleri için hüküm verilmiştir.⁶⁸

4. Ölünün bulunduğu yer özel mülkiyette ya da belli bir bölge halkının kullanımında değilse yani ceset, devletin tasarrufunda olan bir arazide bulunmuşsa diyet hazineden ödenir.⁶⁹ Devlet kimsesiz şahısların velisi sayıldığından hem onların nafakasını karşılama, diyetini ödeme gibi sorumluluklara, hem de bu kişilere mirasçı olma gibi haklara sahip kılınmıştır.⁷⁰ Suçun işlenmesiyle birlikte toplum düzeni bozulduğundan bunun tekrar eski haline getirilmesi devlete ait bir görevdir.

Ensardan Abdullah b. Sehl b. Zeyd'in Hayber hurmalıklarında öldürülmüş olarak bulunması üzerine maktulün yakınlarıyla yol arkadaşı

önemli bir rol oynamıştır. Mahalle halkının bu tür olaylarda şahitliğinin etkisini göstermesi açısından 1572 tarihli belge de ilginçtir. Buna göre hırsızlık suçundan yakalanan bir grup hapsedilirken, mahkemede bu gruptan Ahmet oğlu Mehmet adındaki kişiye mahalle halkının kendi halinde zararsız biri olduğunu söylemesi üzerine serbest bırakılmıştır (BŞS A 98 38b), akt. Düzbakar, http://dokuman.tsadergisi.org/dergiler_pdf/2008/2008-Agustos/4.pdf

⁶⁸ GŞS 33-243/1 (29 Rebiyülahir 1089/20 Haziran 1678), akt. İsmail KIVRIM, "Osmanlı Mahallesinde Gündelik Hayat (17. Yüzyılda Gaziantep Örneği)", Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009 8(1), s.245.

⁶⁹ Hanefiler, maktulün kamuya ait bir yerde bulunması durumunda, kasâmenin uygulanamayacağını, ancak diyetin doğrudan devlet hazinesinden ödenmesi gerektiğini söyler. Yerlikaya, s.129.

⁷⁰ Bardakoğlu, "Garamet", s.359-361.

Hz. Peygamber: "*Ben mirasçısı olmayan kimsenin mirasçısıyım. Bu kimsenin diyetini öderim ve ona mirasçı olurum.*" buyurmuştur. Ebû Dâvud, *Ferâiz*, 8; İbn Mâce, *Diyât*, 7, *Ferâiz*, 9; Ahmed b. Hanbel, IV/131.

olan Muhayyisa b. Mes'ûd cinayeti Hayber yahudilerinin işlemiş olma ihtimalini dile getirdiler. Resûl-i Ekrem, onlardan bu cinayeti Hayber yahudilerinin işlediğine dair elli defa yemin etmelerini istediğinde onlar yanında bulunmadıkları ve görmedikleri bir cinayet hakkında yemin edemeyeceklerini bildirdiler. Bunun üzerine Hz. Peygamber yahudilerin elli yeminle cinayet suçundan berat edeceğini açıkladı ve aradaki gerginliği gidermek için de maktulün diyetini beytûlmalden ödedi.⁷¹

Hanefiler, maktulün bir şahsın mülkiyet veya zilyetliği altındaki bir mahalde bulunmuş olmasını şart koşar, maktulün kamuya ait bir arazide bulunması halinde ise buralarda can güvenliğini sağlama devletin görevi olduğundan kasâmeye değil doğrudan hazineden diyet ödemesine gidilmesini savunurlar.⁷² Kamuya ait çarşı ve caddeler, hapishaneler ve umuma açık mescitlerde⁷³ işlenen fâili meçhul cinayetlerde de durum böyledir.

Osmanlı uygulamasını gösteren fetva şöyledir: “*Bir katl hususunda istiiftâ olundukta, cevab-ı şerifte “ba'id mevzide (uzak yerde) katlolunmuşsa diyet lâzım gelmez” diye buyurulmuş, ba'id mevzi' nedir? Cevap: Kuraya (köylere) avaz işitilmediğinden gayri, mahall-i katl tarîk-i 'âm (genel yol) olmayıp ve arz-ı mîrî olmayıp ve ehl-i kuranın (köylülerin) meraları olmamak gerektir ki asla kimseye diyet lâzım gelmeye. Şöyle ki, tarîk-i âm ola yahut arz-i mîrî ola yahut ehl-i karyenin meraları ola avaz işitilmezse, diyet beytûlmale düşer.*”⁷⁴

İstanbul ve civarında oturanlar kasâmeden muaf tutulmuşlar ve mahallelerde vuku bulan faili meçhul insan öldürmede maktulün

⁷¹ Buhârî, *Diyât*, 22; Müslim, *Ķasâme*, 1.

⁷² Kâsânî, VII/289.

⁷³ Hz. Ali, Hz. Ömer'e cuma namazı veya Kâbe'yi tavaf sırasında izdihamdan ölen kimseler hakkında şöyle demiştir: “Eğer öldüreni bilersen hiçbir müslümanın kanı boşa gitmez. Aksi halde onun diyetini beytûlmalden ver!” Kâsânî, VII/290; Zühaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletuh*, VI/395.

“*Cami-i şerifte kavga olup Zeyd katlolunup kâtili malum olmasa diyet beytûlmale lazımdır.*” Ebussuud, *Maruzat*, s.188.

⁷⁴ Ebussuud, No: 763.

yakınlarına diyet ödemeyi devlet üstlenmiştir.⁷⁵ I. Mahmud'un padişahlığı dönemine ait 1159/1746 tarihli hükm-i hümayûn, Eyüp mahkemesinin yetki sahasında bulunan Yedikule surları dışında, Silivrikapı yakınındaki Balıklı Ayazma denilen yerde işlenen bir insan öldürme suçu sebebiyle sâdır olmuştur.

“Taşra vilayetlere evâmîr-i şerîfem verilegelip İstanbul ve havalisine bu husus için emr-i şerif verilmek vaki olmadığı Dîvân-ı Hümayûnum kaleminde mahfuz olan kuyudattan ihraç olunup... İstanbul ve havalisinde diyet ve kasâme ahkâmı kadimden bu âna değin icra ve vaki olmadığı mütehakkak olmakla bu husus için İstanbul ve muzâfâtında sakin olanlar ber vech-i muharrer kemâ fi'l-evvel rencide olunmamak için emr-i şerifim verilmek recâsına istidâ-yı inayet eylediklerini bi'l-iltimâs sen ki kazâ-i mezbûr naibi mevlânâ Mehmed'sin ilâm eylediğın ecilden ilâmı mucibince amel olunmak için yazılmıştır. Fî evâil-i M sene (1)159 (24 Ocak-2 Şubat 1746).”⁷⁶

Ancak Kanuni'ye ait bir hükmün muhtevasından kasâmenin İstanbul'da uygulandığı sonucu çıkmaktadır.

“Havass-ı Kostantiniyye kazasına bağlı İncirli, Soğanlı ve oraya yakın olan bir köy (toplam üç köy) arasında bir maktul olup... üç köyün halkını... cümle getirtip dikkat ve ihtimam ile hak üzere teftiş eyleyip o maktul olduğu yerden o köylere avaz erişir mi? Gereği gibi eğer köy halkıdır eğer sair yerleridir tutup ya ehl-i fesadı ele vereler veyahut garâmetini kendiler çekerler (tazminat öderler)...”⁷⁷

⁷⁵ Kasame tarım toplumu kurumudur ve İstanbul'da uygulanmamıştır görüşü için bkz. Akman, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İst.2004, s.98.

⁷⁶ 2 numaralı İstanbul Ahkâm Defterinin 72. sayfasındaki 251 numaralı hüküm; bk. İstanbul Ahkâm Defterleri, I, s.224-225, akt. Akman, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme” *Türkler*, Ank.2002, C:XIII, s.789-794.

⁷⁷ 3 Numaralı Mühimme Defteri, Ank.1993, s.427; 14 Receb 967 tarihli 950 numaralı hüküm, akt. Akman, Kasame, s.789-794.

5. Kurumsal tazmin:

Kanuni Kanunnamesi m.78'e göre bir köy yakınına konaklayan kişinin malı çalınsa faili bulunamasa zarar köy halkına tazmin ettirilir.⁷⁸

Aynı Kanun m.80'e göre pazar içinde dükkan açılrsa duvarı veya üstü delinip esvap alınsa pasban (muhafız) varsa tazmin ettirilir.

Aynı Kanun m.84'e göre kervansaray içinde kaybolan eşya, kusuru varsa kervansaraycıya tazmin ettirilir. Yine aynı kanun m.117'ye göre: *"Yaya, müselleme, yörük, doğancı, voynuk, reaya, evkaf ve emlaki olan kimselerin içlerine hırsız kaçıp gizlense... eğer onlar hırsız vermezlerse cümle **ğarameti** çektirilir ve hırsızın aldığı onlara ödetilir."*⁷⁹

Kanuni Kanunnamesi m.122'ye göre derbent muhafızlarının taksiri ile yolcuların zayı olan eşyası, fail bulunamazsa derbent görevlilerince tazmin edilmelidir.

Osmanlıda mağdurların haklarının zayı olmaması için, suçlular yakalanamasa veya tazmin imkanları olmasa bile devlet bu sorumluluğu memurları üzerine almıştır. *"Bundan sonra taht-ı kazanızda bir mahalde hırsız ve kutta-ı tarik eşkıyası zuhur edip insan öldürdükleri ve mal yağmaladıkları duyulursa sizin kayıtsızlık ve müsamahanızdan bilinip kesinlikle özür ve cevabınız dinlenmeyip gasp olunan emval ve erzak sizden tazmin ve tahsil ettirildikten sonra hakkınızdan gelinir... 1687."*⁸⁰

C. TAZMİNAT ALACAKLISI

1. Mağdur: Yaralamalarda mağdur, taksirle ve kast/taksir kombinasyonu ile öldürme suçlarında maktulün mirasçısı diyete alacaklıdır. Taksirle yaralamada mağdur, diyet hakkından vazgeçer ve sonra ölürse bu durum vasiyet sayılır, terekenin üçte biri ile sınırlıdır, yani mirasçısı üçte iki diyet hakkını talep edebilir. Kasten yaralamada

⁷⁸ Heyd, Criminal Law, s.77. Herkesin birbirine kefil olduğu bir mahallede işlenen suçların sorumluluğu da bir nevi ortaklık kazanmaktadır. Hırsızlık, asayiş bozma, cinayet vb. suçlarda fail mevcut değilse mahalle halkının tümü fiilden sorumlu tutulmakta ve kamuya karşı sorumluluğu paylaşmaktadırlar. Özellikle faili meçhul cinayetlerde maktulün yakınlarına ödenmesi gereken tazminat ve devlete ödenecek olan para cezası mahalle halkının tümünden alınarak tekrar edilmemesi amaçlanmaktadır.

⁷⁹ Heyd, Criminal Law, s.89-90.

⁸⁰ Akt. ULUÇAY, 18 ve 19. Asırda Saruhan'da Eşkıyalık, s.424.

ölmeden önce kısas ve diyet hakkından vazgeçme durumunda ise mirasçılarının hiçbir talepte bulunması mümkün değildir.⁸¹

2. Suçtan zarar gören (mirasçılar): Maktulün alacaklıları veya lehine vasiyette bulunduğu kişiler kısas talebinde bulunamaz, fakat maktulün mirasçılarının diyeti tercih etmeleri durumunda diyetten alacaklı durumuna gelirler.⁸²

3. Devlet: Maktulün mirasçısı olmaması veya tespit edilememesi halinde siyasî otorite, mağdur ve kamu adına gerekli takibatı yaparak kısas talebinde bulunabileceği gibi beytümale irad kaydedilmek üzere diyet alarak kısastan da vazgeçebilir; ancak kâtili karşılıksız affedemez.⁸³

⁸¹ Schacht, İslâm Hukukuna Giriş, s.175.

⁸² Dağcı, s.488-495.

⁸³ Heyd, Criminal Law, s.309, Üçok, Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-II, s.381, Dağcı, s.488-495.

“Kâtilin (öldürülenin) velisi bulunmazsa padişah onun velisi olup kâtilden istifa-yı kısas eder yahut kısasa bedel kâtilin rızasıyla beytümale için diyetten dîn (az) olmamak üzere bir miktar mal alır.” Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü’l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti’l-Ahkâm, İst.1319, I/82.

1851 CK Birinci Fesıl m.12’ye göre: “Mirasçısı bulunmayan maktulün davası devlete ait olacağından yargılamada suç sabit olduktan sonra o misilli katilin kısasen idam veyahut beytümale için diyet alınıp cezalandırılması ülülemin reyine bırakıldığından o vecihle icra oluna.”

“Silistre Eyaleti Harsuh Kazası Mahmutça Köyünde sakin Salih Ağa adlı kimsenin mülk çiftliği odasında boğazlanarak öldürülmüş şekilde bulunan değirmenci Aleksi zimminin bilinen varisi olmadığı için devlete ait olduğuna binaen Rusçuk Kazası Beytümale Müdürü Ahmet Efendi husumetiyle mezbur Salih Ağa’nın icra-yı terafularına dair mukaddema varit olan ilam ihticaca salih olmadığından, murafaa-i şer’iyyenin tekrarıyla ilam-ı Şer’isinin irsali babında yazılı emirname-i samiye cevaben eyalet-i merkume müşiri atıfelli paşanın mühriyle mühürlenmiş Meclis-i Vâlâ’ya verilen mazbata ile Rusçuk Naibinin ilamında merkuman Ahmet Efendi ve Salih Ağa, tekrar mahkemeye celp ile bit-terafu’ merkum Salih Ağa o vakit başka diyarda bulunduğundan yalnız mezbur çiftlikte oturan yanaşma Hüseyin adlı kimse vech-i şer’i üzere yeminden sonra tam diyet olan 10.000 dirhem-i Şer’i gümüşün beytümale edası lazım gelmiş ise de, merkum Hüseyin fakir, ihtiyar ve diyet ödemeye güç yetiremez olmasıyla

Mağdur ve suçtan zarar görenler hem kısas, hem de diyet haklarından vazgeçebilirler.⁸⁴ Ancak bu şikayetten vazgeçme, devletin kamu düzeni adına suçluya vereceği cezaları düşürmez.⁸⁵ Mağdurun zararını tam olarak karşılamayan diyetin yanı sıra, özel ve haklı gerekçeler bulunursa, ayrıca tazminat istenip istenemeyeceği tartışmalıdır.

*ödeme gücüne kavuşuncaya kadar merkumun salıverilmesi hususu inha ve fetvahane tarafından dahi meal-i ilama nazaran maktul mersumun katili malum olmamakla boğazlanmış şekilde ölü bulunduğu mülk çiftliğinin odasında tek başına oturan merkum Hüseyin'e husumet, beytülmal emini ile **kasame** icra olunduğundan maktul-i mersumun tamam diyetini beytülmale ödenmesi merkum Hüseyin'e lazım gelmiş olup ancak merkum Hüseyin'in ödeme güçlüğü içinde olduğu tahakkuk etmekle bu surette diyet-i mezkurenin edası merkumun ödeme gücüne kavuşmasına kadar salıverilmek gerektiği ilama yazılmış olup siyak-ı inhaya göre merkum Aleksî'nin mezbur çiftlik odasında ölü bulunmuş ve katili malum olmaması cihetiyle merkum Hüseyin'in tam diyet vermesi icap edip fakat kendisi bî-iktidar ve sair güne hakkında şer'an bir hüküm terettüp etmediği misilli **kanunen dahi bir ceza lazım gelmeyeceği aşikar** olmakla diyet-i mezburenin ber mucib-i kayd fetvahane vakt-i yesarına talikan merkumun salıverilmesi zımında müşir-i müşarünileyhe emirname-i sami tastiri icabından olduğu malumu alileri buyruldukta emr u ferman Padişahındır. Fi gurre-i Şaban 1262" A. MKT. MVL. No:2/44.*

⁸⁴ Osmanlı uygulamasında velayeti altındaki küçüklerin aleyhine olan hukuki tasarrufları geçerli olmayacağından diyet hakkından feragat, sadece velinin kendi hissesi ile sınırlı olup küçüklerin payları ödettirilirdi. “*Merkum Mehmet, ölü Ali'yi haksız yere amden tüfenk kurşunuyla yaralayıp müteessiren öldüğünden bahisle... gönüllü ikrar ve itiraf etmiş... olmakla zevce-i mezbure... katil-i merkumu kısastan meccanen mahkemede affedip mucib-i kısas küçük mirasçılar hakkında diyete dönüşmekle erkek diyeti olan 10.000 dirhem gümüştan karının sümün (1/8) hissesinden kalan 8750 dirhem-i şer'inin küçüklerin vasisine taksitle tediyesi... eline tezkere verilerek hapis tarihinden itibaren 2 sene müddet için mahallinde prangabent olarak ağır işlerde istihdam ile müddeti sonunda salıverilmesi hususu. . 29 (?) 1262.*” A. MKT. MVL. No: 2/42-1.

⁸⁵ “Şahıs aleyhinde vuku bulan ceraimin asayiş-i umumiye ihlal eylemesi ciheti dahi kezalik devlete ait olduğundan...” 1858 CK m.1.

Taksirle öldürülen müslümanın ailesi/yakınları müslüman değilse, müslümana mirasçı olamayacakları için diyet beytülmale ödenir.⁸⁶

Faili meçhul cinayetlerde de devletin diyet talep hakkı vardır:

“Sultan Bayezid Hân Vakfı’ndan olup bundan akdem vefat eden Kabakulak Hüseyin Ağa hâtinunun tasarrufunda olan malûmü’l-hudûd çayırın zikrolunan çiftliğe avaz yetişir yerinde zimmî-i mezbûr alında ve çenesinin sol tarafında balta cerahati ile maktûlen medfûn bulunup mezbûrûn Mustafa ve Andriye ve İstoyko ve Kiro istintâk olunduklarında, mezbûr Mustafa husûs-ı mezbûru bi’l-küllîye münkir olup lâkin merkûmûn Andriye ve İstoyko ve Kiro cevaplarında zimmî-i mezbûru mevzi’-i merkûmda vech-i meşrûh üzere mecrûhan maktul bulup ehl-i örf tarafından havfımızdan kaldırıp bu mahalle biz defneyledik, kâtili kim olduğu ve ismi ve şahsı malûmumuz değildir dediklerini mevlânâ-yı mezbûr mahallinde ketb ve tahrîr badehu gelip meclis-i şer’de vukû’u üzere ihbar ve takrir eylediğinden sonra bu hakîre hitaben buyruldu-yı şerîf varit olup mazmûn-ı münîfnde bizzat kendiniz mahall-i mezbûra varıp diyeti lâzım gelir şer’an ne lâzım gelirse göresiz buyurulmağın imtisâlen li’l-emri’l-âlî bizzât zeyl-i kitapta muharrerü’l-esâmî olan müslimîn ile mahall-i mezbûra varıp sâlifü’z-zikr çayırın vasatında maktul-i mezbûr tekrar keşif ve müşahede olundukda zimmî-i mezbûr minvâl-i merkûm üzere mecrûhan maktul olup kim olduğu ve ismi ve şahsı kimesne malûmu olmayıp ve kemâ yenbağî dikkat ve ihtimam olunur kâtili dahi malûm olmamakla beytûlmal tarafından diyet talep olunup ve mahall-i mezbûrdan zikrolunan çiftliğe avaz yetiştiği muhakkak olmakla çiftlikte sakin olanlar üzerlerine ba’d-e’l-kasâme şer’an diyet müteayyen olmağın mâ hüve’l-vâki’ gibbe’t-taleb ketb olundu. Cemâziyelevvel 1047.”⁸⁷

D. TAZMİNAT MİKTARI

Kasten öldürmede uzlaşma bedeli diyetten fazla olabilir.

Taksirle öldürmede diyet 100 devedir. Kast/taksir kombinasyonu ile öldürmede ağırlaştırılmış diyettir (nitelikli 100 deve).

⁸⁶ Kur’an Yolu, II/90.

⁸⁷ Eyüp Mahkemesi 37 Numaralı Sicil, C:25, s.113, Hüküm: 89.

Yaralamada: Tazminat (erş) miktarı genelde meydana gelen zararın miktarına göre şahıstan şahsa bir değişiklik göstermemekte, objektif ve eşit bir uygulamayı sağlama amacıyla haksız fiilin yol açtığı yaralanma ve sakatlanma türlerine göre belirlenmiş bulunmaktadır. Fakat bazı yaralamalarda tazminatın miktarı bilirkişilerce belirlenebilir (hükûmet-i adl). Hastane ve tedavi masraflarının ödenip çekilen acı ve elemin tazmine konu olmaması da yine manevi zararların tazmin edilmemesi anlayışıyla ilgilidir. Ancak hâkim görüş bu olmakla birlikte çekilen acı ve elemin tazmin edileceğini söyleyen hukukçular da vardır. İmam Muhammed bunlar arasında yer alır.⁸⁸

Kazifte: İnsan onuruna yönelik haksız fiillerin meydana getirdiği zarar maddî olmadığı için mal ile tazmini cihetine gidilmemiş, burada uygun bir ceza ile yetinilmiştir.

İzale-i bîkr tazminatı mehr-i misildir.

VII. SONUÇ:

Suçtan doğan zararın tazmini ilk çağlardan beri üzerinde durulan bir konudur. Eski Çin’de diyetin uzlaşma yoluyla ödenmesi, Eski Hint’te tazminden esasen faili sorumlu olup faili meçhul hırsızlıkta sorumluluğun devlete geçmesi benimsenmiştir. Hammurabi kanunlarında faili meçhul hırsızlıkta beldenin sahibi olan kişi veya topluluk tazminden sorumlu tutulmuş, Hititlerde faili meçhul cinayette diyet mülkün sahibine, sahipsiz arazide öldürülmüşse en yakın yerleşim yerinin halkına ödettirilmiştir; üç mil mesafede yerleşim yeri yoksa tazmin imkanı kalmamıştır.

Eski Türklerde cesedin bulunduğu nahiye ahalisi diyeti ödemiş, cahiliye Araplarında ise faili meçhul cinayetlerde kasame usulüyle diyetin cesedin bulunduğu yerleşim yeri halkına ödettirilmesi yanında faili belli kasıtsız öldürmelerde akile deneni diyet dayanışma grubu devreye sokulmuştur.

İslam hukukunun birinci kaynağı olan Kur’an’da diyetten bahsedilir; ancak kimin tarafından ödeneceğine ilişkin bir düzenleme yer almaz.

⁸⁸ Aydın, M. Akif, “Haksız Fiil”, *DİA*, C:15, s.211.

Hız. Peygamber diyeti akıleye de ödetmiş, beytülmalde de ödemiştir; ancak suçtan doğan diğer zararların tazminine ilişkin kolektif sorumlulukla ilgili bir uygulamasına rastlanmamıştır.

İslam hukukunda kasten işlenen ve haksız fiil oluşturan suçlarda tazminden kural olarak fail sorumludur.

Taksirle ve kast/taksir kombinasyonu ile öldürmede failin kefarete yükümlülüğü de olduğu için yükünü hafifletmek için tazminat âkileye yüklenmiştir.

Âkile, Hız. Peygamber zamanında aşiret (akraba) sistemi esas alınarak oluşturmuş, sonraları meslek teşekkülleri bu fonksiyonu icra etmiştir.

Osmanlı ülkesinde âkile sisteminin olmadığına dair şeyhülislam fetvaları mevcuttur.

Faili meçhul cinayetlerde cesedin bulunduğu yerin mülkiyeti kime aitse tazminden o sorumlu tutulmuştur. Özel mülkse malik, başkası kullanıyorsa kullanan, bir yerleşim yerinin ortak kullanımında olan bir yere o yerleşim yerinin halkı tazminat öder. Devletin tasarrufu altında olan bir yerde bulunan cesedin tazminatı hazineden ödenir.

Kasamenin İstanbul'da uygulandığına ve uygulanmadığına dair belgeler vardır.

Faili meçhul hırsızlıkta da kurumsal tazmin kasame örneğinden hareketle uygulanmıştır.

Yaralamada mağdur, insan öldürmede suçtan zarar gören yakınlar (mirasçılar) tazminat alacaklıdır. Devlet, mirasçısı olmayanın mirasçısı olması hasebiyle kimsesiz cesetlerin tazminat alacaklıdır.

Kasten işlenen öldürme ve yaralamada uzlaşma bedelinin (tazminat miktarı) üst sınırı yoktur.

Taksirle öldürmede 100 deve (veya karşılığı), kast/taksir kombinasyonu ile öldürmede ağırlaştırılmış diyet (nitelikli 100 deve), yaralamada organ veya fonksiyon sayısına göre belirlenen uzuv diyeti (erş), organ veya fonksiyon kaybı yoksa bilirkişi tarafından belirlenecek hükümet-i adl denen tazminat ödenir. Çocuk düşürme tazminatı (gurre) diyetin yirmide biridir.

Bekaretin izalesinde mehr-i misil kadar tazminat gerekir.

Diğer suçlarda verilen zarar kadar tazmin borcu doğar.

KAYNAKLAR

Akdemir, Süleyman, Ceza Hukukunda Mağdurun Korunması Sosyal Gruplaşmaya Yönelik Yeni Bir Yaklaşım, İzmir, 1988.

Akman, Mehmet, Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004.

Akman, Mehmet, “Osmanlı Hukukunda Kasâme” *Türkler*, Ankara, 2002, C:XIII, s.789-794.

Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade (ö.1915): Dürerü'l-Hukkâm Şerh-i Mecelleti'l-Ahkâm, İst.1319, c. 1.

Ali Murat Yel-Mustafa Sabri Küçükaşçı, “Mahalle” *DİA*, C:27, s.323-327.

Alp, Sedat: “Hitit Kanunları Hakkında”, *AÜDTCFD*, C:V, S:5, Ank.1947, s.480

Arsal, S. Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, Ankara, 1941.

Aktan, Hamza, “Daman”, *DİA*, C:8, s.450-453.

Aybakan, Bilal, “Zarar”, *DİA*, C:44, s.130-134.

Aydın, M. Akif, “Haksız Fiil”, *DİA*, C:15, s. 210-211.

Bardakoğlu, Ali, “Garamet” *DİA*, C:13, s. 359-361.

Bardakoğlu, Ali, “Kasame” *DİA*, C:24, s. 528-530.

Bardakoğlu, Ali, “Ceza” *DİA*, C: 7, s. 470-478.

Bardakoğlu, Ali, “Diyet” *DİA*, C: 9, s. 473-479.

Bilmen, Ö. Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İst.1971, III/187, No:528.

Cesare Beccaria, Suçlar ve Cezalar Hakkında (Çev. Sami Selçuk), İstanbul, 2004.

Dağcı, Şamil, “Kıyas” *DİA*, C: 25, s. 490.

Dalgın, Nihat, “Sigorta”, *DİA*, C:37, s.159-164.

Dönmezer, Sulhi, “Devlet ve Suç Mağduru İlişkisi” *Onar Armağanı*, İstanbul, 1977, s.180.

Ekinci, E. Buğra, Hukukun Serüveni, İstanbul, 2011.

Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1997.

Feyzullah Efendi (ö.1703), Fetava-yı Feyziyye, (Haz: Süleyman Kaya) İstanbul, 2009, No: 2672.

Galanti, Avram, Hammurabi Kanunu, İstanbul, 1925.

Heyd, Uriel, Studies in Old Ottoman Criminal Law, Oxford, 1973, s.76.

Hamza, “Âkile”, *DİA*, C:2, s. 248-249.

Hamidullah, Muhammed, İslâm’a Giriş, s. 201-203, No:362-363

İbn Kudâme, Ebu Muhammed Abdullah b. Ahmed (ö.1223): el-Muğni, Kahire, Ty. VII/764-770.

İsmail KIVRIM, “Osmanlı Mahallesinde Gündelik Hayat (17. Yüzyılda Gaziantep Örneği)”, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 2009, 8(1), s. 231-253.

Kasani, Alaeddin Ebubekir b. Mes’ud (ö.1191), Bedâiu’s-Sanâi fi Tertibi’ş-Şerai’, Mısır, 1327, II/270; IV/140.

Karaman, Hayrettin-Çağrı, Mustafa-Dönmez, İ. Kafi-Gümüş, Sadrettin, Kur’an Yolu Türkçe Meal ve Tefsir, DİB Yayını, Ank.2003-2004, II/90.

Kozak, İ. Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Ankara, 2011.

Okandan, R. Galip, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul, 1951.

Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2014.

Özen Şükrü, “Vela”, *DİA*, C:43, s.11-15.

Özbek, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ank.1997, s.5.

Reddü’l-Muhtâr, İst.1984, V/400.

ŞAFAK, Ali, “Erş” *DİA*, C:11, s. 307-308.

Schacht, Joseph, İslâm Hukukuna Giriş, (Çev. M. Dağ-A. Şener), Ankara, 1986.

Seydişehri, Mahmud Esad, Tarih-i İlm-i Hukuk (Haz. Fethi Gedikli vd.) Ankara, 2012.

Udeh, Abdülkadir, et-Teşrîu’l-Cinâiyyi’l-İslâmi Mukarinen bi’l-Kanunî’l-Vad’i, Beyrut, Ty. I, No:472

Üçok, Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-II, s.381

Üsrüşeni, Muhammed b. Mahmud b. Hüseyin (ö.1234): Ahkamu's-Sığar, (Çev: İ. Canan) İst.1984, s.171, No:571.

Yazır, M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul, Ty. II/1419

Yenişehirli Abdullah Efendi (ö.1743), Behcetü'l-Fetava, İstanbul, 1266, No:3216.

Yılmaz, Reha-Demir, Abdullah, Umumi Hukuk Tarihi, Gaziantep, 2012.

Zöhrap, Kirkor, Hukuk-1 Ceza, İstanbul, 1325.

**5678 SAYILI KANUNLA GERÇEKLEŞTİRİLEN
ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ SONRASI
CUMHURBAŞKANI'NIN SEÇİMİ VE DEMOKRATİK
SEÇİMİN GENEL İLKELERİ**

Arş. Gör. Sileyman Emre ZORLU*

**AFTER CONSTITUTIONAL AMENDMENT WITH LAW
NO: 5678 PRESIDENT SELECTION AND GENERAL
PRINCIPLES OF DEMOCRATIC ELECTION**

ÖZET

Cumhurbaşkanı 2014 yılında Türkiye Cumhuriyeti'nde ilk defa halk tarafından seçilmiştir. Daha önceki Cumhurbaşkanları millet iradesinin dolaylı yolla temsili ile milletin vekilleri tarafından seçilmişlerdir. Her ne kadar dolaylı temsil yolu ile Cumhurbaşkanlığı seçiminde halk iradesini kullanmıştır denilse de, ne yazık ki siyasi güç odakları ve seçim dönemindeki güç dengeleri de seçim süreçlerine dâhil olmuşlar ve halkın iradesi ikinci planda kalmıştır.

Ülkemizde 31.05.2007 tarihli 5678 sayılı Kanunla yapılan değişikliğe kadar, Cumhurbaşkanı meclis tarafından bir defa için yedi yıllığına seçilmekteydi. Ancak 2007 de yapılan değişiklikle

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi İletişim: s.emrezorlu@hotmail.com

Cumhurbaşkanı halk tarafından en fazla iki defa 5 yıllığına seçilmesi kararlaştırılmıştır. Ayrıca seçim süreci, aday olunmaya ilişkin şartlar ve seçim yönteminde ciddi değişiklikler olmuştur.

Bu çalışmada birbirinden farklı olan bu seçim düzenleri ve aralarındaki farkları açıklamakla beraber, Cumhurbaşkanlığı seçimine hakim olan ilkeleri de açıklamaya çalışacağız.

ANAHTAR KELİMELER: *Cumhurbaşkanı, Demokratik Seçim İlkeleri, Cumhurbaşkanı'nın Seçimi, Cumhurbaşkanı'nın Halk Tarafından Seçilmesi, Cumhurbaşkanı Adayının Nitelikleri*

ABSTRACT

President of the Republic of Turkey was elected by the people for the first time in 2014. Previous presidents of the republic, with indirect ways of representing the nation will have been selected by the nation's representatives. Although by way of indirect representation in the presidential election have used the will of the people, unfortunately, the balance of power in the election period, and have been included in the electoral process and the will of the people remained in the background.

The Republic of Turkey in 2007 until the changes to the Constitution, the President was elected by parliament once for seven years. However, amendments to the Constitution in 2007 president it was decided to select a maximum of two terms of 5 years by the people. In addition, the selection process, the conditions for a candidate, the election process and was in serious changes.

In this study, this selection scheme which is different from each other and their differences and principles which dominates the presidential election will be explained.

KEYWORDS: *President of the Republic, Principles of Democratic Elections, President Election, President elected by the People, Qualifications of Presidential Candidates.*

GİRİŞ

Türkiye Cumhuriyeti'nde 2014 yılında ilk defa Cumhurbaşkanı halk tarafından seçilmiştir. Daha önceki devlet başkanları millet

iradesinin dolaylı yolla temsili ile Millet'in vekilleri tarafından seçilmişlerdir.

2007'de Anayasada yapılan değişikliğe kadar Cumhurbaşkanı meclis tarafından bir defa için yedi yıllığına seçilmekteydi. Gerçekten de Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulması ile birlikte Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından seçilmesi Anayasalarımızda en başından beri getirilmiş ve korunmuş bir kuraldır. Ancak 2007'de yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanı halk tarafından en fazla iki defa 5 yıllığına seçilmesi kararlaştırılmıştır. 10 Ağustos 2014 tarihinde 2007'de yapılan Anayasa değişikliğine uygun olarak ülkemizde ilk defa devlet başkanı doğrudan halk tarafından belirlenmiştir. 10 Ağustos 2014 yılında yapılan seçim ile Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde ve dahi Türk Anayasa Tarihi'nde ilk defa devlet başkanı doğrudan halk tarafından belirlenmiştir. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi başta hükümet sistemi olmak üzere tartışmalara neden olmuştur. Cumhurbaşkanı'nı belirleme yetkisinin el değiştirmesi, basit bir usul değişikliği değildir. Doğrudan hükümet sistemini belirleyen unsurlara etki eden bir değişikliktir.

2007 yılında yapılan Anayasa değişikliği, sadece Cumhurbaşkanı'nı seçme yetkisi ile ilgili değildir. Ayrıca seçim süreci aday olunmaya ilişkin şartlar ve seçim yönteminde de ciddi değişiklikler olmuştur.

Bu çalışmada birbirinden farklı olan bu seçim düzenleri ve aralarındaki farkları açıklamakla beraber Cumhurbaşkanlığı seçimine hakim olan ilkeleri de açıklamaya çalışacağız. Çalışma boyunca yeri geldikçe diğer ülkelerden benzer uygulamalara da yer verilmiştir.

Ş1.CUMHURBAŞKANI

Her Cumhuriyette "devlet başkanı (*head of state, chef d'Etat*)" değişik şekillerde adlandırılmaktadır. Örneğin Almanya ve Avusturya'da "Federasyon Başkanı (*Bundespräsident*)", Finlandiya, Fransa, İtalya, İzlanda, Portekiz, Türkiye ve Yunanistan'da "Cumhurbaşkanı (*President of the Republic, Président de la République*)", İsrail'de "Devlet Başkanı (*President of the State*)", Amerika Birleşik Devletlerinde sadece "başkan (*President*)" ve keza İrlanda'da "başkan (*President, Uachtan na*

Eireann)”, Avustralya’da ise “Genel Vali (*Governor-General*)” denilmektedir¹.

Cumhurbaşkanı devletin başını temsil eder. Bu itibarla Cumhurbaşkanı Türkiye Cumhuriyeti’ni ve Türk Milleti’nin birliğini temsil etmektedir. Cumhurbaşkanı klasik parlamenter sistemlerde sembolik yetkilerle donatılmıştır². 1982 Anayasası adeta Cumhurbaşkanına devleti çekip çevirme yetkileri vermiştir. Anayasanın uygulanmasını, devlet organlarının düzenli ve uyumlu çalışmasını gözetir³. Anayasamıza göre yürütme yetkisi ve görevi Cumhurbaşkanı ve bakanlar kuruluna aittir. Yürütme yetkisi ve görevi Anayasaya ve kanunlara uygun olarak kullanılır ve yerine getirilir⁴. Buna göre yürütme organı, Cumhurbaşkanı ve bakanlar kurulundan oluşan düalist (ikili) bir yapıya sahiptir. Bir tarafta Cumhurbaşkanı diğer tarafta ise bakanlar kurulu bulunmaktadır⁵.

I-Cumhurbaşkanı Seçilme Yeterliliği

Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliği Anayasamızın 101. maddesinde düzenlenmiştir. 101. maddeye göre “*Cumhurbaşkanı, kırk yaşını doldurmuş ve yüksek öğrenim yapmış Türkiye Büyük Millet Meclisi*

¹ GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanı’nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, **Terazi: Aylık Hukuk Dergisi**, 2. yıl, 9. Sayı, Mayıs 2007, s. 19.

² “*Cumhurbaşkanı esas itibariyle teknik idare organının dışında kalır ve devletin yürütme organının sorumsuz kanadını oluşturur Ama bazı yönleriyle idare işlevine giren konularla da yakından ilgilidir.*”; YILDIRIM, Ramazan, **Türk İdari Rejimi Dersleri**, Konya, 2014, c. 1, s. 43; GÖZLER, Kemal, **İdare Hukuku Dersleri**, Bursa, 2006, s. 115.

³ TUNÇ, Hasan-BİLİR, Faruk, **Anayasa Hukuku Uygulamaları**, Ankara, 2002, s. 35; YILDIRIM, Ramazan, **Türk İdari Rejimi Dersleri**, c. 1, s. 43; ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail, **Anayasa Hukuku İdare Hukuku**, İstanbul, 2012, s. 128; ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasa Hukuku**, Ankara, 2011, s. 281.

⁴ ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2004, s. 306.

⁵ ATAR, Yavuz, **Türk Anayasa Hukuku**, Konya, 2011, s. 255; TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 2011, s. 193.

üyeleri veya bu niteliklere ve milletvekili seçilme yeterliğine sahip Türk vatandaşları arasından, halk tarafından seçilir” denmektedir. Cumhurbaşkanı'nın seçilme yeterliliği şunlardır.

A) Türk Vatandaşlığı

Cumhurbaşkanı olmak için gereken şartlardan birisi Türk vatandaşlığına sahip olmaktır⁶. Çifte vatandaşlık durumu Cumhurbaşkanı seçilmeye engel değildir. Bu konuda farklı bir görüşe rastlanmamaktadır. Vatandaşlığın sonradan kaybı durumunda ise Cumhurbaşkanı sıfatının kaybı sonucunu doğurup doğurmayacağı tartışmalıdır. Gözler, böylesi bir duruma milletvekili seçilme yeterliliği ile ilgili yapılan tartışmalar ışığında bakılabileceğini belirtmiştir⁷. Gözler, aynı zamanda, vatandaşlığın sonradan kaybı durumunda ne milletvekilliğinin ne de Cumhurbaşkanlığı sıfatının kaybının söz konusu olmadığını zira milletvekilliğinin düşmesi sebepleri arasında Türk vatandaşlığının kaybının söz konusu olmadığını belirtmiştir. Prof. Dr. Erdal Onar ise, Anayasanın 76. maddesinde milletvekilliği için Türk vatandaşı olmanın şart koşulduğunu, bu niteliğin milletvekilliği süresince korunması gerektiğini, bu itibarla Türk vatandaşı olan bir milletvekilinin, vatandaşlığı kaybetmesi halinde, milletvekilliğinin düşmesi gerektiğini belirtmiştir⁸.

Ülkemizde durum bu halde olmakla beraber demokratik rejimle yönetilen ülkelerin bazılarında, cumhurbaşkanı, devlet başkanı veya başkan seçilebilmek için, sadece vatandaşlık şartı yeterli olmamakta, aynı zamanda vatandaşlığı doğumla kazanmış olmayı şart olarak aramaktadır.

⁶ TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 195; AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, **Türk İdare Hukuku**, İstanbul, 2012, s. 236; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 128; KALABALIK, Halil, **Kısa İdare Hukuku**, KONYA, 2014, s. 32; GÜRBÜZ, Reşit, **İdare Hukuku**, Ankara, 2011, s. 54; KALABALIK, Halil, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, Konya, 2011, s. 298; ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, s. 280; GÜNDAY, Metin, **İdare Hukuku**, Ankara, 2013, s. 405.

⁷ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s. 482.

⁸ ONAR, Erdal, 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi, **Anayasa Yargısı**, Ankara, 1997, c. 14, s. 459; GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s. 308.

Örneğin Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'na göre (m.2, b.1, f.5)⁹, bir kimsenin başkan olarak seçilebilmesi için, doğuştan Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olması gerekmektedir. Dolayısıyla ABD vatandaşlığını sonradan kazananlar başkanlık seçimlerinde başkan olarak aday olamazlar. Amerikan Başkanı Barack Obama'nın Amerika'da doğmadığı dolayısı ile başkan adayı olamayacağı şeklinde haberler çıkmış, Obama ise hakkında çıkan haberlere belge ile yanıt vermiş ve Amerika sınırları içerisinde yer alan Hawaii'de doğduğunu ispatlamıştır¹⁰. Finlandiya'da da, ancak doğuştan Finlandiya vatandaşı olanlar Cumhurbaşkanı seçilebilmektedirler (1999 Finlandiya Anayasası, m.54). Yani Finlandiya vatandaşlığını sonradan kazananlar Cumhurbaşkanlığına aday olamazlar. Yunan Anayasası ise, Cumhurbaşkanlığına aday olabilmek için "baba hattından Yunan neslinden olmak (be of Greek descendance from the father's line)" ve "en az beş yıllık Yunan vatandaşı olmak" şartlarını aramaktadır (1975 Yunan Anayasası, m.31). Portekiz'de ise ancak "köken itibarıyla Portekiz (Portuguese by origin)" olanlar Cumhurbaşkanı seçilebilirler (1976 Portekiz Anayasası, m.125). İsrail'de Cumhurbaşkanı seçilebilmek için İsrail vatandaşı olmak gerekir¹¹.

B) Kırk Yaşını Doldurmuş Olmak

Kişinin Cumhurbaşkanı olarak seçilebilmesi için kişinin kırk yaşını doldurmuş olması gerekmektedir¹². Bu şekilde bir şart

⁹ Doğuştan, veya bu Anayasa'nın kabulü sırasında Birleşik Devletler vatandaşı olanların dışında hiç kimse Başkanlığa seçilme niteliğine sahip olmayacaktır; otuz beş yaşına basmamış ve 14 yıldır Birleşik Devletlerde ikamet etmekte olmayan bir kişi de bu göreve aday olamayacaktır.

¹⁰ <http://www.cnnturk.com/2011/dunya/04/28/abd.baskani.obama.nerede.dogdu/614782.0/index.html>, 13.11.2011, 13:47.

¹¹ GÖZLER, Kemal, "Cumhurbaşkanı'nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi", **Terazi: Aylık Hukuk Dergisi**, 2. yıl, S. 9, 2007, s. 19.

¹² TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 195; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 236; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 128; YILDIRIM, s. 44; KALABALIK, **Kısa İdare Hukuku**, s. 31; GÜRBÜZ, s. 54;

getirilmesinden amaçlanan Cumhurbaşkanlığı gibi tüm millet ve devleti temsil edecek kişinin belli bir olgunlukta olmasını sağlamaktır. Kırk yaşına girmiş olmak yeterli değildir, kırk yaşının bitirilip kırkbir yaşından gün almış olmak gerekmektedir¹³. Bu tür düzenlemeler başka ülkelerin kanunlarında da göze çarpmaktadır. 1929 Avusturya Anayasası (m.60/3), 1937 İrlanda Anayasası (m.12/4-1), 1944 İzlanda Anayasası (m.4), 1976 Portekiz Anayasası (m.125), 35 yaşını doldurmuş olmayı; 1949 Alman Anayasası (m.54/4), 1975 Yunan Anayasası (m.31) ve 1982 Türk Anayasası (m.102), 40 yaşını doldurmuş olmayı, 1947 İtalyan Anayasası (m.84) ise 50 yaşını doldurmuş olmayı aramaktadır. 1999 Finlandiya Anayasası, 1958 Fransız Anayasası ve 1964 tarihli Devlet Başkanı Hakkında İsrail Temel Kanunu, Cumhurbaşkanı olmak için minimum bir yaş şartı aramamaktadır. Bu ülkelerde, genel olarak seçilme ve kamu görevine atanma yeterliliği için gerekli olan minimum yaş, aynı zamanda Cumhurbaşkanı seçilme yeterliliği için de gereken yaştır. Örneğin Fransa’da genel olarak seçilebilme yeterliliği için öngörülen yaş Seçim Kanununa göre 23 olduğuna göre, Fransa’da 23 yaşını doldurmuş herkes Cumhurbaşkanlığı seçimlerine aday olabilir¹⁴.

C) Yüksek Öğrenim Şartı

Cumhurbaşkanı seçilebilmek için gereken bir diğer şartta yükseköğrenim yapmış olmaktır¹⁵. Buna göre ilköğretim ve lise mezunları Cumhurbaşkanı olamamaktadır. Burada meslek yüksek okulu mezunlarının veya dört yıllık bir fakültenin ilk iki yılını tamamlayıp, ön lisans diploması alıp, ayrılan kimselerin Cumhurbaşkanı olup olamayacakları akla gelen sorulardan birisidir. Yükseköğretimin ne

KALABALIK, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, s. 298; GÜNDAY, s. 405.

¹³ GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, Bursa, 2000, s. 482.

¹⁴ GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanı’nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, s. 20.

¹⁵ TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 195; YILDIRIM, s. 44; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 236; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 128; KALABALIK, **Kısa İdare Hukuku**, s. 31; GÜRBÜZ, s. 54; KALABALIK, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, s. 298.

manaya geldiğini 2547 sayılı yükseköğretim kanunu belirlemektedir. Yükseköğretim kanunu yüksek öğretimin ön lisans, lisans, yüksek lisans ve doktora aşamalarına ayırarak düzenlemektedir. Buna göre iki yıllık program bitirip ön lisans diploması almış kimseleri de yüksek öğrenim yapmış olarak addetmek gerekmektedir. Anayasa, yalnızca yüksek öğrenimden bahsetmekte, ancak lisans öğreniminden bahsetmemektedir. Türk Silahlı Kuvvetlerine bağlı harp okulları, akademileri, emniyet teşkilatına bağlı polis akademisi mezunlarını da “yüksek öğrenim yapmış kişi” olarak kabul etmek gerekmektedir. Nitekim bu kurumlar da Anayasanın 132. maddesine göre birer yüksek öğretim kurumudur¹⁶.

Batı demokrasilerinde bu türlü bir şart öngören başka bir Anayasaya rastlanmamaktadır¹⁷. Bu şart ilk olarak 1961 Anayasası ile Hukuk düzenimize girmiştir¹⁸. Gözler, Anayasamıza bu çeşit bir düzenlemenin girmesinin sebebi olarak o dönemde bazı çevrelerin Celal Bayar’a duyduğu tepkiden kaynaklandığını belirtmektedir. Gözlere göre bu türlü bir şart demokratik devlet düzeninin gerekleriyle bağdaşmamaktadır. Bu şartın seçilme hakkının demokrasi ile bağdaşmaz aşırı bir sınırlandırılma niteliği arz ettiğini, ilkökul, ortaokul ve lise mezunlarının Cumhurbaşkanlığı görevini yapamayacakları, üniversite mezunlarının bu görevi daha iyi yapabilecekleri iddiası, ispatı mümkün bir iddia olmadığını belirtmektedir¹⁹. Gerçekten de 1961 darbe Anayasası ile Anayasamıza getirilen bu şart belki günümüz için çok gerekli olabilir ancak Türkiye’nin 1960’lı yılları ele alındığında yükseköğretim yapanların ne denli az olduğu hesaba katılırsa, bu durumun ne kadar büyük bir tezat teşkil ettiği anlaşılacaktır²⁰. Nitekim o dönemde darbeyi

¹⁶ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 483.

¹⁷ GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanı’nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, s. 22.

¹⁸ TAVAŞ, İbrahim Halil, Türk Anayasalarında Cumhurbaşkanı Seçimi, **Yasama Dergisi**, Ankara, Haziran, 2007, S. 5, s.28.

¹⁹ GÖZLER, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 484.

²⁰ “Bilindiği gibi ülkemizde Başbakanın ve Bakanların üniversite mezunu olması şart değildir. Ülkeyi yönetme yeteneği ile öğrenim durumu arasında bir ilgi gerçekten varsa, bu öğrenim şartını, sadece Cumhurbaşkanı için değil, başbakan, bakanlar ve milletvekilleri için de aramak gerekir. Keza

gerçekleştirenlerin Celal Bayar'ın yeniden Cumhurbaşkanı seçilmesini engellemek ve küçük düşürmek için bu türlü bir düzenlemeye gittikleri düşünülebilir.

D) Milletvekili Olmak veya Milletvekili Seçilme Yeterliliğine Sahip Olmak

Anayasa'nın 101. maddesinde Cumhurbaşkanı seçilebilmek için milletvekili veya milletvekili seçilme yeterliliğine sahip olmak gerektiği belirtilmektedir²¹. 1961 Anayasasına göre TBMM dışından birisinin Cumhurbaşkanı seçilebilmesi mümkün değildi. Ancak 1982 Anayasası ile meclis dışından kişilerde Cumhurbaşkanı olarak seçilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bir kişinin milletvekili seçilebilmesi için gerekli şartlar Anayasanın 76. maddesinde belirtilmektedir. Anayasanın 76. maddesine göre "Yirmibeş yaşını dolduran her Türk milletvekili seçilebilir. En az ilkokul mezunu olmayanlar,²² kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilâs, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, terör eylemlerine katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.

öğrenim ile devlet yöneticiliği arasında doğru bir orantı varsa, Cumhurbaşkanı ve Başbakan bakan adaylarından lisans diploması değil yüksek lisans ve doktora diploması da istenmelidir. Her halükarda bu düşünceler anti demokratik düşüncelerden esinlenmektedir." GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 484.

²¹ TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 195; AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s. 236; ODYAKMAZ/KAYMAK/ERCAN, s. 128; KALABALIK, **Kısa İdare Hukuku** s. 31; GÜRBÜZ, s. 54; KALABALIK, **İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları**, s. 298; GÜNDAY, s. 405.

²² "1982 Anayasası, 1924 ve 1961 Anayasalarından farklı olarak milletvekili seçilebilmek için en az ilkokul mezunu olmayı öngörmüştür. 1924 ve 1961 Anayasaları ise milletvekili seçilebilmek için okuma-yazma bilme şartını aramışlardır." BİLİR, Faruk, **Türkiye'de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi**, Ankara, 2001, s. 36.

Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yükseköğretim Kurulu Üyeleri, kamu kurum ve kuruluşlarının memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri ve silahlı kuvvetler mensupları, görevlerinden çekilmedikçe, aday olamazlar ve milletvekili seçilemezler.”

Toplam bir yıl veya daha fazla hapis cezasıyla mahkumiyetin, milletvekili seçilme yeterliliğinin ortadan kalkması için yeterli olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle önemsiz denebilecek bir veya birden çok suçtan mahkum olma durumunda milletvekili seçilme yeterliliği ortadan kalkacaktır. Ayrıca ilgili kişinin affa uğramış olması halinde dahi seçilme yeterliliği geri gelmeyecektir²³.

Aynı şekilde demokratik sistemi benimsemiş bazı devletler, Cumhurbaşkanı seçilebilmek için milletvekili seçilebilme şartlarına haiz olmayı aramaktadır. Örneğin Almanya’da, Avusturya’da, İzlanda’da ve Yunanistan’da Cumhurbaşkanı adayını parlamento seçimlerinde oy kullanma hakkına sahip bir kişi olmalıdır (1949 Alman Anayasası, m.54/1; 1929 Avusturya Anayasası, m.60/3; 1944 İzlanda Anayasası, m.4, 1975 Yunan Anayasası, m.31). Portekiz’de ise seçilme yeterliliğine sahip olmalıdır (1976 Portekiz Anayasası, m.125)²⁴.

E) İki defa Fazla Cumhurbaşkanlığı Yapmamış Olmak

1982 Anayasası ilk hali ile bir kişinin tekrar Cumhurbaşkanı seçilmesini engellemekteydi. Bir kişi ancak bir defa Cumhurbaşkanlığı görevini yapabilecektir. Bir kimse hiçbir şekilde ikinci defa Cumhurbaşkanı olarak seçilemiyordu. Ancak 5678 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile, Anayasanın 101. maddesi değiştirilmiş, ve “Bir kimse en fazla iki defa Cumhurbaşkanı seçilebilir” şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle hem bir kimsenin iki defa Cumhurbaşkanı olarak

²³ ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, s. 269.

²⁴ GÖZLER, Kemal, “Cumhurbaşkanı’nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, s. 20.

seçilebilmesinin önü açılmış, hem de bir defaya mahsus art arda Cumhurbaşkanı olabilme hakkı tanınmıştır²⁵.

II- Teklif Edilmeye İlişkin Şartlar

5678 sayılı kanunla Anayasanın 101. maddesi değiştirilmezden evvel Cumhurbaşkanlığına milletvekilleri re'sen aday olabilirken, T.B.M.M. dışarısından adaylık T.B.M.M. üye tamsayısının en az beşte birinin (110 milletvekili) yazılı önerisi şartına bağlanmıştı. Meclis içerisinden veya dışarısından aday olan adayların adaylık süreçleri dışında seçim süreci bakımından herhangi bir farklılık bulunmamaktadır²⁶.

5678 sayılı kanunla Anayasanın 101. maddesinde yapılan değişiklikle Cumhurbaşkanlığına aday olacak kişinin, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri içinden olması veya Meclis dışından aday gösterilebilmesi için, yirmi milletvekilinin yazılı teklifi şartı getirilmiştir. Ayrıca, en son yapılan milletvekili genel seçimlerinde geçerli oylar toplamı birlikte hesaplandığında yüzde onu geçen siyasî partiler ortak aday gösterebilir. Böylece adaylık yöntemi tamamen değiştirilmiştir²⁷.

III- Seçme Yetkisi

Demokratik ülkelerde Cumhurbaşkanı, ya doğrudan halk tarafından seçilmekte, ya da parlamento tarafından seçilmektedir. Cumhurbaşkanı demokratik sistemle yönetilen kimi devletlerde halk tarafından seçilse de, çoğunlukla kabul gören uygulama, Cumhurbaşkanlarının parlamento tarafından seçilmesidir. Örneğin Fransa'da, halk tarafından 7 yıl için, A/m.6²⁸; İrlanda'da, halk tarafından yedi yıl için, A/m. 12; Portekiz'de, halk tarafından beş yıl için, A/m. 124; seçilmektedir. Öte yandan, Cumhurbaşkanlarının ulusal meclisler

²⁵ TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 195; TAVAŞ, s. 30; KÖKSAL, Gökhan, 1989–2007 Dönemi Cumhurbaşkanlığı Seçim Süreçleri Ve 1982 Anayasasında Yapılan Değişikliklerin Cumhurbaşkanının Yetkileri Üzerindeki Etkisi, **Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi**,(Danışman: Ali Acar) Konya, 2009, s. 43;GÜNDAY, s. 406.

²⁶ ATAR, s. 256-257.

²⁷ KÖKSAL, s. 44.

²⁸ ÖZER, Atilla, **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Ankara, 2009, s. 143.

tarafından seçilmeleri daha yaygın bir uygulamadır. (Yunanistan'da, Meclis tarafından, 5 yıl için A/m.30; Almanya'da, Parlamento tarafından beş yıl için A/m.54; İtalya'da, Parlamento tarafından yedi yıl için, A/85 seçilirler. Bu ülkelerde yasama dönemleri, Yunanistan'da 4 yıl(A/m53); İtalya'da 5yıl (A/m.60); Almanya'da 4 yıl (1949 tarihli Anayasa m.39) dir²⁹.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kurulması ile birlikte Cumhurbaşkanı'nın TBMM tarafından seçilmesi Anayasalarımızda en başından beri getirilmiş ve korunmuş bir kuraldır. Türkiye Büyük Millet Meclisi ibaresinden anlaşılması gereken Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'dur. "Genel Kurul" ibaresi 1924 Anayasası'nda açıkça yer aldığı halde 1961 ve 1982 Anayasalarında mevcut değildir. Amaçsal yorum şeklinde mesele ele alındığında, Türkiye Büyük Millet Meclisinden kastedilenin Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu olduğu açıktır. Gerçekten de 1961 Anayasası döneminde uygulanmış olan çift meclis sisteminde kural, bu şekilde uygulanmıştır. O dönemde parlamentonun her iki kanadı birbirlerinden bağımsız çalışmasına rağmen, Anayasanın açıkça gösterdiği istisnai hallerden biri olan Cumhurbaşkanlığı seçimi birleşik toplantıda yapılmıştır³⁰.

Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi 1924, 1961 ve 1982 Anayasalarının hazırlanış aşamasında tartışma konusu olmuşsa da, bu usul kurucu meclislerce kabul görmemiştir³¹.

Cumhurbaşkanı'nı halkın seçmesi Turgut Özal ve Süleyman Demirel'in başbakan oldukları dönemlerde ayrı ayrı gündeme gelmiş, ancak Anayasa değişikliği süreçleri siyasi tartışmaların gölgesinde kalmıştır. Ancak 5678 sayılı kanunun 4. maddesi ile değiştirilen 101. madde ile, Cumhurbaşkanı'nın Halk tarafından seçilmesi düzenlenmiştir.

²⁹ EFENDİOĞLU, Yılmaz, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı, **TBB Dergisi**, 2011, S. 94, s.343.

³⁰ TAVAŞ, s. 33.

³¹ TANÖR, Bülent-YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, **Türk Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 302; EFENDİOĞLU, Yılmaz, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanının Yürütme İçerisindeki Yeri, seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı, s.342.

Böylece Anayasalarda başından beridir seçici organ olarak düzenlenen T.B.M.M.'den bu yetki alınarak Halka verilmiştir³². Cumhurbaşkanı'nı seçme yetkisi sadece basit bir usul sorunundan çok daha fazlasıdır. Doğrudan hükümet sisteminin niteliğini etkileyen bir husustur³³. Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilmesi, demokratik seçim ilkelerine daha uygundur ancak parlamenter hükümet sistemin mantığına uygun değildir³⁴.

Mevcut hükümet sistemimiz ele alındığında, Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu yetkilerle beraber halk tarafından seçilmesi hükümet sistemimizi yarı başkanlık sistemine³⁵ yaklaştırmıştır, parlamenter sistemden ise uzaklaştırmıştır³⁶. Ülkemizde son günlerde yoğun bir Başkanlık sistemi tartışması vardır.

Dünyada uygulanagelen hükümet sistemlerine bakacak olursak, dört tip modelin baskın olduğu görülmektedir. Bunlar başkanlık sistemi, yarı başkanlık sistemi, parlamenter sistem ve meclis hükümeti sistemidir³⁷.

Başkanlık sistemini ifade eden tek bir tanım yoktur³⁸. Başkanlık sisteminden ziyade, başkanlık sistemleri vardır. Parlamenter sistemin tek

³² BİLİR, Faruk, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 194.

³³ Ayrıntılı Bilgi için bkz. BİLİR, Faruk, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, Ankara, 2012, s. 185-190.

³⁴ BİLİR, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 188.

³⁵ Ayrıntılı Bilg. için bkz. SARTORİ, Giovanni, **Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği**, (Çev: Ergun Özbudun), Ankara, 1997, s. 173-177.

³⁶ Avusturya, İzlanda örneklerinde olduğu gibi, yetkileri sınırlı olan bir Cumhurbaşkanı'nın halk tarafından seçilecek olması parlamenter sistem açısından sıkıntı oluşturmayacaktır., BİLİR, Faruk, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 205.

³⁷ RAKİPOĞLU, Mehmet, Parlamenter Sistem – Başkanlık Sistemi Karşılaştırması ve Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Seçimi, web adresi: <http://academidea.com/parlamenter-sistem-baskanlik-sistemi-karsilastirmasi-ve-turkiyede-cumhurbaskanligi-secimi/>.

³⁸ ULUŞAHİN, Nur, **Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi**, Ankara, 1999, s. 225; BİLİR, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 188; BİLİR, **100 Soruda Başkanlık Sistemi**, Ankara, 2015, s. 22.

bir uygulanış biçimi olmadığı gibi, başkanlık sisteminin de tek bir uygulanış şekli yoktur. Latin Amerika'da başkanlık sistemi farklı uygulanır iken, ABD'de farklı bir biçimde uygulanır³⁹.

Başkanlık sisteminin olumlu yanları olduğu gibi, olumsuz yanları da vardır. Başkanlık sisteminde yönetimde etkinlik ön plandadır⁴⁰. Parlamenter sistemdeki çift başlılık sorununun olmaması sebebiyle siyasi istikrar sağlanır. Koalisyon olamadığından siyasi krizlerle sıkça karşılaşılmaz. Başkanlık sisteminin esasını oluşturan güçler ayrılığı prensibi ile uzmanlaşma kolaylaşır ve yönetim daha etkin bir hareket kabiliyetine sahiptir. Başa gelen hükümet programını uygulayabilecek, olumlu veya olumsuz sonuçları anlaşılabilir. Ayrıca yürütmenin tek kişiden müteşekkil olması, krizlerde ve acil durumlarda hızlı müdahaleyi sağlayacaktır⁴¹.

Başkanlık sistemi esasen Türk Milleti'nin yabancı olmadığı bir husustur. Eski Türk devletlerinden Osmanlı Devleti'ne kadar tek başlı yönetim uygulanmıştır. Hatta devlet başkanı kimi zaman halk tarafından seçim ile iş başına getirilmiştir. Osmanlı ve Selçuklularda İslam Hukuku⁴² uygulanmış, İslam hukukuna göre ise devlet başkanının seçimle iş başına gelmesi gerektiği icma ile sabit olmuştur⁴³. Olması

³⁹ BİLİR, 100 Soruda Başkanlık Sistemi, s. 22.

⁴⁰ MEMİŞ, Hasan Hüseyin, **Hükümet Sistemleri**, Ankara, 2007, s. 162; RAKİPOĞLU, Parlamenter Sistem – Başkanlık Sistemi Karşılaştırması ve Türkiye'de Cumhurbaşkanlığı Seçimi, web adresi: <http://academidea.com/parlamenter-sistem-baskanlik-sistemi-karsilastirmasi-ve-turkiyede-cumhurbaskanligi-secimi/>.

⁴¹ YANIK, Murat, **Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği**, İstanbul, 1997, s. 129-130.

⁴² “Hazret-i Peygamber ve Sahâbe-i kiram devrinde, fıkıh, tedvin edilmiş bir ilmin adı değildi. Bu devirde fıkıh kelimesi, ilim kelimesine benzer şekilde, Kur'an-ı kerîm ve Stinnet-i nebevinin hükümlerini derinlemesine kayrayıp anlamak mânâsına kullanılmış; sonradan münhasıran İslâm hukukunun adı olmuştur.”; EKİNCİ, Ekrem, Buğra, **İslam Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 16.

⁴³ “Hz. Peygamber'in vefatının ardından Benî Saide gölgeğinde toplanan bir grup Ensar ve Muhacir, müzakereler sonucu halife olarak Hz. Ebubekir'i seçmişlerdir. Oradaki müslümanların biatını alan Hz. Ebubekir

gereken bu şekil olmasına rağmen, bu usul tarihimizde pek uygulama alanı bulmamıştır. Ancak devlet başkanının seçimle iş başına gelmesi, Osman Gazi'nin iş başına gelmesi gibi zaman zaman uygulama alanı bulmuş ve Müslüman Türk halkının meşruiyet inancıyla da uyumsuzluk göstermemiştir⁴⁴.

Başkanlık sisteminin olumsuz yanları da vardır. Parlamento, yasama faaliyetlerine, güçler ayrılığı prensibi gereği hakim olduğu için, başkan istediği kanunları elde edememektedir. Bu nedenle başkan programını uygulamakta güçlük çekmektedir. Örneğin ABD Başkanı Obama'nın, 2016 mali yıla ilişkin bütçe planı meclis tarafından reddedilmiştir⁴⁵. Başkanlık sisteminin bir diğer olumsuz yanı ise, başkanın elindeki yürütme gücü ile darbe yapabileceği korkusudur. Buna örnek olarak genellikle Latin Amerika ülkeleri gösterilmektedir. Gerçekten de ABD'de başarılı bir şekilde uygulanan başkanlık sistemi, Latin Amerika ülkelerinde aynı sonucu doğurmamıştır. Latin Amerika ülkelerinde uygulanan sistem, çoğu zaman dikta rejimlerine dönüşmüştür. Ancak şu da belirtilmelidir ki, eski sömürge olan bu ülkeler, her daim güçlü devletlerin çıkarları için gerçekleştirdiği müdahaleler neticesi de siyasi kriz ve istikrarsızlıklara sürüklenmiştir. Ayrıca bu ülkelerde kuvvetler ayrılığı tam manasıyla mevcut değildir.

yanındakilerle beraber Mescid-i Nebvi'ye gelerek halkın büyük çoğunluğunun da biatını almıştır.” HAMİDULLAH, Muhammed, İslam Peygamberi, (Çev. S. Tuğ), İstanbul, 1980, No:1466; AVCI, Mustafa, **Türk Hukuk Tarihi Dersleri**, Editörler: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, S. Emre Zorlu, Konya, 2014, s. 101.

⁴⁴ “Osman Gazi babası Ertuğrul Gazi'nin 1281'de vefatı ile göçebe Türkmenlerin bir kısmının yaşça daha büyük olmasından dolayı Ertuğrul'un kardeşi Dündar Bey'i istemesine rağmen kendi kabilesinin Osman Bey'i istemesi ile babasının yerine uç beyi oldu. LÜTFİ PAŞA, Tevârih-i Âl-i Osman, İstanbul, h. 1341, s. 19; AŞIKOĞLU, AHMED, **Tevârih-i Âl-i Osman**, Aşık paşa-zâde Tarihi (Editör: Ali Bey), İstanbul, h. 1332, s.15.

⁴⁵ <http://www.washingtontimes.com/news/2015/mar/24/obama-budget-defeated-98-1-senate-vote/>, 18.11. 2015, 23:17.

Partiler aşırı disiplinlidir. Bu da partilerin bir adama sadakatle bağlı bir birliktelik arz etmesine, yani yasama ve yürütme birliğine yol açmıştır⁴⁶.

Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu yetkilerle beraber halk tarafından seçilmesi, hükümet sistemimizi yarı başkanlık sistemine yaklaştırmıştır. İleride tam başkanlık sistemine veya kendine has özellikleri olan bir başkanlık sistemine⁴⁷ geçip geçmeyeceğimizi zaman gösterecektir. Ancak her kesimi memnun eden bir sistem değişikliği gerçekleştirmek ülkemizde çok zor gözükmektedir. Temennimiz, halk tarafından son derece yüksek oranda kabul görmüş, insan haklarına saygılı, sadece temel hak ve özgürlükleri teminat altına almakla kalmamış, bireyin mutluluk, huzur ve refahını esas alan, özgürlükçü bir anayasa değişikliği ile, her tarafı savaş ve krizlerle çevrili bir coğrafyada bulunan ülkemizin, ivedi ve sağlam karar mekanizmalarına sahip, aynı zamanda istikrar ve güven ortamını sağlayacak bir sistem değişikliğinin yapılmasıdır.

IV- Seçim Süresi

Cumhurbaşkanı seçim süresi 5678 sayılı kanuni düzenleme öncesi ve sonrası değişiklik arz etmektedir. 5678 sayılı Kanundan evvel, Cumhurbaşkanı'nın seçim süreci, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dolmasından otuz gün önce veya Cumhurbaşkanlığı makamının boşalmasından on gün sonra başlamaktaydı. Süreç, seçime başlama tarihinden itibaren, otuz gün içerisinde sonuçlandırılır. Bu hükümle eski

⁴⁶ YANIK, s. 126, 127, 128; “Ülkemizde her on yılda bir askeri müdahalenin yapıldığı gerçeği, ülkemiz açısından parlamenter hükümet sisteminin bu konuda avantajlı bir sistem olmadığını ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla başkanlık hükümet sistemi uygulanırsa çok sayıda askeri müdahale olacağı ya da sistemin dikta rejimini doğuracağı iddiaları çok ta sağlam değildir.”; BİLİR, **100 Soruda Başkanlık Sistemi**, s. 78.

⁴⁷ “Türkiye için Başkanlık sistemi öneriliyorsa, klasik başkanlık sisteminden farklı yeni bir başkanlık sistemi önerilmelidir. Bunun altında yatan düşünceyi şu şekilde açıklamak mümkündür: Klasik başkanlık sistemi, Türkiye'nin karşılaştığı istikrarlı yönetim sorununu çözebilir; ama etkin yönetim sorununu çözemez. Çünkü bu sistemde kanun koyma yetkisi Başkana değil, içinde çoğunluk olmayan ve dolayısıyla karar alamayan meclise ait olacaktır.”; BİLİR, **100 Soruda Başkanlık Sistemi**, s. 86.

Cumhurbaşkanı'nın görevinin sona ermesi ile yeni Cumhurbaşkanı'nın göreve başlaması arasında kesintiye meydan vermemek, aynı zamanda Cumhurbaşkanlığı makamındaki boşalmayı en kısa zamanda gidererek, devleti başsız bırakmamak amaçlanmıştır. Otuz günlük sürenin ilk on günü içerisinde adayların T.B.M.M. Başkanlık Divanına bildirilmesi, kalan yirmi gün içerisinde de seçimin tamamlanması gerekirdi⁴⁸.

Seçim süresince kural olarak en az üçer gün arayla en fazla dört oylama yapılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesinin 11. Cumhurbaşkanı seçimi ilk tur oylamasını iptal etmesi durumunda olduğu gibi, fiilen dörtten fazla oylama yapılması da ihtimal dahilindedir⁴⁹.

5768 sayılı kanunla değişik Anayasanın 102. maddesine göre “Cumhurbaşkanı seçimi, Cumhurbaşkanı'nın görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde; makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanır.” denmektedir. Görüleceği üzere Cumhurbaşkanlığı seçimi 60 günlük bir süreye tabi tutulmuştur⁵⁰.

V- Yeter Sayı

Cumhurbaşkanı'nın seçilmesine dair karar yeter sayısı Anayasanın 102. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre “Genel oyla yapılacak seçimde, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İlk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılır. Bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılır ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde

⁴⁸ TAVAŞ, s.30.

⁴⁹ 5768 sayılı kanundan önceki Anayasanın 102. maddenin gerekçesine göre “dördüncü turda sonuç alınamazsa Cumhurbaşkanınca Milletvekilleri seçimlerinin yenilenmesi uygun görülmüştür.”; TAVAŞ, s.30.

⁵⁰ ATAR, s. 257; BİLİR, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 195.

yapılır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur⁵¹.

Bu düzenleme ile Cumhurbaşkanının belirlenememe olasılığı kaldırılmamıştır⁵². İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, oylama referandum şeklinde yapılacak, aday geçerli oyların çoğunluğunu alırsa Cumhurbaşkanı seçilecektir. Geçerli oyların çoğunluğunu alamadığı takdirde ne olacağına ilişkin Anayasamızda herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Böylesi bir durum Cumhurbaşkanlığı seçimi Kanununda düzenlenmiştir. Buna göre Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usul yeniden başlayacak, yani Cumhurbaşkanlığı seçimi yenilenecektir⁵³.

Ş2. CUMHURBAŞKANLIĞI SEÇİMİNDE UYGULANACAK DEMOKRATİK SEÇİMİN GENEL İLKELERİ

Cumhurbaşkanı'nın seçim usulü 6271 sayılı Cumhurbaşkanı'nın Seçim Kanunu ile düzenlenmiştir⁵⁴. 6271 sayılı kanunun seçimde uygulanacak genel ilkeler başlıklı ikinci maddesine göre “Seçim *genel, eşit ve gizli oyla*, bütün yurttta aynı günde, *yargı yönetim ve denetimi altında* yapılır. Yurt dışında yaşayan Türk vatandaşlarının oy kullanmaları, 26/04/1961 tarihli ve 298 sayılı Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun hükümleri çerçevesinde sağlanır. Seçmen, oyunu tam bir *serbestlikle* kendisi kullanır. Oyların sayımı, dökümü ve tutanaklara bağlanması *açık* olarak yapılır. Bu kanunda özel hüküm bulunmayan hâllerde 298 sayılı Kanun,

⁵¹ ATAR, s. 257; BİLİR, **Yeni Anayasa Yeni Mutabakat**, s. 195.

⁵² “*Yeni düzenleme ile Cumhurbaşkanının seçilmeme olasılığı kaldırılmıştır*”; URAL, Yurdanur, Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Konumu Ve Yetkilerine İlişkin Tartışma Ve Öneriler Üzerine Bir İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, S.D.Ü., Isparta, 2008, s. 36.

⁵³ 6271 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Seçim Kanunu'nun Seçim Sistemi Ve Uygulanması Başlıklı 4. Maddesi, (3) Oylamalara tek adayla gidilmesi halinde, oylama referandum şeklinde yapılır. Aday geçerli oyların çoğunluğunu alması hâlinde Cumhurbaşkanı seçilmiş olur. Oylamada, adayın geçerli oyların çoğunluğunu alamaması hâlinde seçim yenilenir.

⁵⁴ Kanun no:6271, Kabul tarihi:19.01.2012, Resmi Gazete: 26.01.2012/28185.

22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerinin bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır. *Yüksek Seçim Kurulu*, Cumhurbaşkanı seçimlerinin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapmak ve yaptırmak amacıyla, gerekli ilke kararları almaya, beşinci fıkrada sayılan kanunlar ile bu kanunda seçimle ilgili olarak yer alan bütün süreleri gerektiğinde kısaltarak tespit ve ilâna yetkilidir.”

Demokratik rejimlerin temelinde var olan seçimler mutlaka özgür ve hür bir ortamda yapılmalıdır. Ülke vatandaşları tercihlerini yaparken herhangi bir baskı altında kalmamalı kendi iradelerini rahatça sandığa yansıtılabilmelidir. Demokratik rejimlerde genel oy esastır. Yani belirli bir yaşa gelmiş vatandaşlar hiçbir ayırım yapılmadan seçme hakkına sahip olurlar. Bütün vatandaşların oyları zengin-fakir, alim-cahil, şehirli-köylü demeden hiçbir ayırım yapılmadan eşittir. Vatandaşlar oylarını hiçbir baskıya maruz kalmadan serbestçe ve gizli olarak kullanırlar. Oyların sayımı ise açık bir şekilde yapılır. Seçimlere şaibenin karışması iktidarın meşruiyetine gölge düşüreceğinden, demokratik ülkelerde seçimlerin sevk ve idaresi mevcut iktidardan mümkün oldukça uzak tutularak, tarafsız kuruluşlara verilmektedir⁵⁵.

⁵⁵ “Bir ülkenin siyasi sistemin demokratik olup olmadığını belirlemede göz önünde bulundurulacak kıstasların başında “her vatandaşın yalnızca bir oya sahip olduğu genel oy hakkı ile katılacağı seçimler vasıtası ile iktidarının halkın elinde olması” ve “en az iki büyük partinin, makul aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde adaylarını ve programlarını halkın seçimine sunması” gelmektedir.” TUNÇ, Hasan, **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ankara, 1999, s. 140; ÖZER, Atilla, **Anayasa Hukuku Genel İlkeler**, Ankara, 2009; KABOĞLU, İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, İstanbul, 2011, s. 184-189.

I- Seçimlerin Serbestliği İlkesi

Serbest seçim, seçmenlerin hiçbir baskı ya da tehdit altında kalmaksızın özgür iradeleri ile oylarını kullanmaları anlamına gelir. Ayrıca oy vermenin bir mecburiyet haline getirilemeyeceğini de anlatır⁵⁶. Gerçekte oy vermenin bir “hak” niteliğinde sayılabilmesi, siyasal katılmanın gönüllülük esasına dayanmasına, yasal bir ödev durumunda bulunmamasına bağlıdır. Bu itibarla oy vermenin yasal bir zorunluluk olması seçimlerin anlamını değiştirebilir ve çok defa totaliter rejimlerdeki gibi siyasal sisteme destek devşirme ve meşruiyet kazandırma aracı olabilmektedir⁵⁷. Ancak mevcut Anayasamız “mecburi oy” sistemini kabul etmiştir. Anayasamıza göre (m.175/8. md.) “halkoylamasına, milletvekili genel ve ara seçimlerine ve mahalli genel seçimlere iştiraki temin için, kanunla para cezası dahil gerekli her türlü tedbir alınır.” Anayasamızdaki bu düzenlemenin amacı katılma oranını yükselterek siyasi katılmayı güçlendirmektir. Ancak demokratik ülkelerde ihtiyari oy sistemi yaygındır⁵⁸.

Seçmenlerin korkutulması, sindirilmesi veya tehdit edilmesi gibi fiziki ya da tinsel boş vaatlerle kişilerin kandırılarak iradelerinin fesada uğratılmaya çalışılması serbestlik ilkesi ile çelişir. Örneğin kağıt paralarının kesilerek yarısının verilmesi öteki yarısının seçmenin seçimlerde kullanacağı oya göre verilmesi veya ayakkabının tekinin verilmesi tinsel baskıya örnek oluşturur⁵⁹.

⁵⁶ TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul**, 2004, s.199; YAVUZ, Nihat, **Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu**, Ankara, 1999, s. 3; TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 153; ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, s. 118; KARAKAŞLI, Mehmet, **Seçim Yargısı**, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Faruk Bilir), Konya, 2010, s. 29.

⁵⁷ ERDOĞAN, Mustafa, **Anayasal Demokrasi**, Ankara, 2005, s. 228.

⁵⁸ ATAR, s. 69; AKPINAR, Cafer, **Türk Anayasa Hukukunda Seçimlerin Denetlenmesi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman:Faruk Bilir), Konya, 2010, s. 14-16.

⁵⁹ EFENDİOĞLU, Yılmaz, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, **TBB Dergisi**, Ankara, 2005, sayı 60, s. 86.

Seçimlerin serbestliği aynı zamanda ülke vatandaşlarının tek yönlü propagandaya maruz kalmaması anlamına da gelmektedir. Siyasi yarışmaya katılacak tüm partilerin kendilerini ve programlarını tanıtılmalarına uygun ortam sağlanmalıdır. Seçimlerin çoğulcu bir ortamda geçirilmesi ve seçim propagandalarının seçimden makul bir süre önce sonlandırılarak seçimden önce seçmenin kendini dinlemesine olanak sağlanmalıdır. Seçmenin kullanacağı oy, her türlü etkiden uzak kalmalı kişinin özgür iradesini yansıtmalıdır⁶⁰.

Cumhurbaşkanı adayları kendilerini ifade etmek, seçtikleri takdirde nasıl bir yönetim biçimi sergileyeceklerini halka anlatmak ve bunlarla halkın beğenisini kazanmak durumundadır. Seçim kampanyalarını yürütmek, hiç şüphesiz ciddi bir maddi gücü gerektirir. Propaganda araçları, mitingler, karşılamalar ve bunların giderleri hiç şüphesiz adayların bireysel olarak karşılayamayacakları giderlerdir. Bu amaçla adayların bağış toplaması 6271 sayılı Cumhurbaşkanı seçim kanununun 14. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre adaylar sadece T.C. vatandaşı gerçek kişilerden bağış kabul edebileceklerdir. Tüzel kişilerden bağış kabul edemezler. Nakdi yardım miktarı her bir tur için en yüksek devlet memurunun maaşının aylık brüt tutarını geçemez⁶¹. Yapılan Cumhurbaşkanlığı seçiminde bağış üst sınırı 9082 TL olarak belirlenmiştir⁶². Bin liranın üstündeki bağışlar banka hesabına yatırılacak, bu tutarın altındaki bağışlar makbuzla toplanacaktır. Adayların seçim kampanyaları için usulüne uygun olarak toplanan bağışları bir bankada açacakları bağış hesabında toplaması gerekmektedir. Cumhurbaşkanı adayları internet bankacılığı yolu ile bağış alabileceklerdir ancak denetim

⁶⁰ EFENDİOĞLU, **Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı**, s.87

⁶¹ ÇELİK, Özlem, **Türk Hukukunda Cumhurbaşkanı Adaylarının Seçim Hesaplarının Denetimi**, Yasama Dergisi, İstanbul, 2013, S. 25, s. 21; GENÇKAYA, Ömer Faruk/GÜNDÜZ, Umut/ÇİHANGİR-TETİK, Damla, **Siyasetin Finansmanı ve Şeffaflık**, İstanbul, 2016, s. 45.

⁶² <http://www.aljazeera.com.tr/gorus/kosk-seciminde-bagis-sistemi>; 17.05.2016.

zorluğu sebebi ile internet sitesi aracılığı ile veya SMS yolu ile bağış alamayacaklardır⁶³.

II- Genel Oy İlkesi

Genel oy ilkesi, bütün vatandaşların cilt rengi, meslek, servet, vergi, öğrenim durumu, ve cinsiyet gibi ayırım veya sınırlama olmaksızın oy hakkına sahip olmalarıdır⁶⁴. Genel oy ilkesi batı demokrasilerinde uzun bir tarihsel sürecin sonunda ortaya çıkmış ve kabul edilmiş bir ilkedir. On dokuzuncu yüzyıla kadar Avrupa parlamenter rejimlerinde servet esasına dayanan oy hakkı sistemi, yürürlükte olmaya devam etmiştir. Bu yüzyıldaki çeşitli reform süreçleri ile servet şartları gittikçe hafifletilmiş ve sonunda servete dayalı ayırım ortadan kaldırılmıştır⁶⁵. Amerika Birleşik Devletlerinde 1964 yılına kadar servet esasına dayanan seçim uygulanmıştır. Buna göre Amerika'nın bazı eyaletlerinde oy kullanabilmek için ülke vatandaşının 10 ila 100 dolar arasında değişen vergi ödeme şartı aranmaktaydı. Bu verginin asıl amacı zayıf düzeyde gelire sahip olan "siyah"ların oy kullanmalarına engel olmaktı. 1964 yılında ABD Anayasası'nda yapılan değişiklikle bu ayırım ortadan kaldırılmış, ancak bu sefer de ülke vatandaşının Anayasayı okuyup anlayabilme yeteneğine sahip olması gerektiğine dair başkaca bir şart getirilmiştir. Bazı eyaletler bununla da yetinmemişler ülke vatandaşının oy kullanabilmesi için Anayasayı yorumlama seviyesinde olması şartını getirmişlerdir. Tabi ki beyaz seçmene sorulan sorular basit, siyah seçmene ise bir Anayasa Hukukçusunun bile zorlanacağı nitelikte sorular sorulmuştur⁶⁶.

⁶³ 4 Temmuz 2014 Tarih, 3072 Sayılı Yüksek Seçim Kurulu Kararı; "Cumhurbaşkanı Seçim Kanunu genel olarak seçim harcamalarının düzenlenmesi konusunda önemli bir adım olmakla birlikte, bazı açılardan eksiklikleri de bulunmaktadır. Seçim harcamalarının düzenlenmesiyle ilgili uygulanabilir bir düzenleyici sistem oluşturulması için daha kapsamlı değişiklikler yapılması gerektiği kanaatindeyiz."; ÇELİK, s. 36.

⁶⁴ ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, s. 119.

⁶⁵ ATAR, s. 69.

⁶⁶ YAVUZ, s.7-8; KABOĞLU, s. 185.

Kadınların seçme hakkının tanınması ise günümüze çok daha yakın bir zamanda gerçekleşmiş bir olaydır. Kadınlara seçme hakkı İngiltere’de 1928, Fransa’da 1944, İtalya’da 1946, Belçika’da 1948, İsviçre’de 1971 yılında tanınmıştır. Türkiye’de 1924 yılında erkekler için genel oy ilkesi kabul edilmiş, kadına seçme hakkı ise Türkiye’de 1934 tarihinde tanınmıştır. Kadına verilen seçme hakkı ile erkek kadın arasındaki ayrım kaldırılarak genel oy ilkesi kabul edilmiştir. Görüleceği üzere Türkiye’de kadına seçme hakkı batı devletlerinin birçoğundan önce tanınmıştır⁶⁷.

Vatandaşların seçmen olabilme hakkının ırk, cinsiyet, iktisadi varlık, eğitim gibi kayıtlarla sınırlanmaması genel oy ilkesi gereğidir, ancak bu toplumdaki herkese ayrıcalıksız oy hakkı tanıma anlamına da gelmemektedir⁶⁸. Genel oy ilkesinde bulunan “genel” ifadesi seçme yeterliğine sahip olanların oy kullanmalarını ifade etmektedir. Seçme yeterliği için Anayasalarda ve Kanunlarda öngörülen koşullar, genel oy ilkesini zedelemeyiz. Seçmen olabilmek için öngörülen yeterlilik ile alakalı birtakım şartlar oy hakkının kısıtlanması için değildir, topluma yarar sağlamak içindir. Bu itibarla seçme hakkı ülkedeki bütün nüfusa verilmemiş ancak bunların içerisinde belirli niteliklere sahip olanlara tanınmıştır. Ülke halkı ile seçmen topluluğu arasında bir ayrım yapmak kaçınılmazdır. Demokratik ülkelerde seçme hakkı bütün ülke halkına değil seçme hakkını kullanmaya ehil görülenlere tanınır⁶⁹.

Demokratik ülkelerde genel olarak seçmen olabilmek için seçmenin ülke vatandaşı olması, belirli bir yaşın üzerinde olması, kısıtlı

⁶⁷ “Kadınlar uzun zaman oy hakkından yoksun bırakılmıştı. “Erkekler çalışma hayatında, kadınlar ev işlerinde” söylemiyle işbölümü bakımından cinsiyet ayrımı, hatta kadınların fikri yetersizliği gibi gerekçelerin aşılması için XX. Yüzyılın ikinci yarısını beklemek gerekti.” KABOĞLU, s. 185; ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Ankara, 1995, s. 62; KARAKAŞLI, s. 31.

⁶⁸ YAVAŞGEL, Emine, **Temsilde Adalet Ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye’deki Durum**, Ankara, 2004, s. 22; ERDOĞAN, **Anayasa Hukuku**, s. 119.

⁶⁹ TEZİC, Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, İstanbul, 2005, s. 244.

olmaması, kamu hizmetlerinden yasaklı olmaması ve seçim kütüğüne kayıtlı olması gerekmektedir⁷⁰.

Seçim milli egemenliğin kullanılması ve açıklanması ile ilgili bir faaliyet olduğundan kendi hayatları milletinin mukadderatına bağlı kimseler tarafından yerine getirilmesi gerekir. Bu bağlılığın ölçüsü de vatandaşlıktır⁷¹.

Yine seçim yolu ile yönetime dahil olma belli bir olgunluk düzeyini gerektirmektedir. Seçmenlik yaşı ülkelere ve zamana göre değişiklik arz etmektedir. Ancak son yıllarda demokratik ülkelerde yaygınlaşan seçmenlik yaşı on sekizdir. Türkiye’de 1924 Anayasa’sı seçmenlik yaşını on sekiz olarak belirlemiştir. 1934 yılında kadınlara da seçme hakkı tanınınca seçmenlik yaşı yirmi iki olmuş, 1961 yılında yirmi bire indirilmiş olan yaş sınırlaması 1995 yılında yeniden on sekiz olarak belirlenmiştir⁷².

Seçmenin oy kullanabilmesi için getirilen bir diğer şart ise kısıtlı olmamasıdır. Seçmenin oy kullanması kamu yararı ile ilgilidir ve ülkenin geleceğini belirleyen büyük faktörlerden biridir. Seçmenin şuurunun yerinde olması kullandığı oyu şuurlu ve bilinçli bir şekilde kullanması kamu yararının gereğidir. Ülkemizde kısıtlılık nedenleri genel olarak akıl hastalığı, akıl zayıflığı, israf (savurganlık), ayyaşlık (alkol ve uyuşturucu bağımlılığı), suihal (kötü yaşama tarzı), suidare (kötü yönetim), bir yıl ve daha çok hürriyeti bağlayıcı bir ceza ile mahkum olma, ihtiyarlığı, sakatlığı ve deneyimsizliği ya da ağır hasta olma sebebi ile işlerini gereği gibi yönetemediğini ispat edip kendi isteği ile kısıtlananlar seçmen olamazlar. Kısıtlılık hali hukuken son bulunca bu kişiler oy kullanabilirler⁷³.

Seçmenlik sıfatına sahip olmanın bir başka şartı da kamu hizmetlerinden yasaklı olmamaktır⁷⁴. Kişinin seçme hakkından kamu hizmetlerinden yasaklı olması nedeni ile yoksun bırakılması “toplumsal

⁷⁰ ÖZBUDUN, s. 62.

⁷¹ ATAR, s. 69.

⁷² TEZİC, s. 245

⁷³ TEZİC, s. 246.

⁷⁴ ATAR, s. 71.

ahlak dürüstlüğü” ilkesi bağdaşmayacağı varsayımına dayanmaktadır. Çünkü yurttaş kavramının ahlaki özelliğe sahip bir içerik taşıdığı varsayılmaktadır⁷⁵.

III- Eşit Oy İlkesi

Eşit oy ilkesi her seçmenin bir tek oya sahip olması anlamına gelmektedir. Bu ilke ülke vatandaşlarının içerisinde buldukları, sosyal, ekonomik ve kültürel durum ne olursa olsun herkesin seçimlerde sadece bir tek oy kullanmasını öngörmektedir. Batı demokrasilerinde seçimin eşitliği ilkesine yani her seçmene “eşit ve tek oy hakkı” tanınması ilkesine aykırılıklar olmuştur. Bu uygulamalara “çok sayılı oy”, “Kat sayılı oy” ve “aile oyu” gibi isimlendirmeler yapılmıştır. Yüksek öğrenim görmüş olmak, aile reisi olmak, kanunla belirlenmiş üst düzey görev icra etmek ya da belli miktarın üstünde vergi vermiş olmak kişilere fazla oy kullanma hakkı veriyordu. Bu itibarla 3 oy kullanan olduğu gibi hiç oy kullanamayanlar da mevcuttu. Bu türlü düzenleme ve uygulamaya 1893-1921 yılları arasında Belçika’da, 1951 yılına kadar İngiltere’de, 1940-1946 yılları arasında Fransa’da rastlanabilmektedir⁷⁶. Genel ve eşit oy ilkesini dolaylı yoldan zedeleyen bu gibi uygulamalar, artık bütün batı demokrasilerinde tarihe karışmıştır.

IV- Gizli Oy İlkesi

Gizli Oy ilkesi seçmenin iradesini serbestçe ve her türlü baskıdan uzak biçimde ortaya koymasını ifade emektedir. Seçmenin oy iradesinin serbestçe oluşması kadar bu iradenin sandığa serbestçe yansması da çok önemlidir. Gizli oy ilkesi seçmenin hangi yönde oy kullandığını kimsenin bilmemesi, kapalı bir yerde kendi isteği ve tercihinine göre dış etkilerden uzak olarak tercihinin yapılmasını esasına dayanmaktadır⁷⁷.

Gizli oyun gerçekleşebilmesi için hukuki ve fiili açıdan olması gereken iki temel araç vardır. Bunların ilk olanı seçimlerin düzenini sağlamakla yükümlü kurumların hazırladıkları “resmi mühürlü oy zarfı”dır. Oy pusulalarının bu zarflar içerisine konularak oy kullanılması zorunludur. Bunun dışında herhangi bir zarfa konulan oy pusulası geçerli

⁷⁵ TEZİC, s. 247.

⁷⁶ YAVUZ, s. 9; ATAR, s.71.

⁷⁷ EFENDİOĞLU, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, s. 88.

sayılmaz. Gizli oyun gerçekleşebilmesi için gerekli olan ikinci araç ise “kapalı oy verme yeri”dir. Kapalı oy verme yeri dışarıdan hiçbir şekilde gözetlenemeyecek ve oy pusulasını seçmenin inceleyip zarflayabileceği şekil ve nitelikte olan yerdir⁷⁸.

Günümüz Demokratik Devletlerinin seçimlerinde “gizli oy” yaygın bir usuldür. Ancak 19. yüzyıl sonlarına kadar bu genel olarak açık oy usulü uygulanmıştır. Egemen güçler uzun süre genel oy ilkesine karşı koyarken gizli oy ilkesine de direnmişlerdir. Böylece seçmen üzerindeki baskılar devam edebilmiştir. Düşünürler ve siyasetçiler arasında açık oyu savunanlar da olmuştur⁷⁹. Açık oyu savunanlar açık oyun eğitici özelliğe sahip olduğunu, aydın bilgili kimselerin sade vatandaşlara yol göstereceğini iddia etmişlerdir. Ayrıca açık oyun toplum içerisinde medeni cesareti geliştireceğini de savunmuşlardır. Ancak açık oyun uygulandığı dönemlerde seçmenler üzerinde rüşvet, korkutma yıldırma usulleri yoğunlaşınca gizli oy için de mücadele başlatmak zorunda kalmıştır. Gizli oy ilkesi Fransa’da 1852, İtalya’da 1859, İngiltere’de 1872, Belçika’da 1877, ABD’de 1888 yıllarında kabul edilmiştir⁸⁰.

Türkiye’de ise 1876 Kanuni Esasi (m. 66) seçimlerin gizli oy ilkesi ile yapılacağını öngörmektedir. Cumhuriyet döneminde ise ancak 1950 yılı seçimleri gizli oy ilkesi prensine göre yapılmıştır.

V- Tek Dereceli Seçim İlkesi

Seçimlerin tek dereceli olması seçmenlerin temsilcilerini aracısız, doğrudan bir şekilde seçmeleri anlamına gelir. İki dereceli seçimde ise seçmenler önce ikinci seçmenleri seçerler. Daha sonra ikinci seçmenler ikinci bir seçim sonucunda asıl temsilcileri seçerler. Yani iki dereceli seçimde iki ayrı seçim söz konusudur ve her bir seçimin seçmenleri ile seçilenleri farklıdır. Seçim dereceleri çoğaltılabilmekte, ikiden fazla seçim olabilmektedir⁸¹. Tek dereceli seçim ilkesi hem kısıtlı oy hem de genel oy ile bağdaşabilir. Ancak, seçimin genel ve doğrudan olması

⁷⁸ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 199.

⁷⁹ Montesquieu, Stuart Mill, Robespierre, Bismark, Disraeli bunlar arasındadır.

⁸⁰ TEZİÇ, s. 255.

⁸¹ ATAR, s.71-72.

halinde gerçek demokratik seçim mekanizmasından bahsedilebilir. İki dereceli seçimin tek dereceli seçime oranla daha az demokratik olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Bu itibarla iki dereceli seçim genel oy ve tek dereceli seçim ilkelerine bir direnmedir. Seçimlerin iki dereceli olmasının en büyük sakıncası seçimde zaten var olan çekimsizliği arttırmasıdır. Demokrasinin gelişimi ile iki dereceli seçimden tek dereceli seçime doğru bir geçiş olduğu görülmektedir.⁸²

VI- Açık Sayım ve Döküm İlkesi

Açık sayım ve döküm ilkesi oyların sayılması ve sayılan oyların partilere göre dökümünün yapılmasını, bir başka ifade ile sandık seçim sonuçlarının tutanağa “ döküm cetvellerine” geçirilmesi işleminin kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmesini ifade eder⁸³. Açık sayım ve döküm İlkesi seçmenin ortaya koyduğu iradenin sonradan bir takım usulsüzlükler yapılarak değiştirilmesini önleyen yani seçimin dürüstlüğünü sağlayan bir ilkedir⁸⁴. Türkiye’de açık sayım ve döküm ilkesine göre ilk yapılan seçim 1950 seçimleridir⁸⁵.

VII- Seçimlerin Yargı Organlarının Yönetim ve Denetiminde Yapılması İlkesi

Seçimlerin serbestliğini ve dürüstlüğünü sağlamak amacıyla demokratik devletlerin Anayasalarının öngördüğü bir diğer güvence, seçimlerin yargı organlarının genel yönetimi ve denetimi altında yapılmasıdır. Seçim uyuşmazlıklarının çözümü ile seçimlerin genel yönetimi seçimlerin dürüstlüğü bakımından hayati öneme sahip konulardan birisidir. Seçim uyuşmazlıklarının çözümünü meclise bırakılması gerektiği görüşü, milli egemenlik ilkesi ve parlamentonun üstünlüğü anlayışının yoğun olduğu bir yaklaşımın ürünüdür. Ancak seçim işlerinin yönetim ve denetimini meclis gibi siyasi organlara bırakılması seçimlerin dürüstlüğü bakımından sakıncaları da yanında

⁸² TEZİC, s. 247-248.

⁸³ EFENDİOĞLU, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, s. 90.

⁸⁴ ÖZBUDUN, s. 64.

⁸⁵ ATAR, s. 72.

taşır. Demokratik ülkelerde seçimler yargı organlarının genel yönetimi ve denetimi altında yapılmaktadır⁸⁶.

Ülkemizde seçimlerin başlamasından bitimine kadar seçimin düzen içerisinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapma ve yaptırma, seçim süresince ve seçimden sonra seçimle alakalı bütün usulsüzlükleri, yolsuzlukları, şikayet ve itirazları inceleme ve kesin karara bağlama, TBMM üyelerinin seçim tutanaklarını kabul etme görevi yüksek seçim kurulunun görevidir⁸⁷.

SONUÇ

Yukarıda açıklandığı üzere, 31.05.2007 tarihinde, T.B.M.M. tarafından kabul edilen ve halkoyuna sunmak üzere 16.06.2007/26554 tarihli resmi gazetede yayımlanan 5678 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile Cumhurbaşkanlığı seçimi ile ilgili esaslı bir düzenlemeye gidilmiştir. Anayasanın 101. ve 102. maddelerinde değişikliğe gidilerek önceden T.B.M.M. tarafından seçilen Cumhurbaşkanı'nın, halk tarafından seçilmesi düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, Cumhurbaşkanı seçimi, görev süresinin dolmasından önceki altmış gün içinde, makamın herhangi bir sebeple boşalması halinde ise, boşalmayı takip eden altmış gün içinde tamamlanacaktır. Seçimler genel oyla yapılacak, geçerli oyların salt çoğunluğunu alan aday Cumhurbaşkanı seçilecektir. Şayet ilk oylamada bu çoğunluk sağlanamazsa, bu oylamayı izleyen ikinci pazar günü ikinci oylama yapılacak, bu oylamaya, ilk oylamada en çok oy almış bulunan iki aday katılacak ve geçerli oyların çoğunluğunu alan aday, Cumhurbaşkanı seçilmiş olacaktır. İkinci oylamaya katılmaya hak kazanan adaylardan birinin ölümü veya seçilme yeterliğini kaybetmesi halinde; ikinci oylama, boşalan adaylığın birinci oylamadaki sıraya göre ikame edilmesi suretiyle yapılacaktır. İkinci oylamaya tek adayın kalması halinde, bu oylama referandum şeklinde yapılacaktır. Aday, geçerli oyların çoğunluğunu aldığı takdirde Cumhurbaşkanı seçilmiş olacaktır. Cumhurbaşkanlığı seçimine ilişkin usûl ve esaslar kanunla düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir.

⁸⁶ TUNÇ/BİLİR/YAVUZ, s. 154; TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 202.

⁸⁷ ATAR, s. 72-73; TİKVEŞ Özkan, **Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku**, İzmir, 1982, s. 166, KARAKAŞLI, s. 66.

6271 sayılı Cumhurbaşkanı'nın Seçim Kanunu ile Cumhurbaşkanı'nın seçim usulü düzenlenmiş, buna göre Cumhurbaşkanlığı seçimleri genel, eşit ve gizli oyla, bütün yurttaki aynı günde, yargı yönetim ve denetimi altında yapılacaktır. Seçmen, oyunu tam bir serbestlikle kendisi kullanacak, oyların sayımı, dökümü ve tutanaklara bağlanması açık olarak yapılacak, bu kanunda özel hüküm bulunmayan hâllerde 298 sayılı Kanun, 22/4/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanunu, 10/6/1983 tarihli ve 2839 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu, 18/1/1984 tarihli ve 2972 sayılı Mahalli İdareler ile Mahalle Muhtarlıkları ve İhtiyar Heyetleri Seçimi Hakkında Kanun, 23/5/1987 tarihli ve 3376 sayılı Anayasa Değişikliklerinin Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun ile bunların ek ve değişikliklerinin bu kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır. Yüksek Seçim Kurulu, Cumhurbaşkanı seçimlerinin başlamasından bitimine kadar, seçimin düzen içinde yönetimi ve dürüstlüğü ile ilgili bütün işlemleri yapmak ve yaptırmak amacıyla, gerekli ilke kararları almaya yetkili kılınmıştır.

Cumhurbaşkanı'nın sahip olduğu yetkilerle beraber halk tarafından seçilmesi, hükümet sistemimizi yarı başkanlık sistemine yaklaştırmıştır. İleride başkanlık sistemine veya kendine has özellikleri olan Türk usulü başkanlık sistemine geçip geçmeyeceğimizi zaman gösterecektir. Temennimiz, halk tarafından son derece yüksek oranda kabul görmüş, insan haklarına saygılı, temel hak ve özgürlükleri teminat altına almakla kalmamış, bireyin mutluluk, huzur ve refahını esas alan, özgürlükçü ve aynı zamanda bu özgürlükleri terör örgütlerinin amaçları için bir araç olarak kullanmasını da engelleyen bir anayasa değişikliği ile, yönetimde temsil oranının ön planda olduğu, daha demokratik, hızlı ve yerinde karar alma kapasitesi yüksek bir hükümet sistemine geçişin sağlanmasıdır.

KAYNAKLAR

AKPINAR, Cafer, Türk Anayasa Hukukunda Seçimlerin Denetlenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Faruk Bilir), S.Ü., Konya, 2010.

AŞIKOĞLU, AHMED, Tevârih-i Âl-i Osman, Aşık paşa-zâde Tarihi (Editör: Ali Bey), İstanbul, h. 1332.

AKYILMAZ, Bahtiyar/SEZGİNER, Murat/KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, İstanbul, 2012.

- ATAR, Yavuz**, Türk Anayasa Hukuku, Konya, 2011.
- AVCI, Mustafa**, Türk Hukuk Tarihi Dersleri, Editörler: Mehmet Aykanat, İbrahim Ülker, S. Emre Zorlu, Konya, 2014.
- BİLİR, Faruk**, Türkiye’de Milletvekilliği ve Milletvekilliğinin Sona Ermesi, Ankara, 2001.
- BİLİR, Faruk**, Yeni Anayasa Yeni Mutabakat, Ankara, 2012.
- BİLİR, Faruk**, 100 Soruda Başkanlık Sistemi, Ankara, 2015.
- EFENDİOĞLU, Yılmaz**, 1982 Anayasasında Cumhurbaşkanlığı’nın Yürütme İçerisindeki Yeri, Seçimi ve Sorumsuzluğu, Yasama Dokunulmazlığı, TBB Dergisi, 2011.
- EFENDİOĞLU, Yılmaz**, Temsili Demokrasinin “Seçim” Ayağı, TBBD, Ankara, 2005, S. 60.
- EKİNCİ, Ekrem, Buğra**, İslam Hukuku, İstanbul, 2006, s. 16.
- ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasa Hukuku, Ankara, 2011.
- ERDOĞAN, Mustafa**, Anayasal Demokrasi, Ankara, 2005.
- GENÇKAYA, Ömer Faruk/GÜNDÜZ, Umut/CİHANGİR-TETİK, Damla**, Siyasetin Finansmanı ve Şeffaflık, İstanbul, 2016.
- GÖZLER, Kemal**, “Cumhurbaşkanı’nın Seçimi: Bir Karşılaştırmalı Anayasa Hukuku İncelemesi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, 2. yıl, 9. Sayı, Mayıs 2007.
- GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku Dersleri, Bursa, 2006
- GÖZLER, Kemal**, Türk Anayasa Hukuku, Bursa, 2000.
- GÜRBÜZ, Reşit**, İdare Hukuku, Ankara, 2011.
- GÜNDAY, Metin**, İdare Hukuku, Ankara, 2013.
- HAMİDULLAH, Muhammed**, İslam Peygamberi, (Çev. S. Tuğ), İstanbul, 1980.
- KALABALIK, Halil**, Kısa İdare Hukuku, KONYA, 2014.
- KALABALIK, Halil**, İdare Hukukunun Temel Kavram ve Kurumları, Konya, 2011.
- KARAKAŞLI, Mehmet**, Seçim Yargısı, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman:Faruk Bilir), Konya, 2010.

KÖKSAL, Gökhan, 1989–2007 Dönemi Cumhurbaşkanlığı Seçim Süreçleri ve 1982 Anayasasında Yapılan Değişikliklerin Cumhurbaşkanı'nın Yetkileri Üzerindeki Etkisi, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2009.

LÜTFİ PAŞA, Tevârih-i Âl-i Osman, İstanbul, h. 1341.

MEMİŞ, Hasan Hüseyin, Hükümet Sistemleri, Ankara, 2007.

ODYAKMAZ, Zehra/KAYMAK, Ümit/ERCAN, İsmail, Anayasa Hukuku İdare Hukuku, Ankara, 2012.

ONAR, Erdal, 1982 Anayasasında Milletvekilliğinin Düşmesi, Anayasa Yargısı, Ankara, 1997, c. 14.

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2004.

ÖZER, Atilla, Anayasa Hukuku Genel İlkeler, Ankara, 2009.

SARTORİ, Giovanni, Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği, (Çev:Ergun Özbudun), Ankara, 1997.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2001.

TANÖR Bülent/YÜZBAŞIOĞLU Nemci, 1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku, İstanbul, 2004.

TAVAŞ, İbrahim Halil, Türk Anayasalarında Cumhurbaşkanı Seçimi, Yasama Dergisi, Ankara, Haziran, 2007.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, İstanbul, 2005.

TİKVEŞ Özkan, Teorik ve Pratik Anayasa Hukuku, İzmir, 1982.

TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk, Anayasa Hukuku Uygulamaları, Ankara, 2002.

TUNÇ, Hasan/BİLİR, Faruk/YAVUZ, Bülent, Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 2011.

TUNÇ, Hasan, Anayasa Hukukuna Giriş, Ankara, 1999.

URAL, Yurdanur, Türk Anayasal Sisteminde Cumhurbaşkanının Konumu Ve Yetkilerine İlişkin Tartışma Ve Öneriler Üzerine Bir İnceleme, Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Yüksel Metin), S.D.Ü., Isparta, 2008.

YANIK, Murat, Başkanlık Sistemi ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, İstanbul, 1997.

YAVUZ, Nihat, Seçim Kanunları ve Siyasi Partiler Kanunu, Ankara, 1999.

YAVAŞGEL, Emine, Temsilde Adalet ve Siyasal İstikrar Açısından Seçim Sistemleri ve Türkiye'deki Durum, Ankara, 2004.

YILDIRIM, Ramazan, Türk İdari Rejimi Dersleri, Konya, 2014.

Yararlanılan İnternet Adresleri

<http://www.cnnturk.com/2011/dunya/04/28/abd.baskani.obama.nereede.dogdu/614782.0/index.html>, 13.11.2011, 13:47

<http://www.washingtontimes.com/news/2015/mar/24/obama-budget-defeated-98-1-senate-vote/>, 18.11. 2015, 23:17.

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMELERİ KAPSAMINDA İNSAN HAKLARININ
KORUNMASI**

Arş. Gör. Tacettin ÇALIK*

**UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS CONVENTIONS
AND NON-TREATY PROCEDURES ON PROTECTION
OF THE HUMAN RIGHTS**

ÖZET

Uluslararası barış ve güvenliğin korunması, toplumları oluşturan bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasından geçmektedir. Bu bakımdan, uluslararası barış ve güvenliği koruma görevini üstlenen Birleşmiş Milletler, bu görevini yerine getirirken insan haklarının korunmasına büyük önem vermiştir. Daha önce yaşanan acı tecrübelerin tekrar yaşanmaması adına, Birleşmiş Milletler tarafından çeşitli insan hakları sözleşmeleri kabul edilmiş ve bu sözleşmeler aracılığıyla insan hakları korunmaya çalışılmıştır. Fakat insan haklarının korunması Birleşmiş Milletlerin temel amacı olmadığından dolayı, BM sözleşmelerinde öngörülen koruma mekanizmaları insan haklarına etkin bir koruma sağlayamamıştır. Her şeye rağmen evrensel nitelikte bir

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

örgüt olan Birleşmiş Milletlerin oluşturmuş olduğu bu koruma mekanizmaları, uzun vadede daha geniş çaplı bir korumanın sağlanabilmesi için temel teşkil etmektedir.

ANAHTAR KELİMELER: Birleşmiş Milletler, İnsan Hakları, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Çocuk Hakları Sözleşmesi.

ABSTRACT

The protection of international peace and security is through the protection of fundamental rights and freedoms of individuals forming societies. In this respect, the United Nations undertaking the mission to protect international peace and security give great importance to the protection of human rights while fulfilling this mission. On behalf of previously bad experiences not happen again, several treaties were adopted by the United Nations; through these conventions the human right was tried to protect. But since the protection of human rights is not the main objective of the United Nations, the protection mechanisms envisaged in UN treaties have not provided effective protection to human rights. Nonetheless, the mechanisms formed by the United Nations being such as to a universal organization is the basis for optimum protection in the long term.

KEYWORDS: *United Nations, Human Rights, Covenant on Civil and Political Rights, Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Convention on the Rights of the Child.*

I. GİRİŞ

Birleşmiş Milletler tarafından oluşturulan uluslararası sözleşmeler, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından temel dayanaklardan birisidir. Devletlerin kendi rızalarıyla ve serbest iradeleriyle uluslararası sözleşmeler aracılığıyla insan hakları konusunu “uluslararasılaştırmaları”, insan haklarının evrensel bir koruma altında olduğunun bir göstergesidir¹. İnsan haklarına ilişkin olarak devletlerin bir

¹ **TOPAL Ahmet Hamdi**, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, par. 23,

araya gelerek oluşturmuş olduğu her sözleşme, devletlere ve organlarına yüklediği hukuki sorumluluklar sayesinde, insan hakları ihlallerinin engellenmesi veya telafi edilmesi noktasında bir güvence sağlamaktadır².

Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan uluslararası insan hakları sözleşmelerinin neredeyse hepsi, ilgili sözleşmeye uyulup uyulmadığını denetlemek üzere bazı kurum ve mekanizmalar oluşturmuştur. Sözleşmelerin uygulanması görevini üstlenen Komite adı verilen bu kurumlar, insan hakkı ihlalleri ile suçlanan devletlere ve bireylere yönelik şikâyetleri kabul etme yetkisine sahip, tipik yargı-dışı kuruluşlardır³. Yetkileri doğrudan sözleşmelerden kaynaklanan Komitelerin faaliyet alanları, sözleşmeciler devletlerin iradesiyle sınırlandırılmıştır⁴. Yani bu Komitelere sözleşmeciler bir devlet aleyhine başvurulabilmesi için, devletlerin Komitelerin yetkisini tanımaları gerekmektedir.

Birçok fonksiyonu olan Komiteler, genel özellikleri itibariyle birbirine benzemekte ve çeşitli yöntemlerle sözleşmelerin taraf devletlerce uygulanmasını takip etmektedirler⁵. Bu bakımdan Komiteler, taraf devletlerin uygulamalarının sözleşmeye uygunluğunu hazırlanan raporlar aracılığıyla denetlemekte ve ilgili devlet temsilcilerinin bulunduğu toplantılarda bu raporları incelemektedirler. Bununla birlikte, Komiteler, bireylerin ve devletlerin şikâyetleri üzerine harekete geçerek bir insan hakkı ihlali gerçekleşip gerçekleşmediğine dair görüş bildirmektedirler. Ayrıca, sözleşmelerin ağır ve sistematik bir şekilde ihlal edilmesi durumunda Komiteler, ilgili devletlere gönderdiği

<http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

² The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You, Geneva/New York 2008, s. 4, http://www.un-ngls.org/IMG/pdf/Final_logo.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014; **TOPAL**, par. 23.

³ **KALABALIK Halil**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009, s. 372.

⁴ **KALABALIK**, s. 372.

⁵ **JOSEPH Sarah/KYRIAKAKIS Joanna**, “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010, s. 21.

görevliler vasıtasıyla bir soruşturma prosedürü başlatabilmektedirler. Bütün bunların yanında Komiteler, ilgili oldukları sözleşmelerde belirtilen hak ve özgürlüklerin ve yükümlülüklerin niteliğine ve uluslararası insan hakları standartlarının geliştirilmesine yönelik “genel yorum” veya “tavsiye”ler hazırlayabilmektedirler⁶.

Bu çalışmada, Birleşmiş Milletler Şartı ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insan haklarının korunması noktasındaki rolüne değindikten sonra, altı uluslararası sözleşmeden ve bunların uygulanması bakımından ilgili Komitelerin, insan haklarının korunmasındaki rolünden bahsedilecektir. Ayrıca, söz konusu Sözleşmeleri ele alırken, öncelikli olarak Sözleşmelerin kapsam ve içeriği hakkında bilgi verilecek, sonra Sözleşmelerin uygulanması görevini üstlenen Komitelerden bahsedilecek ve sözleşmelerin öngördüğü denetim mekanizmalarına değinilecektir.

II. Birleşmiş Milletler Şartı Kapsamında İnsan Hakları

Milletler Cemiyeti Anlaşması'nın (the Covenant of the League of Nations), insan haklarıyla çok sınırlı bir ilişkisi söz konusudur. BM Şartı'nda geçen “insan hakları ve temel özgürlükler” ifadesi, Milletler Cemiyeti Anlaşması'nda geçmemektedir. Milletler Cemiyeti Anlaşması'nda; güvenliğin devamı, uyumsuzlukların barışçıl çözümü, eski Almanya ve Osmanlı Devleti topraklarında kurulacak mandater sistemler ve Merkez Avrupa'da azınlıkların korunması üzerinde yoğunlaşmıştır. Anlaşmada hiçbir sosyal, siyasal, ekonomik, medeni, kültürel haktan söz edilmemiş olması, geleneksel “vatandaşların hakları uluslararası toplumun değil, ilgili devletlerin sorumluluğundadır” anlayışının⁷ bir yansımasıdır⁸. Günümüz uluslararası hukuku, bireylerin

⁶ **TOPAL**, par. 25-28.

⁷ “II. Dünya Savaşı'ndan önceki dönemlerde, uluslararası hukukun öznesi olarak ‘devletler’ kabul edildiği ve bireylerin hukukun öznesi değil, konusu olduğu için, bir devletin kendi ülkesinde cereyan eden insan hakları ihlalleri, o devletin kendi iç hukuk sorunu olarak görülmüş, bir başka devletin veya organizasyonun soruna karışması, devletlerin egemen eşitliği ilkesinin sonucu iç işlerine karışmama yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.”, **KALABALIK**, s. 365.

⁸ **GREEN James Frederick**, The United Nations And Human Rights, Washington D.C., 1958, s. 648-649.

yaşamlarının ve onurlarının korunmasını devletlerin takdirine bırakmamış, bunu uluslararası toplumun asli bir görevi olarak kabul etmiştir⁹. Sonuç olarak, Milletler Cemiyeti Andlaşması'nda insan haklarına saygı kavramına yer verilmediği ve Birleşmiş Milletler öncesinde, insan haklarına yönelik denetim ve koruma istemlerinin çok sınırlı bir kapsama sahip olduğu açık bir şekilde görülmektedir¹⁰.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında oluşturulan Birleşmiş Milletler Şartı¹¹, hükümleri örgüte üye bütün devletler için bağlayıcı olan bir uluslararası andlaşmadır¹². BM Şartı'nın oluşturulması, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması bakımından bir dönüm noktası olmuştur¹³. Şöyle ki, BM Şartı'nın oluşturulma aşamasında, İkinci Dünya Savaşı'nda yaşanan insanlık dışı uygulamaların da etkisiyle, insan haklarının korunmasının uluslararası bir değer haline getirilmesi yönünde büyük bir beklenti doğmuştur¹⁴. Ayrıca, İkinci Dünya Savaşı'nın galip devletleri için, benzer bir felaketin tekrardan meydana gelmesini önleyebilecek bir organizasyonun ve sözleşmenin oluşturulması büyük önem taşımıştır¹⁵. Bununla birlikte, BM'nin kurulmasının ardından,

⁹ **ARSAVA Füsün**, "BM Güvenlik Konseyi'nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi'nin Yetkilerinin Dayanağı Ve Sınırları", Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 4, No: 13, 2007, s. 3.

¹⁰ **KALABALIK**, s. 365.

¹¹ Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmış ve 110. maddeye uygun olarak 24 Ekim 1945'de yürürlüğe girmiştir. **Sözleşmenin tam metni için bkz. Birleşmiş Milletler Şartı**, http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_01.pdf, Erişim Tarihi, 22.10.2014.

¹² **DOĞAN İlyas/ÖZDEMİR Omca**, "İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması", İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, s. 223.

¹³ **DÖNER Ayhan**, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara 2003, s. 35.

¹⁴ **GÖÇER Mahmut**, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Ankara 2009, s. 1.

¹⁵ **VÄYRYNEN Raimo**, "Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Colective Actions By The United Nations", Future Of The United

uluslararası toplum, insan haklarının korunmasının, uluslararası barışın korunmasıyla bağlantılı olduğunu anlamıştır. Bu yüzden, dünya barışıyla yakından bağlantılı olan insan haklarının geliştirilmesi ve bu haklara saygının gerçekleştirilmesinin teşvik edilmesi ve desteklenmesi görevi, Birleşmiş Milletlere verilmiştir. Bu bakımdan BM Şartı, insan haklarının uluslararasılaşmasının temelini oluşturmuştur¹⁶. Şunu da belirtmek gerekir ki, uluslararası alanda insan haklarının korunmasında ve geliştirilmesinde yeni standartların kabul edilmesi, İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemin en büyük başarısı olmuştur¹⁷.

BM Şartı'nda, insan hakları kavramına, temel insan haklarına ve devletlerin yükümlülüklerine çok az değinilmesi uluslararası toplum tarafından eleştirilmiştir¹⁸. Esasen, "insan haklarına saygıyı geliştirmek veya teşvik etmek" şeklindeki kısa ifadelerle ve atıflarla insan haklarına değinilmeye çalışılması, Şart'ın bu konudaki beklentilere cevap vermekten uzak olduğunun bir göstergesidir¹⁹. Buna rağmen, BM Şartı'nda, Giriş Bölümü haricinde, 6 kez insan haklarına vurgu yapılması²⁰, insan hakları kavramının ilk kez uluslararası nitelikteki bir belgede düzenlenmiş olması bakımından büyük önem arz etmektedir. Başka bir ifadeyle, insan hakları kavramının uluslararası düzeyde genel bir biçimde ele alınması ancak BM Şartı'yla mümkün olabilmiştir²¹.

İlk olarak, BM Şartı'nın Giriş Bölümünde, büyük ve küçük ulusların, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğuna; insan onuru ve

Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998, s. 54

¹⁶ **DÖNER**, s. 35.

¹⁷ International Commission On Intervention And State Sovereignty, The Responsibility To Protect, December 2001, s. 14.

¹⁸ **SKOGLY Sigrun I.**, "Extraterritoriality: Universal Human Rights Without Universal Obligations", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 76.

¹⁹ **GÖÇER**, s. 1.

²⁰ **DÖNER**, s. 35.

²¹ **BOZKURT Enver**, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara 2003, s. 55.

değerine, temel insan haklarına olan inanç belirtilmiştir. İkinci olarak, BM Şartı'nın 1. maddesinin 3. fıkrası, insan haklarının ve temel özgürlüklere saygının hiçbir ırk, cinsiyet, dil veya din ayrımı yapılmaksızın yükseltilmesi ve teşvik edilmesi için uluslararası işbirliğin gerçekleştirilmesini, Birleşmiş Milletler'in amacı olarak belirtmiştir. Üçüncü olarak, BM Genel Kurulu'nun görev ve yetkilerini düzenleyen 13. maddesi, “ırk, cins, dil veya din farkı gözetmeksizin herkesin insan haklarından ve temel hürriyetlerinden faydalanmasını kolaylaştırmak” için, araştırmalar yapmayı ve bu amaçla tavsiyelerde bulunmayı Genel Kurul'un görevleri arasında saymıştır. Dördüncü olarak, 55. maddenin (c) bendinde, Birleşmiş Milletler'e ırk, cinsiyet, dil ve din ayrımı gözetmeksizin, herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine bütün dünyada saygı gösterilmesini kolaylaştırma görevi yüklenmiştir. Ayrıca, 56. madde üye devletleri, 55. maddede belirtilen amaçlara ulaşmak için, gerek birlikte gerekse ayrı ayrı, Birleşmiş Milletlerle işbirliği içinde hareket etmekle yükümlü kılmıştır. Beşinci olarak, Şart'ın 62. maddesi, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in “herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine etkin bir biçimde saygı gösterilmesini sağlamak üzere tavsiyelerde” bulunabileceğini belirtmiştir. Altıncı olarak, 68. maddede, “insan haklarının ilerletilmesi” amacıyla, Ekonomik ve Sosyal Konsey tarafından komisyonlar kurulabileceği ifade edilmiştir. Son olarak, 76. maddenin (c) bendinde, Vesayet Rejiminin temel hedeflerinden birisinin de, “ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygı gösterilmesini teşvik etmek ve dünya halklarının karşılıklı bağımlılığını geliştirmek” olduğu düzenlenmiştir.

Yukarıda belirtilen maddelerde kullanılan geliştirmek, teşvik etmek, kolaylaştırmak gibi terimler sebebiyle bu kurallar, bazı uluslararası hukuk yazarları tarafından, bağlayıcılığı olan kurallar olarak görülmemekte ve yalnızca yol gösterici ilkeler olarak kabul edilmektedir²². Fakat BM Şartı'na andlaşmalar hukuku bağlamında bakıldığında, çok taraflı bir andlaşma karşımıza çıkmaktadır. Kurucu üyelerin kabul ettiği ve sonradan üye olan devletlerin de katıldığı bu andlaşmada, insan haklarının korunmasında yetkili bir organ

²² BOZKURT, s. 57.

öngörülmemiş olmakla birlikte, 56. madde uyarınca, her üye devlet, insan haklarının geliştirilmesi için gerek tek başına gerekse müşterek bir şekilde Birleşmiş Milletlerle işbirliği halinde hareket etmeyi taahhüt etmektedir²³. Bu durum, BM Şartı'nda geçen hükümlerin bağlayıcı hükümler olduğunun ve bu hükümlerin, BM organlarına ve üye devletlere bir yükümlülük yüklediğinin en temel göstergesidir.

Şu bir gerçektir ki, BM Şartı'nda insan hakları ile eşitlik ve kendi kaderini tayin etme ilkelerine yapılan atıflar, Şart'ın oluşturulmasıyla ilgilenen politikacıların temel kaygısı değildir. Odak noktası, uluslararası barış ve güvenliğin korunması olmakla birlikte, Şart'ın esas vurgusu, devletlerin iç işlerine müdahale etmeme ilkesine yöneliktir ve Şart bir insan hakları koruma rejimi oluşturmamaktadır²⁴. Bütün bunlara rağmen denilebilir ki, BM Şartı, devletleri temel hak ve özgürlüklere, ırk, cinsiyet, din veya dil ayrımı yapılmaksızın, bütün şartlarda saygı gösterilmesini ve uyulmasını sağlamak amacıyla uluslararası bir işbirliğine zorlamış ve insan haklarının korunması ve yükseltilmesi adına yeni bir dönem başlatmıştır²⁵.

III. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi

BM Şartı'nda insan haklarına yönelik birçok düzenleme yapılmış olsa da, insan haklarının kapsam ve içeriğine dair herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Başka bir ifadeyle, BM Şartı, bir insan hakları kataloğuna sahip bulunmamaktadır. Birleşmiş Milletler açısından, insan haklarının korunmasının sağlanabilmesi için, bir insan hakları kataloğu oluşturulması bir zorunluluk haline gelmiştir²⁶. Ayrıca, BM Şartı'nda, Birleşmiş Milletlerin temel amaçlarından birisinin de insan haklarına ve özgürlüklere saygının teşvik edilmesi ve bu konuda işbirliğinin sağlanması olarak belirtildiğinden, Birleşmiş Milletler bu alanlarda çalışmalar yapmak üzere Ekonomik ve Sosyal Konseyi görevlendirmiştir. Ekonomik ve Sosyal Konsey, kendisine yüklenen görevi yerine getirmek

²³ **DÖNER**, s. 36.

²⁴ **DOĞAN/ÖZDEMİR**, s. 224.

²⁵ **BOZKURT Enver/KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/POYRAZ Yasin**, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 181.

²⁶ **DÖNER**, s. 36-37.

üzere oluşturmuş olduğu İnsan Hakları Komisyonu'na²⁷ bir insan hakları bildirisi hazırlama görevi vermiştir²⁸. Bunun üzerine Komisyon, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (İHEB)'ni hazırlamış ve Genel Kurula sunmuştur. 10 Aralık 1948 tarihinde, Genel Kurul'da yapılan oylama sonucunda²⁹ İHEB kabul edilerek ilan edilmiştir³⁰. Genel Kurul'un insan haklarına ilişkin ilk Kararı³¹ olan İHEB, BM Şartı'nın insan haklarına ilişkin maddelerinin yorumlanmasında "üstün bir rehber" görevi görmüştür³².

-
- ²⁷ İnsan Hakları Komisyonu, Genel Kurul'un 15 Mart 2006 tarihinde almış olduğu 60/251 sayılı Kararı ile kaldırılmış ve yerine İnsan Hakları Konseyi kurulmuştur. United Nations Human Rights Council, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/Pages/AboutCouncil.aspx>, Erişim Tarihi, 23.10.2014; İnsan Hakları Komisyonu ve İnsan Hakları Konseyi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **SMITH Rhona K. M.**, *International Human Rights, Fifth Edition*, Oxford 2012, s. 61-66; **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 6-18.
- ²⁸ **CİVELEK Jale**, "1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi", *Milletlerarası Hukuk Ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Cilt: 9, Sayı: 1, 1989, s. 5-6.
- ²⁹ "Bu dönemde BM'nin elli sekiz üyesi bulunmaktadır. Bu elli sekiz üyeden ikisi (Honduras ve Yemen), oylamaya katılmamış geri kalan devletlerden sekizinin (Beyaz Rusya, Çekoslovakya, Polonya, Suudi Arabistan, Ukrayna, Güney Afrika, Sovyetler Birliği ve Yugoslavya), çekimser oyuna karşı kırk sekiz olumlu oyla Evrensel Bildiri kabul edilmiştir.", **DEMİR Esra**, "İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, s. 211.
- ³⁰ **CİVELEK**, s. 6; **STEINERTE Elina/ WALLACE Rebecca**, *United Nations Protection Of Human Rights, Section A: Mechanism For Human Rights Protection By United Nations Bodies*, London 2009, s. 11.
- ³¹ Kararın tam metni için bkz. General Assambly's Resolution, 217(III)A, *Universal Declaration of Human Rights*, [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)), Erişim Tarihi, 23.10.2014.
- ³² **VERDIRAME Guglielmo**, *The UN And Human Rights*, New York 2011, s. 83.

Bir koruma mekanizması öngörmeyen ve üye devletlerden yalnızca “bu hakların tüm dünyada fiilen tanınması ve uygulanmaya çalışılmasını” istemekle yetinen İHEB, genel anlamda dört grup insan hakkını kapsamaktadır³³. Başka bir ifadeyle, tespit edilecek hakların nasıl hayata geçirileceğinden çok insan hakları konusunda temel prensipleri tespit eden İHEB’te, yaşama hakkı, işkence yasağı, ifade özgürlüğü gibi klasik temel birey hak ve özgürlüklerine; aile kurma, dernek kurma, konut edinme, vatandaşlık ve sığınma hakkı gibi bireylerin grup içinde kullanabileceği haklara; vicdan, düşünce ve düşünceyi yayma, örgütlenme ve seçimlere katılma hakkı gibi siyasal haklara; çalışma, sosyal güvenlik, eğitim görme ve kültürel yaşam hakkı gibi sosyal devlet sisteminde ve sosyalist ideolojide önemli yer tutan sosyal haklara yer verilmiştir³⁴. Toplam otuz maddeden oluşan Bildiri’nin kapsamı bakımından, bu hakların kullanılması ve düzenlenmesiyle ilgili hükümler de vardır. Şöyle ki, Bildiri’nin son iki maddesinde özetle, bireylerin de topluma karşı görevleri olduğu belirtildikten sonra, bireylere tanınan hak ve özgürlüklerin nasıl ve ne ölçüde sınırlanabileceği gösterilmiştir. Bununla birlikte, İHEB’in hiçbir hükmünün, açıklanan hak ve hürriyetlerin bir devlet, zümre ya da birey tarafından yok edilmesi amacıyla, herhangi bir eylemde bulunmayı haklı gösterir şekilde yorumlanamayacağı açık bir şekilde ifade edilmiştir³⁵.

İHEB’in kabulü, BM’nin “insan haklarına ve temel özgürlüklere saygının yükseltilmesi ve teşvik edilmesi” yolundaki ilk adımı olmuştur³⁶. İHEB, Genel Kurul tarafından, bütün halkların ve bütün ulusların ortak bir başarısı olarak ilan edilmiştir³⁷. İlan edildiği tarihten bu yana insan hakları düşüncesinin gelişmesi ve yayılmasında temel

³³ **BOZKURT**, s. 59.

³⁴ **DOĞAN İlyas**, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, s. 135-136.

³⁵ **KALABALIK**, s. 67.

³⁶ **SCHMİDT Markus**, “United Nations”, International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, s. 391.

³⁷ **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**, The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1, s. 3.

belge olma niteliğini haiz olan İHEB, bağlayıcı bir belge olarak oluşturulmuş olmamasına rağmen, insan haklarına dair temel ilkeleri ortaya koymuş ve uluslararası toplumun onayını almıştır³⁸. İHEB'in hukuki bakımdan bağlayıcı olup olmamasına ilişkin bir görüş birliği yoktur. Genel kabul gören görüşe göre, BM Şartı'nda da belirtildiği üzere Genel Kurul kararları bağlayıcılığı olmayıp tavsiye niteliğindedir³⁹. Bu yüzden, İHEB'in de hukuksal bağlayıcı bir gücü bulunmayıp, İHEB kurallardan daha çok ahlaki değerleri dile getirmekte ve imzalayan devletlerin ulusal makamlarınca doğrudan uygulanabilir nitelikte ilkeler ortaya koymaktadır⁴⁰.

İHEB, insan haklarının devletlerin iç hukuklarına aktarılması konusunda ve soyut ilkelerin somut kurallara dönüştürülmesinde yol gösterici belge olma rolünü üstlenmiştir⁴¹. Bu doğrultuda, İHEB'de yer alan bütün hakların, uluslararası teamül kuralı ya da uluslararası hukukun genel ilkeleri niteliğini kazandığını söylemek ve insan haklarına ilişkin anlaşmalar haricinde, bu haklara bağlayıcılık atfetmek, hukuki açıdan doğru değildir⁴². Aslında İHEB daha çok, kendisinden sonra oluşturulan, ulusal ve uluslararası insan hakları belgelerini ciddi bir şekilde etkilemiş ve hukuken bağlayıcı nitelikteki standartların gelişmesinin başlama noktası olmuştur⁴³. Başka bir ifadeyle, İHEB insan haklarına küresel bir boyut kazandırmış ve bağlayıcı güce sahip ve etkili koruma mekanizmalarıyla donatılmış sözleşmelerin oluşturulmasında öncülük etmiştir⁴⁴. Örneğin, İHEB, BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi gibi uluslararası

³⁸ DEMİR, s. 211; **International Commission On Intervention And State Sovereignty**, s. 14; SCHMİDT, s. 391.

³⁹ KALABALIK, s. 68-69.

⁴⁰ **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**, s. 5.

⁴¹ DEMİR, s. 211.

⁴² BOZKURT, s. 61.

⁴³ BOZKURT, s. 61; The United Nations Human Rights System, http://www.hrea.org/index.php?base_id=163#charter, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

⁴⁴ KALABALIK, s. 67.

sözleşmelere öncül olmuş⁴⁵ ve bu Sözleşmeler bağlamında oluşturulan koruma mekanizmaları insan haklarının korunmasında önemli rol oynamıştır.

Genel Kurul, çok defa İHEB’i bir davranış kuralları bütünü gibi ve insan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı arttıracak önlemler alması için devletlere yapılan önerilerin temeli olarak kullanmıştır. Şöyle ki, Genel Kurul tarafından, 1949 yılında alınan “Barışın Esasları Kararı”nda⁴⁶, bütün uluslara şu çağrıda bulunulmuştur⁴⁷: “İnsanlığın onur ve değerini korumanın çok önemli bir mesele olduğundan yola çıkarak, siyasi muhalefetin barışçı bir şekilde dile getirilmesi özgürlüğü, dinsel özgürlük ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi’nde anlatımını bulan diğer bütün temel özgürlükler için saygı duyulması sağlanmalıdır”. Yine aynı şekilde, kabul edilen bütün insan hakları belgelerinin Giriş Bölümlerinde İHEB’e atıflar yapılması bu durumun bir göstergesidir. Ayrıca, 1963 tarihinde oluşturulan Afrika Birliği Teşkilatı Şartı’nda⁴⁸, Hükümet ve Devlet Başkanları, İHEB’e katıldıklarını doğrulamışlardır. Benzer şekilde, 1968 Tahran İnsan Hakları Konferansı’nda, katılımcı 54 devletin temsilcileri, İHEB’de ifade edilen hak ve özgürlüklerin, vazgeçilemez ve ihlal edilemez olduğunu kabul ettiklerini açıklamışlardır⁴⁹.

Bildirgenin kabulünden bu yana, insan hakları ve temel özgürlükler, yüzlerce evrensel ve bölgesel, bağlayıcı ve bağlayıcı

⁴⁵ UNODC And The Promotion And Protection Of Human Rights, Position Paper, 2012, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Human_rights_position_paper_2012.pdf, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

⁴⁶ **Kararın tam metni için bkz. General Assambly’s Resolution, 290(IV), Essentials Of Peace,** [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290\(IV\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290(IV)), Erişim Tarihi, 25.10.2014.

⁴⁷ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği,** Birleşmiş Milletler Ve İnsan Hakları, Ankara 1979, s. 18-19.

⁴⁸ **Sözleşmenin tam metni için bkz. Afrika Birliği Teşkilatı Şartı,** http://www.au.int/en/sites/default/files/OAU_Charter_1963_0.pdf, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

⁴⁹ **KALABALIK,** s. 67.

olmayan araçlarla kanunlaştırılmıştır. Bu kodifikasyon süreci, Birleşmiş Milletler düzeyinde halen devam etmektedir, fakat bugün esas problem, oluşturulan uluslararası standartların ulusal düzeyde uygulanmamasındadır. Bir diğer sorun da, insan hakları alanında var olan Birleşmiş Milletler denetleme sisteminin, etkililiği ve görünürlüğünün artırılması konusundadır⁵⁰.

IV. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri

Birleşmiş Milletler tarafından insan haklarının korunması adına çok sayıda insan hakları sözleşmeleri kabul edilmiştir⁵¹. Birleşmiş Milletler tarafından onlarca insan hakları sözleşmesi oluşturulmuş olsa da, bu bölümde Birleşmiş Milletler insan hakları koruma sistemi içerisinde ön plana çıkan uluslararası insan hakları sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin denetiminin sağlanması adına oluşturulan mekanizmalar ele alınacaktır. Bu sözleşmeleri ve sözleşme denetim mekanizmalarını şu şekilde sıralamak mümkündür:

- i) Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi ile İnsan Hakları Komitesi;
- ii) Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi;
- iii) İşkenceye ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı ya da Aşağılayıcı Ceza ve Muameleye Karşı Sözleşme ile İşkencenin Önlenmesi Komitesi;
- iv) Çocuk Hakları Sözleşmesi ile Çocuk Hakları Komitesi;
- v) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ile Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi;
- vi) Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi ile Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi.

⁵⁰ SCHMİDT, s. 391.

⁵¹ **Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen bütün temel insan hakları sözleşmelerinin listesi için bkz.** <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CoreInstruments.aspx>, Erişim Tarihi, 22.10.2014.

A- 1966 İnsan Hakları Sözleşmeleri (İkiz Sözleşmeler)

İHEB'in kabulünden sonra, devletlere hukuki sorumluluklar yükleyecek ve temel hak ve özgürlüklere saygı gösterilmediğinde, bu durumu belirleyecek bir denetim sistemi ve yaptırım uygulayacak bir mekanizmaya ihtiyaç duyulmaya başlanmıştır⁵². Birleşmiş Milletler Genel Kurulu, İHEB'i oluşturan İnsan Hakları Komisyonu'na, bütün devletlerin üzerinde anlaşabileceği, temel hak ve özgürlükleri açık bir şekilde ifade eden ve bu hak ve özgürlüklerin ihlali durumunda alınması gereken tedbirleri de içeren bir insan hakları sözleşmesi oluşturma yetkisini de vermiştir⁵³. İnsan Hakları Komisyonu, bu yetkiye dayanarak çalışmalarına başlamış ve 1950 yılında hazırlamış olduğu sözleşme taslağını Genel Kurul'a sunmuştur. Genel Kurul'da, Doğu ve Batı Bloku arasındaki fikir ayrılıklarından dolayı, taslak reddedilmiştir. Bunun üzerine yapılan müzakerelerin ardından, Komisyon'a iki ayrı sözleşme taslağı hazırlama görevi verilmiştir. İnsan Hakları Komisyonu, hazırlamış olduğu medeni ve siyasi haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel hakları içeren sözleşme taslaklarını, 1954 tarihinde Genel Kurul'a sunmuştur⁵⁴. Taslaklar üzerinde uzun tartışmalar yaşanmış ve Doğu ve Batı Bloku arasındaki çatışmanın etkisiyle sözleşmelerin kabulü süreci uzamıştır⁵⁵.

⁵² **KALABALIK**, s. 70.

⁵³ **BOZKURT**, s. 61.

⁵⁴ **DÖNER**, s. 40.

⁵⁵ **BOZKURT**, s. 62; Sürecin uzamasındaki temel sebep, Doğu ve Batı Bloğu arasındaki insan hakları anlayışındaki farklılıkların bulunmasıdır. Ayrıca, liberal özgürlükçü düşünceye sahip Batılı Devletler, yaşam hakkı, ifade özgürlüğü, vb. gibi klasik hakların, çalışma hakkı, eğitim hakkı, vb. gibi sosyal ve ekonomik hakları dışarıda bırakarak kaleme alınmasını ve ihlallerin uluslararası denetimini bir İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından desteklenen bir uluslararası mahkemenin denetimine bırakılmasını istemekteydiler. Buna karşın Doğu Bloğunu oluşturan Sosyalist Devletler Grubu, bütün insan haklarının eşdeğer olduğunu ve karşılıklı olarak birbirlerine bağlı olduklarını ifade ediyorlardı. Bu bakımdan, içinde sosyal, ekonomik ve kültürel hakların da bulunduğu ortak bir sözleşmenin oluşturulmasını istemekteydiler. Bununla birlikte, devletlerin egemenliğine müdahale niteliğinde bir uluslararası yargısal denetime karşı çıkmaktaydılar. **DÖNER**, s. 40.

Her Genel Kurul oturumunda madde madde incelenen ve görüşülen taslaklar, 12 yıllık bir sürenin sonucunda, 16 Aralık 1966 tarihinde son hallerini alarak, 2200 A (XXI) sayılı karar⁵⁶ ile kabul edilmişlerdir⁵⁷. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS)⁵⁸ 106 oya karşı sıfır oyla; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS)⁵⁹ 105 oya karşı sıfır oyla; Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Ek Seçimlik Protokol⁶⁰ ise 38 çekimsiz ve 2 red oya karşı 66 oyla kabul edilmiştir⁶¹. Kabul edilen Sözleşmelerin, 35 devletin onay ve katılma belgesini BM Genel Sekreterliği'ne sunmasının ardından üç ay geçmesi üzerine yürürlüğe gireceği kararlaştırılmıştır. Dokuz yıl süren bu sürecin sonunda, Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 23 Mart 1976 tarihinde; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi 23 Ocak 1976 tarihinde; Seçimlik Protokol ise 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶². Bununla birlikte, uluslararası birer sözleşme niteliğini haiz olan ve hukuksal bağlayıcılığa sahip olan bu Sözleşmelere, "İkiz Sözleşmeler" de denilmektedir⁶³.

⁵⁶ **Kararın tam metni için bkz. General Assembly's Resolution, 2200 A (XXI)**, <http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

⁵⁷ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 119; **BOZKURT**, s. 62.

⁵⁸ **Sözleşmenin tam metni için bkz. Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi**, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

⁵⁹ **Sözleşmenin tam metni için bkz. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi**, <http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

⁶⁰ **Sözleşmenin tam metni için bkz. Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Ek Seçimlik Protokol**, http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/Medeni_Siyasi_Haklari_UL_Soz_Ek_Pro.pdf, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

⁶¹ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 119.

⁶² **BOZKURT**, s. 62; **DOĞAN/ DOĞAN İlyas/HAZAR Zeynep**, "BM Medeni Ve Siyasi Haklar Sözleşmesi", İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, s. 143.

⁶³ **KALABALIK**, s. 70.

İkiz Sözleşmeler, İHEB'e atıfta bulunarak, Bildiri'de kabul edilen fikirlerle bağlantı kurmuş ve temel hak ve özgürlüklere yer vermiştir. Bununla birlikte, “insan topluluğunun tüm üyelerinin doğuştan sahip olduğu onurun ve onların eşit ve vazgeçilmez haklarının tanınmasının dünyada özgürlük, adalet ve barış temeli”ni oluşturduğu belirtilerek, uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında ve sağlanmasında insan haklarının önemi vurgulanmıştır⁶⁴. İkiz Sözleşmelerde, İHEB'de yer alan sığınma hakkı, serbest dolaşım hakkı gibi bazı haklar düzenlenmemiş olmakla birlikte; self-determinasyon hakkı, halkların kendi doğal kaynak ve zenginliklerine sahip olma ve bunları serbestçe kullanma hakkı gibi İHEB'de yer almayan haklar da yer almaktadır⁶⁵.

1. Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi

İHEB'de düzenlenmemiş bazı hakları da içeren geniş bir kapsama sahip olan Medeni Ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS), Bildiri'de düzenlenen medeni ve siyasal alandaki hak ve özgürlükleri daha ayrıntılı bir şekilde incelemekte ve bir sözleşme formatında düzenlemektedir⁶⁶. Başka bir ifadeyle MSHS, İHEB'de yer alan hakları bir sözleşme şeklinde listelemiştir ve bu haklara bağlayıcı nitelik kazandırmıştır⁶⁷. Bu bakımdan, Sözleşme'nin ikinci maddesinde, “Sözleşmeye Taraf her Devlet, bu Sözleşmede tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi her hangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder” denilmek suretiyle, sözleşmeye taraf olan tüm devletlere, kendi ülkesinde yaşayan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireylere hiçbir ayırım gözetmeksizin sözleşmede tanınan hakları sağlama ve bunlara saygı gösterme sorumluluğunu yüklemiştir⁶⁸. Bununla birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında, “Sözleşmede tanınan hakları kendi

⁶⁴ DÖNER, s. 41.

⁶⁵ KALABALIK, s. 70.

⁶⁶ BOZKURT, s. 62.

⁶⁷ KALABALIK, s. 71.

⁶⁸ DÖNER, s. 41; KALABALIK, s. 71.

mevzuatında veya uygulamasında henüz tanımamış olup da bu Sözleşmeye Taraf Devletler, kendi anayasal usullerine ve bu Sözleşmenin hükümlerine uygun olarak, Sözleşmede tanınan hakları uygulamaya geçirmek için gerekli olan tedbirleri veya diğer önlemleri almayı taahhüt ederler” denilmek suretiyle, sözleşmeye taraf olan, fakat hukuk düzenleri henüz Sözleşme’nin öngörmüş olduğu standartlara uymayan devletlere, kendi anayasalarına ve Sözleşme’ye uygun şekilde, gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü getirmektedir⁶⁹.

MSHS’de düzenlenen her hak, mutlak değildir. Sözleşme, sınırlama getirilecek hakları belirlemiş ve bu sınırlamaları maddeler halinde formüle etmiş ve ayrıntılandırmıştır. Genel anlamda, Sözleşme, söz konusu hakların yalnızca kanunlarda belirtilen şekillerde sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların ancak kamu düzenini, ulusal güvenliği, kamu sağlığını ve ahlakını ya da başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumak için sınırlanabileceğini kabul etmektedir⁷⁰. Sınırlamalara ilişkin genel hüküm Sözleşme’nin 4. maddesinde düzenlenmiş olmakla birlikte, 19/3, 21, 22/2 ve 23/4. maddelerde⁷¹ de

⁶⁹ DÖNER, s. 41.

⁷⁰ Birleşmiş Milletler Türk Derneği, s. 122.

⁷¹ **19/3- İfade Özgürlüğü-** Bu maddenin ikinci fıkrasındaki haklar özel bir ödev ve sorumlulukla kullanılır. Bu nedenle bu hak, sadece hukuken öngörülen ve aşağıdaki sebeplerle gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir:

a) Başkalarının haklarına ve itibarına saygı;

b) Ulusal güvenliği veya kamu düzenini veya sağlık ve ahlakı koruma.

21- Toplanma Özgürlüğü- Barışçıl bir biçimde toplanma hakkı hukuk tarafından tanınır. Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliği veya kamu güvenliğini, kamu düzenini, sağlık veya ahlakı veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacı taşıyan, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukuka uygun olarak getirilen sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz.

22/2- Örgütlenme Özgürlüğü- Bu hakkın kullanılmasına ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlık veya ahlâkın, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuken öngörülmüş ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamaların dışında başka hiç bir sınırlama konamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler ve polis

belli amaçlarla sınırlamaların yapılabileceği öngörülmüş ve bu sınırlamaların sınırı olarak da “demokratik toplum gereklerine uygunluk ölçütü” kabul edilmiştir⁷². Buna karşılık, Sözleşme’nin 4. maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere⁷³, bazı haklar ise mutlak nitelikte kabul edilmekte ve herhangi bir şekilde sınırlandırmaya tabi tutulamamaktadır⁷⁴. Herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamayan bu durumlar, yaşam hakkı, işkence, zalimane ve insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya ceza yasağı, kölelik ve zorla çalıştırma yasağı, borç nedeniyle hapis yasağı, kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, kişi olarak tanınma hakkı ve düşünce, vicdan ve din hürriyeti olarak belirlenmiştir⁷⁵.

Koruma altına alınan hak ve özgürlüklere bakıldığında, Sözleşme yaşam hakkını korumakta (m. 6); işkenceyi, eziyeti ve aşağılayıcı ve insanlık dışı muameleyi yasaklamakta (m. 7) ; köleliği, köle ticaretini, angaryayı ve zorunlu çalıştırmayı yasaklamakta (m. 8); keyfi tutuklama ve gözaltına almayı yasaklamakta (m. 9); özgürlüğünden yoksun bırakılan herkesin insanca muamele görmesini gerektiğini (m. 10) ifade ederek, kimsenin sırf sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirememekten dolayı hapse atılmayacağını (m. 11) düzenlemektedir. Bunun yanı sıra Sözleşme, seyahat özgürlüğü ve yabancıların sınır dışı edilmelerine karşı usuli güvenceleri (m. 13), adil yargılanma hakkını (m. 14), kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesini (m. 15), kişi olarak tanınma hakkını (m. 16), özel hayatın gizliliği ilkesini (m. 17), düşünce, din,

teşkilatı mensuplarının bu hakkı kullanmaları üzerine hukuki kısıtlamalar konulmasını engellemez.

23/4- Ailenin Korunması- Bu Sözleşmeye taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülükler sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur.

⁷² **DÖNER**, s. 42.

⁷³ **4/2-** Sözleşmenin 6, 7, 8(1 ve 2 fıkralar), 11, 15, 16 ve 18. maddelerindeki yükümlülüklerde hiç bir azaltma yapılamaz.

⁷⁴ **Birleşmiş Milletler Türk Derneği**, s. 122.

⁷⁵ Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde başlıkları için bkz. **KALABALIK**, s. 71.

vicdan özgürlüğünü (m. 18), ifade özgürlüğünü (m. 19), ailenin korunmasını (m. 23), örgütlenme özgürlüğünü (m. 22), çocuk haklarını (m. 24), hukuk önünde eşitlik ilkesini (m. 26) ve azınlıkların korunması (m. 27) düzenlemektedir. Buna karşın, sığınma hakkı ve sığınmacı statüsünden yararlanma hakkı, bir vatandaşlığa sahip olma hakkı, mülkiyet hakkı gibi haklar, İHEB’de yer almasına rağmen, Sözleşme’nin kapsamına alınmamışlardır⁷⁶.

MSHS, düzenlemiş olduğu hakların ve özgürlüklerin uygulanmasını denetlemek ve bunlara taraf devletlerin uyup uymadığını izlemek amacıyla, bir “İnsan Hakları Komitesi” kurulmasını öngörmüştür⁷⁷. İnsan Hakları Komitesi, yüksek bir ahlaki düzeye sahip olan ve insan hakları alanında uzmanlığı ile tanınmış bulunan üye devlet vatandaşları arasından, taraf devletler tarafından seçilen ve kendi adlarına görev yapan uzman kişilerden oluşmaktadır (m. 28). Ayrıca Komite, 18 üyeden oluşmakta ve seçilen üyeler 4 yıllık süre için seçilmekte ve tekrardan üye olabilmektedirler (m. 28, 32). Bununla birlikte Komite, Mart, Temmuz ve Kasım aylarında olmak üzere, yılda üç defa toplanmakta ve toplantılar üç hafta sürmektedir. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (İHYK)⁷⁸, Komite’ye gerekli sekreterlik desteğini sağlamaktadır⁷⁹.

İnsan Hakları Komitesi’nin görevlerini, devletlerin vermiş olduğu zorunlu raporların incelenmesi, devletler tarafından yapılan bildirimleri kabul etme ve inceleme, Sözleşme’de belirtilen hakları ihlal edilmiş bireylerin yapmış olduğu bildirimlerin kabul edilmesi ve incelenmesi⁸⁰,

⁷⁶ DÖNER, s. 42.

⁷⁷ KALABALIK, s. 71.

⁷⁸ İnsan Hakları Yüksek Komiserliği ve görevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇALIK Tacettin, “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, Yıl: 2015, s. 1118-1121; United Nations High Commissioner For Human Rights, <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

⁷⁹ KALABALIK, s. 372; SMITH, s. 68.

⁸⁰ BOZKURT, s. 64.

yapmış olduğu faaliyetlere ilişkin Genel Kurul'a yıllık raporlar sunma⁸¹ ve Sözleşme'nin anlamlandırılmasına ve uygulanmasına ilişkin açıklayıcı yorum yapma⁸² olarak ifade etmek mümkündür⁸³. İnsan Hakları Komitesi'ne gereken sekreterlik desteğini İnsan Hakları Yüksek Komiserliği sağlamakla birlikte, Komite'nin iş yükü, Seçimlik Protokol'e taraf devlet sayısının artmasından ve Komite'nin çalışmalarına ilişkin farkındalığın yükselmesinden dolayı, gün geçtikçe artmaktadır⁸⁴.

MSHS, İnsan Hakları Komitesi'ne bağlı olarak, üç ayrı koruma mekanizması öngörmüştür. Bunları devlet başvurusu yoluyla denetim (m. 41), rapora dayalı denetim (m. 40) ve bireysel başvuru (Ek Protokol m. 2) yoluyla denetim şeklinde sıralamak mümkündür. Bu denetim mekanizmaları, yukarıda sayılan diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinde de, küçük farklılıklar haricinde aynı şekilde düzenlenmiştir.

İlk olarak, rapora dayalı denetim mekanizmasına bakıldığında, uluslararası sözleşmelerin uygulanmasının denetlenmesinde en temel ve sık başvurulan yollardan birisi rapor usulüdür. Uluslararası bir sözleşmeyi imzalayıp onaylayan her devlet, ilgili komitelere, onay tarihinden itibaren bir yıl ya da iki yıl içerisinde⁸⁵ (komiteler arasında

⁸¹ Basic Facts About The United Nations, s. 210.

⁸² İnsan Hakları Komitesi'nin yapmış olduğu bu yorumlar, genel nitelikli olmakla birlikte, taraf devletlerin Sözleşmeye etkinlik ve işlerlik kazandırmasına ve Sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeleri konusunda yol göstermektedir. Bu yorumlar aynı zamanda, Sözleşmeyi imzalamayı düşünen diğer devletlere de, üstlenecekleri sorumlulukların kapsamını görme imkânı sağlamaktadır. **DOĞAN/HAZAR**, s. 147; **Komite tarafından oluşturulan Genel Yorum örnekleri için bkz.** General Comments Adopted by the Human Rights Committee, <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcomms.htm>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

⁸³ **DOĞAN/HAZAR**, s. 147.

⁸⁴ **SMITH**, s. 68.

⁸⁵ Sözleşmelerde kabul edilen başlangıç raporu ve dönemsel raporlara öngörülen süreler için bkz. **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**, s. 23.

farklılık arz edebilir) bir başlangıç raporu ve daha sonra belli periyodlarla dönemsel raporlar sunmak zorundadır⁸⁶. Başlangıç raporunda, ilgili ülkenin anayasasında yer alan insan haklarına ilişkin hükümler, hakların korunmasına ilişkin yargısal ölçütler ve hakların ihlali durumunda gidilebilecek idari ve yargısal yolların belirtilmesi gerekmektedir. Dönemsel raporlar ise, komitenin belirleyeceği süreler içinde, ilgili insan hakları sözleşmesinin taraf olan devletlerin ülkelerinde uygulanmasına ilişkin durumu belirtmek üzere verilmektedir⁸⁷.

Her komite, devletlerden alınan raporları, ilgili devlet temsilcileriyle beraber, inceler ve kamuya açık oturumlarda tartışır. Rapor incelemeleri, ilgili devlet temsilcileriyle yapıcı işbirliği içerisinde gerçekleştirilir. Raporların incelenmesinden sonra komiteler, tamamlayıcı yorumlar yaparlar ve toplantının sonunda ilgili devletlere tavsiyelerde bulunurlar. Devletlerin komiteler tarafından alınan karar ve verilen tavsiyelere uymaları beklenir. Bununla birlikte, komiteler acil durumlarda ve ağır insan hakları ihlalleri yaşanması halinde, devletlerden özel raporlar isteyebilme yetkisine de sahiptir⁸⁸.

Rapor usulü, insan hakları sözleşmelerinin uygulanmasında kabul edilen esas mekanizmadır. Fakat rapor usulü insan haklarının korunmasında sınırlı bir etkiye sahiptir. Çünkü sözleşmelere uymama durumunda bir yaptırımın öngörülmemiş olması, yalnızca bu yükümlülüğü yerine getirmeyen devletlerin adının yıllık raporlarında belirtilerek kınanabilmesi, komitelerin gücünün sınırlı olduğunun bir göstergesidir⁸⁹. Bununla birlikte devletler, genellikle raporları ya geç göndermekte ya da insan hakları sorunlarına ilişkin son derece yetersiz, çok basit raporlar hazırlamaktadırlar. Bu durum, rapor mekanizmasını etkisiz hale getirmektedir⁹⁰. Ayrıca, komitelerin hazırladığı, kendilerine

⁸⁶ **ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik**, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, *Avrasya Dosyası*, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, s. 119-120; **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 21; **KALABALIK**, s. 374.

⁸⁷ **DOĞAN/HAZAR**, s. 148.

⁸⁸ **KALABALIK**, s. 375.

⁸⁹ **DOĞAN/HAZAR**, s. 148; **ALGAN/TİRYAKİ**, s. 121.

⁹⁰ **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 22.

sunulan raporlara ilişkin genel görüşlerini içeren ve taraf devletlere gönderilen raporlar, bağlayıcı niteliğe sahip değildirler. Fakat yine de, bu raporlar, sözleşmeciler devletlerde ve dolayısıyla tüm dünyada sözleşmelerin birlik ve uyum içerisinde uygulanması amacına hizmet etmektedir⁹¹.

İnsan Hakları Komitesi'nin uyguladığı rapor usulüne bakıldığında⁹², taraf devletler medeni ve siyasi hakları koruma ve geliştirme konusunda ülkelerinde almış oldukları tedbirleri içeren dönemsel raporları 5 yıllık dönemler için Komite'ye vermek zorundadır. Ayrıca, taraf devletlerden gerekli gördükleri zaman ad hoc (özel) raporlar isteme yetkisine sahiptir⁹³. Bununla birlikte taraf devletler, MSHS'nin kendi ülkelerinde yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, medeni ve siyasi hakları koruyan anayasal hükümleri, hakların korunmasına yardımcı olan yargısal ölçütleri ve Sözleşme'de yer alan haklara aykırılıklar olması halinde ulusal düzeyde başvurulabilecek idari ve yargısal başvuru yollarını içeren bir başlangıç raporunu Komite'ye sunmak zorundadırlar. Devletler hazırlamış oldukları raporları, BM Genel Sekreteri aracılığıyla Komite'ye sunar⁹⁴. Komite, kendisine iletilen raporları inceledikten sonra, raporlara ilişkin "genel görüşlerini" içeren bir rapor hazırlayarak, bu raporu taraf devletlere ve gerekli görürse Ekonomik ve Sosyal Konsey'e iletir⁹⁵.

İkinci olarak, devlet başvurusu yoluyla denetim usulünde, herhangi bir devlet diğer bir devlete karşı, taraf oldukları insan hakları sözleşmelerinin gereklerini yerine getirmediği gerekçesiyle şikâyette

⁹¹ **DÖNER**, s. 44.

⁹² Komite MSHS kapsamında Devlet raporları için birleştirilmiş kılavuz hazırlamıştır. **Bu kılavuzun tam metni için bkz.** Consolidated Guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (2001), <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/reportguidelines-2001.html>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

⁹³ **SMITH**, s. 68.

⁹⁴ **KALABALIK**, s. 375; **KARAOSMANOĞLU Fatih**, İnsan Hakları, 2. Baskı, Ankara 2012, s. 147.

⁹⁵ **BOZKURT**, s. 65.

bulunabilmekte ve o devlet hakkında işlem başlatabilmektedir⁹⁶. Fakat bu yolun işleyebilmesi, söz konusu devletin komitenin bu yetkisini, özel bir bildirim ile tanımış olması gerekmektedir⁹⁷. Bu kuralın tek istisnası, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)'nin 33. maddesinde belirtilen devlet başvurularıdır⁹⁸. Bu maddeye göre, AİHS'ye taraf olan her devlet, başka bir taraf devlete karşı, yükümlülüklerinin ihlali gerekçesiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmektedir⁹⁹. Uygulamada devletler, bu şikâyet mekanizmasını çok sık kullanmamakta¹⁰⁰, bir çıkarı zedelendiğinde sıklıkla misilleme yoluna gitmekte ve ilgili denetleme biriminin yetkisini tanımamaktadır¹⁰¹.

İnsan Hakları Komitesi'nin uygulamasına bakıldığında, Komite'nin yetkisinin şikâyet edilen ilgili devlet tarafından kabul edilmiş olması şartının yanı sıra, uluslararası hukuk tarafından öngörülen iç hukuk başvuru yollarının ilgili devletler tarafından tüketilmesi gerekmektedir (m. 41/1, 1-c). Sözleşme'ye taraf devletlerden birisi, diğer bir taraf devletin Sözleşme hükümlerini yerine getirmediği kanaatine sahipse, durumu yazılı bir bildirimle ilgili devlete bildirir. Bildirim alan devletin üç ay içerisinde, yazılı olarak gerekçesini bildirme ve açıklama yapma yükümlülüğü vardır (m. 41/1-a). Yapılan açıklamanın ve bildirilen gerekçenin tatmin edici olması durumunda sorun ortadan kalkar. Eğer bu devletler ilk bildirimden itibaren altı ay içerisinde uzlaşamazlarsa,

⁹⁶ TOPAL, par. 32.

⁹⁷ ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, 12. Baskı, Ankara 2005, s. 258.

⁹⁸ KALABALIK, s. 378.

⁹⁹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 33. madde. **Sözleşmenin tam metni için bkz. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi**, http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

¹⁰⁰ Bugüne kadar Birleşmiş Milletler andlaşmalar sisteminde, devlet başvurusu mekanizması hiç kullanılmamıştır. **JOSEPH/KYRIAKAKIS**, s. 23; **International Justice Resource Center**, Human Rights Committee, http://www.ijrcenter.org/un-treaty-bodies/human-rights-committee/#Inter-State_Complaints, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

¹⁰¹ KALABALIK, s. 378.

tarafından birisi karşı devlete durumu bildirmek suretiyle konuyu İnsan Hakları Komitesi'ne götürebilmektedir (m. 41/1-b).

Komite'nin önüne gelen devlet başvurusunda süreç, kabul edilebilirlik koşullarının incelenmesi, maddi gerçeğin irdelenmesi ve şikâyetçi devlet ile şikâyet edilen devletleri uzlaştırmaya yönelik çalışmalar yürütmek şeklinde gerçekleşmektedir. Komite, uzlaştırma görevini oluşturacağı bir komisyona devredebilmektedir. Bu üç aşamalı sürecin esas amacı, devletleri yargılamak değil, sözleşmenin uygulanmasına yönelik farklı görüşleri uzlaştırmaktır¹⁰². Başka bir ifadeyle, Komite yalnızca tarafsız bir arabulucu olarak hareket eder¹⁰³.

Üçüncü olarak, bireysel başvuru yöntemine bakıldığında¹⁰⁴, bazı uluslararası sözleşmeler, sözleşmede düzenlenen haklarının ihlal edildiğini iddiasında olan bireylere, bu ihlalden sorumlu tuttuğu hükümete karşı, ilgili denetleme biriminde işlem başlatma yetkisi vermektedir¹⁰⁵. Fakat bireylere tanınan bu başvuru yetkisi, yalnızca ilgili devletin bireylerin başvuru hakkını açık bir şekilde kabul etmiş olmasına bağlıdır¹⁰⁶. İnsan haklarının korunması noktasında önemli bir güvence sağlayan bireysel başvuru usulü, yargısal nitelikte değildir¹⁰⁷. Bireysel başvuru usulü, ulusal egemenlikleri ihlal edeceği ve uluslararası hukukun sùjelerinin yalnızca devletler olduğunu ileri süren klasik görüşlerin

¹⁰² DOĞAN/HAZAR, s. 149-150.

¹⁰³ SMITH, s. 69.

¹⁰⁴ İnsan Hakları Komitesi'ne yapılan bireysel başvuru örnekleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. HANSKI Raija/SHEININ Martin, *Leading Cases Of The Human Rights Committee*, Turku, Finland, 2003, s. 33-80; İnsan Hakları Komitesi tarafından verilen tüm kararlar için bkz. *Decisions and Views of the Human Rights Committee*, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/undocs-index.html>, Erişim Tarihi, 26.10.2014; http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=17, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

¹⁰⁵ JOSEPH/KYRIAKAKIS, s. 24.

¹⁰⁶ KALABALIK, s. 380.

¹⁰⁷ KARAOSMANOĞLU, s. 149.

etkisiyle, genellikle ek seçimlik protokollerle düzenlenmiştir¹⁰⁸. Bireysel başvuru mekanizmasını kabul eden sözleşme ve ek protokoller şunlardır: MSHS'ye Ek Seçimlik Protokol, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Seçimlik Protokolü, Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi Seçimlik Protokolü, İşkenceye Karşı Sözleşme ve Tüm Göçmen İşçilerin ve Aile Üyelerinin Haklarının Korunması Sözleşmesi.

Hükümetler tarafından işlenen insan hakları ihlallerini her birey, grup ya da örgüt, BM Genel Sekreterliğine bildirebilmektedir. Başvurular, mektup ya da telgraf aracılığıyla yapılabilmektedir. Başvuruda hangi prosedür ve denetim mekanizmasına başvurulduğu açık bir şekilde yer almalıdır. İnsan Hakları Yüksek Komiserliği başvuruları inceledikten sonra, gerekli birimlere aktarmaktadır. Bireysel başvuru yoluna başvurabilmenin temel şartı, ilgili komitenin bireysel başvuru yetkisinin özel bir beyanla, taraf devletler tarafından kabul edilmiş olmasıdır¹⁰⁹.

İnsan Hakları Komitesi bakımından bireysel başvuru mekanizmasına bakıldığında, MSHS'ye Ek Seçimlik Protokol ile getirilen bu usulün uygulanabilmesi için, ilgili devletin Seçimlik Protokol'e taraf olması gerektiği görülmektedir. Yalnızca MSHS'ye taraf olmak bireysel başvuru mekanizmasının işlemesi için yeterli sayılmamaktadır¹¹⁰. Devletin Protokol'e taraf olması başvuru usulünün kabul edilmiş olduğunu gösterir ve MSHS'de yer alan haklardan birisinin ihlal edildiğini ileri süren bireyler ilgili devlete karşı Komite'ye başvurabilir. Devletler istedikleri zaman BM Genel Sekreterliği'ne yapacakları yazılı bir bildirimle, Protokol'ü tek tarafı olarak feshedebilirler. Fesih bildirimden itibaren üç ay geçmesiyle hüküm doğurur¹¹¹.

Komiteye yapılan bireysel başvuruların kabul edilebilirlik koşulları şu şekilde sıralanabilir:

¹⁰⁸ SMITH, s. 69.

¹⁰⁹ KALABALIK, s. 381.

¹¹⁰ DÖNER, s. 46.

¹¹¹ BOZKURT, s. 66.

a) Başvurucunun iç hukuk yollarını tüketmiş olması gerekmektedir. Fakat iç hukuk yolları makul olmayan bir şekilde uzun sürerse, bu şart aranmayacaktır (Ek Protokol m. 5/2).

b) Başvurunun yazılı bir şekilde ve başvuranın kimliğini ortaya koyacak şekilde, yani imzalı olması gerekmektedir (Ek Protokol m. 3).

c) Başvuru hakkın kötüye kullanımı niteliği taşımamalıdır (Ek Protokol m. 3).

d) Şikâyet konusu, başka bir soruşturma veya çözüm usulüne göre incelenmekte olmamalıdır (Ek Protokol m. 5/2).

Başvurular kabul edildikten sonraki sürece bakıldığında, Komite, kabul edilen başvuruları, şikâyet edilen devlete bildirir. Şikâyeti öğrenen devlet, altı ay içinde görüşlerini Komite'ye iletir. Komite, bireysel başvuruyu ilgili devletten almış olduğu görüş ve belgeler ışığında kapalı oturumlarda inceler. Komite, inceleme sonucunda varmış olduğu görüşlerini ilgili devlete ve başvuru sahibine gönderir ve kamuoyuna duyurur (Ek Protokol m. 4, 5/4).

Eğer İnsan Hakları Komitesi başvuru sahibi lehine bir karar vermişse, taraf devletten bu hak ihlalinin ortadan kaldırılması ve maddi ve manevi zararların giderilmesi istenebilir. Ayrıca, durumun özelliğine göre, ihlal bir kanundan kaynaklanıyorsa ilgili kanunun değiştirilmesi veya yürürlükten kaldırılması, tutuklu bulunan şahsın salıverilmesi gibi etkili çözümler de öngörülebilmektedir. Komite kararlarının uygulanması özel raportörler aracılığıyla takip edilmektedir. Bireysel başvuru mekanizması, her ne kadar bireylere karşılaştıkları ihlallere karşı bir güvence sağlasa da, alınan kararların bağlayıcılığı olmamasından dolayı, bu güvence yetersiz kalmaktadır¹¹².

2. Ekonomik, Sosyal Ve Kültürel Haklar Sözleşmesi

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, uluslararası anlamda ekonomik, sosyal ve kültürel hakları geniş bir şekilde düzenleyen ilk belge niteliğini taşımaktadır¹¹³. Başka bir ifadeyle, sosyal refah hakları diye ifade edilen bu hakları bütüncül, ayrıntılı ve spesifik

¹¹² DOĞAN/HAZAR, s. 153.

¹¹³ SMITH, s. 46.

bir şekilde inceleyen tek sözleşme, ESKHS'dir. İnsan haklarının bütünlüğü, bölünmezliği ve karşılıklı bağımlılığı ilkeleri çerçevesinde, MSHS ile ESKHS birbirlerini tamamlamaktadırlar¹¹⁴.

Sistematik bakımından MSHS ile paralel görünen ESKHS, taraf devletlere temel yükümlülükler yüklemektedir. Şöyle ki, her taraf devlet, kendi ülkesinde yaşayan ve yargı yetkisi kapsamındaki bütün bireylere, hiçbir ayırım gözetmeksizin Sözleşme'nin tanımış olduğu hakları sağlamak ve bunlara saygı göstermek zorundadır. Bununla birlikte, taraf devletler, "kendi imkânları ölçüsünde" gerek tek başına gerekse uluslararası işbirliği halinde, başta yasama faaliyetleri olmak üzere mevcut olan bütün uygun araçları kullanarak Sözleşme'de tanınan hakları "zaman içerisinde" sağlamak zorundadır¹¹⁵. Bu bakımdan, Sözleşme taraf devletlere, bireylere yönelik doğrudan doğruya kullanılabilir hukuki bir yükümlülük yüklemek yerine, devletlere "yön gösterici" nitelikte bir yükümlülük doğurmaktadır¹¹⁶.

ESKHS'nin kapsamında hangi hakların bulunduğu bakıldığında, MSHS ile ortak bir düzenleme olan self determinasyon hakkının yanı sıra, çalışma hakkı, sendika ve grev hakkı, sosyal güvenlik hakkı, ailenin korunması, uygun bir hayat standardı ve bunu geliştirme hakkı, eğitim hakkı, kültürel hayata katılma hakkı, bilimsel ilerlemelerden yararlanma ve bilimsel özgürlüklere saygı gösterilmesi hakkı gibi ekonomik, sosyal ve kültürel alana ilişkin hakların, ESKHS'nin içeriğini oluşturduğu görülmektedir¹¹⁷.

Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması konusuna bakıldığında, devletler, bireylerin ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmalarını ancak kanunlar aracılığıyla sınırlandırabilecektir. Ayrıca bu sınırlamalar, yalnızca hakların niteliği ile bağdaştığı ölçüde ve demokratik bir toplumda genel refahın yükseltilmesi

¹¹⁴ DOĞAN/HAZAR, s. 159-160; KARAOSMANOĞLU, s. 150-151.

¹¹⁵ DÖNER, s. 49.

¹¹⁶ BOZKURT, s. 68.

¹¹⁷ SSENIONJO Manisuli, "Economic, Social And Cultural Rights: An Examination Of State Obligations", Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, s. 37.

amacıyla yapılmalıdır. Bununla birlikte, gerek devletler gerekse gruplar ve bireyler, sözleşme hükümlerini, sözleşmede bulunan haklardan birini ortadan kaldırmaya yönelik veya sözleşmede öngörülenden daha kapsamlı bir şekilde sınırlamayı mümkün kılacak bir şekilde yorumlayamaz¹¹⁸.

Sözleşme'nin öngörmüş olduğu denetim mekanizmalarına bakıldığında, ilk etapta MSHS'de öngörülen denetim mekanizmalarına oranla daha zayıf bir mekanizmanın öngörüldüğü görülmektedir. Fakat daha sonradan kabul edilen ek Protokollerle¹¹⁹ denetim mekanizmasının güçlendirildiği görülmektedir. İlk haliyle ESKHS'de sözleşmeye uyulup uyulmadığının denetlenmesi konusunda, yalnızca devletlerin belli aralıklarla rapor vermesi usulü kabul edilmiştir¹²⁰. Buna göre Sözleşme'ye taraf olan devletler, Sözleşme'nin kendileri bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde bir başlangıç raporu vermek zorundadırlar. Ayrıca, taraf devletler, Ekonomik ve Sosyal Konsey'in belirleyeceği program dâhilinde, belli dönemlerde, Sözleşme'de düzenlenen haklara ilişkin almış oldukları tedbirleri ve bu alanda yaşanan ilerlemeleri ve varsa gelişmelerin önündeki engelleri ve zorlukları içeren raporları hazırlayarak, BM Genel Sekreteri aracılığıyla Ekonomik ve Sosyal Konsey'e sunmak zorundadırlar¹²¹. Ekonomik ve Sosyal Konsey, ülke raporlarının incelenmesi hususunda kendisine yardım etmesi için, 1985 yılında Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi (ESKHK)'ni kurmuştur¹²². ESKHK, Birleşmiş Milletler bünyesindeki insan hakları sözleşmeleriyle oluşturulan komitelerden, doğrudan sözleşme ile kurulmamış olması bakımından ayrılmaktadır¹²³.

¹¹⁸ KARAOSMANOĞLU, s. 152.

¹¹⁹ **Ek Protokolün tam metni için bkz.** Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx>, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

¹²⁰ DÖNER, s. 49-50.

¹²¹ SMITH, s. 46.

¹²² Basic Facts About The United Nations, s. 208.

¹²³ DOĞAN/HAZAR, s. 163.

Ayrıca 5 Mayıs 2013'te kabul edilen ek Protokol ile, Sözleşmenin denetlenmesi adına rapor usulüne ek olarak bireysel başvuru mekanizması getirilmiştir. Buna göre Sözleşmeye taraf devletlerin, bireylerin Sözleşmede düzenlenen sosyal, ekonomik ve kültürel haklarını ağır ve sistematik şekilde ihlal etmesi halinde, bireyler Komite'ye o devlete karşı bireysel başvuru hakkına sahip olabileceklerdir. Yine bu devletin Komite'nin bireysel başvuru yetkisini tanınması gerekmektedir¹²⁴.

ESKHK, 4 yıllık süre için seçilen 18 üyeden oluşmaktadır. Toplantılarını Cenevre'de gerçekleştiren Komite, yılda iki defa üçer haftalık süre için toplanmakta ve toplantılar kamuya açık bir şekilde gerçekleştirilmektedir¹²⁵. Temel görevi, taraf devletlerin Sözleşmeye ilişkin sunmuş oldukları raporların değerlendirmesini yapma ve tavsiye kararları alma olan Komite, ESKHS'nin çeşitli hükümlerine ilişkin "genel yorum" kararları¹²⁶ alır. Ayrıca Komite, Ekonomik ve Sosyal Konsey adına, devletler ve uzman kuruluşlar tarafından verilen insan haklarına ilişkin raporları, inceleme ve tavsiyede bulunması amacıyla, İnsan Hakları Komisyonu'na gönderir. Bunun yanı sıra Komite, devletlerin daveti üzerine, bilgi toplama ve araştırma yapma amacıyla ziyaretler yapabilir¹²⁷.

B- Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹²⁸, Genel Kurul'un 21 Aralık 1965

¹²⁴ Committee On Economic, Social And Cultural Rights, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx>, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

¹²⁵ KALABALIK, s. 372; SMITH, s. 71.

¹²⁶ Komite tarafından verilen genel yorum kararları için bkz. http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

¹²⁷ KARAOSMANOĞLU, s. 154.

¹²⁸ Sözleşmenin tam metni için bkz. Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

tarihinde almış olduğu 2106 (XX) sayılı kararı¹²⁹ ile 174 ülke tarafından kabul edilmiş ve 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹³⁰. Bu Sözleşme'nin kabulüyle birlikte, uluslararası toplum artık ırk ayrımcılığıyla mücadelede önemli bir yasal dayanağa sahip olmuştur¹³¹. Sözleşme üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde ırk ayrımcılığının tanımı ve maddi yükümlülükler, ikinci bölümde denetim mekanizmaları ve üçüncü bölümde de genel hükümler bulunmaktadır¹³².

Sözleşme ırk ayrımcılığını, “siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih” şeklinde tanımlamıştır (m. 1). ırk ayrımcılığının tanımını yaptıktan sonra Sözleşme, taraf devletlerin bu konuya ilişkin yükümlülüklerini 6 maddede ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir¹³³. Şöyle ki, Sözleşme'ye göre, taraf devletler bireylere, kişi gruplarına ya da kurumlara yönelik ırk ayrımcılığı hareketleri ve uygulamalarına girmemeyi ve kamu yetkilileri ve kurumlarının böyle davranmasını sağlamayı; kişi ya da kurumların ırk ayrımcılığını korumamayı, savunmamayı ve desteklememeyi; hükümet politikaları ile ulusal ve yerel politikaları gözden geçirmeyi ve ırk ayrımcılığı yaratan ya da uygulayan kanun ve düzenlemeleri değiştirmeyi ya da yürürlükten kaldırmayı; bireylerin, grupların ve kurumların gerçekleştirdiği ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve sonlandırmayı; birleşmeci ya da çok ırklı

¹²⁹ **Kararın tam metni için bkz. General Assembly's Resolution, 2106 (XX),** [http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106\(XX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106(XX)), Erişim Tarihi, 28.10.2014.

¹³⁰ Basic Facts About The United Nations, s. 211; **KALABALIK**, s. 74.

¹³¹ **İnsan Hakları Ortak Platformu**, Birleşmiş Milletler ırk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi-Tavsiyeler ve Türkiye Taraf Devlet Raporu, Aralık 2010, Ankara, s. 5.

¹³² **DÖNER**, s. 51.

¹³³ **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**, s. 6.

örgütler ve hareketler ile ırklar arasındaki engelleri ortadan kaldıracak diğer araçları cesaretlendirmek ve aynı zamanda ırksal bölünmeyi güçlendirmeye meyilli olan her şeyin cesaretini kırmayı taahhüt etmektedir (m. 5).

Sözleşme'nin denetim mekanizmasını oluşturan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, Sözleşme'ye taraf devletler tarafından, kendi vatandaşları arasından seçilen, tarafsızlıkları ve yüksek ahlaki vasıflarıyla tanınan 18 uzmandan oluşmaktadır (m. 8). Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması ve yaygınlaştırılmasının kurumsal ve özel yetkili bir yapı tarafından gerçekleştirilmesinin ilk örneğidir. Bu bakımdan Komite, Birleşmiş Milletler tarafından Devletlerin özel bir insan hakları sözleşmesi altındaki sorumluluklarını yerine getirmek üzere gerçekleştirdikleri faaliyetleri izlemek ve gözden geçirmek için kurulmuş ilk yapıdır¹³⁴.

Komite'nin temel görevi, taraf devletlerin Sözleşme'nin ülkelerinde uygulanmasına ilişkin hazırladıkları raporları incelemektir. Taraf devletler, Sözleşme hükümlerinin uygulanması için aldıkları yasal, yargısal, idari ve diğer tedbirlerle ilgili olarak hazırladıkları raporları BM Genel Sekreterine sunarlar. Taraf devletler, Sözleşme'nin kendileri için yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde, sonraki dönemlerde iki yılda bir olmak üzere ve Komite istediği zaman rapor vermeyi taahhüt ederler. Kendisine sunulan raporları inceleyen Komite, raporlara ilişkin yalnızca tavsiyelerde bulunabilir ve sorunları Genel Kurul'a taşıyabilir (m. 9).

Komite'nin diğer denetim mekanizmaları devlet başvuruları ve bireysel başvuru usulüdür. Devlet başvuruları usulünde, daha önce bahsedildiği gibi ilgili devletlerin taraf devletlerden birisi diğer bir devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini düşünüyorsa, durumu Komite'ye taşıyabilir¹³⁵. Komite, kendisine yapılan devlet şikâyetlerini incelemek üzere, tarafların oybirliği ile seçmiş olduğu beş kişilik bir Uzlaştırma Komisyonu oluşturur ve bu Komisyon,

¹³⁴ SMITH, s. 75.

¹³⁵ DÖNER, s. 52.

devletlerarasındaki uyuşmazlığı dostane bir çözüme ulaştırmaya çalışır¹³⁶.

Bireysel başvuru usulüne bakıldığında, bireyler ve kişi grupları, Sözleşme’de düzenlenen haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle, Komite’ye başvurabilmektedirler¹³⁷. Daha önce de belirtildiği gibi, bireysel başvuru usulünde, şikâyet edilen devlet Komite’nin bireysel başvuru yetkisini daha önce yapmış olduğu özel bir bildirimle tanımış olmalıdır¹³⁸. Komite’nin uygulamış olduğu bireysel başvuru usulünü, İnsan Hakları Komitesi’nden ayıran özelliklerinden birisi, bireysel başvurunun Komite’nin önüne gelmesinden önce, devletlerin ulusal düzeyde bireysel şikâyetleri incelemek üzere kurulmuş bağımsız bir birim oluşturulmasına imkân sağlamasıdır¹³⁹. Sözleşmeye taraf ülkenin bireysel başvuru hakkını tanımış olması durumunda, bir birey veya kişi grubu, Sözleşme’nin ihlaline ilişkin olarak, iç hukuk yollarının çözüm için yetersiz olduğunun saptanmasının ardından altı ay içinde komiteye başvurabilmektedir¹⁴⁰. Komite, kabul edilen başvuruları, şikâyet edenin kimliğini belirtmeksizin ilgili devlete bildirir. Şikâyeti öğrenen devlet, üç ay içinde görüşlerini Komite’ye iletir. Komite, bireysel başvuruyu ilgili devletten almış olduğu görüş ve belgeler ışığında kapalı oturumlarda inceler. Komite, inceleme sonucunda varmış olduğu görüşlerini ilgili devlete ve başvuru sahibine gönderir ve kamuoyuna duyurur¹⁴¹.

C- İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muameleye Ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı’yla birlikte, insan onuru ve insan değeri için temel sorunlardan birisi olan işkencenin önlenmesinin önemi anlaşılmış

¹³⁶ **KALABALIK**, s. 379.

¹³⁷ **Komite tarafından bireysel başvurulara ilişkin verilen kararlar için bkz. UNCHR**, Selected Decisions Of The Committee On The Elimination Of Racial Discrimination, Thirty-Sixth To Seventy-Fifth Sessions, (August 1988 – August 2011), Vol:1, New York and Geneva, 2012.

¹³⁸ **BOZKURT**, s. 71.

¹³⁹ **SMITH**, s. 76.

¹⁴⁰ **KALABALIK**, s. 382.

¹⁴¹ **DÖNER**, s. 53.

ve işkencenin önlenmesi konusunda etkin mekanizmalar içeren uluslararası belgeler oluşturma çabaları yoğunlaşmıştır¹⁴². Bu bakımdan, işkence yasağına, başta İHEB olmak üzere birçok sözleşmede yer verilmiş olmasına rağmen, bu yasağa ve denetim mekanizmalarına ilişkin en önemli gelişme, İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muameleye Ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁴³ (kısaca İşkenceye Karşı Sözleşme)'nin oluşturulmasıyla gerçekleşmiştir¹⁴⁴. İşkenceye Karşı Sözleşme, işkence yasağını ve işkence tanımını geniş bir şekilde düzenlemiş ve işkencenin önlenmesi için bir denetim mekanizması kurmuştur¹⁴⁵. İşkenceye Karşı Sözleşme, Genel Kurul'un 10 Aralık 1984 tarihinde almış olduğu 39/46 sayılı kararı¹⁴⁶ ile kabul edilmiş ve 20 devletin onay ve katılma belgelerini BM Genel Sekreterliği'ne teslim etmesini takip eden otuzuncu günde 26 Haziran 1987'de yürürlüğe girmiştir¹⁴⁷. Sözleşme, İHEB ve MSHS'nin işkence yasağını düzenledikleri, sırasıyla 5 ve 7. maddelerine işlerlik kazandırmak ve tüm dünyada işkence ve kötü muameleye karşı etkili bir mücadele yürütmek amacıyla oluşturulmuştur¹⁴⁸. Ayrıca Sözleşme, işkenceyi uluslararası bir suç olarak düzenlemiş ve taraf devletlere

¹⁴² **DEMİRDAL M. Balkan**, “İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, s. 201.

¹⁴³ Sözleşmenin tam metni için bkz. İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muameleye Ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁴⁴ **ER Cüneyt**, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, 2005, s. 169.

¹⁴⁵ **DEMİRDAL**, s. 202.

¹⁴⁶ **Kararın tam metni için bkz. General Assembly's Resolution, 39/46**, http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/46, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁴⁷ **BOZKURT**, s. 71; **DÖNER**, s. 53.

¹⁴⁸ **BOZKURT**, s. 71-72.

işkencenin önlenmesi ve bu suçu işleyenlerin cezalandırılması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yüklemiştir¹⁴⁹.

İşkenceye Karşı Sözleşme üç kısımdan oluşmaktadır. Birinci bölümde, işkence kavramına yer verilerek konuya ilişkin maddi hükümler düzenlenmiş; ikinci bölümde, İşkenceye Karşı Komite'yi kuran hükümlere yer verilmiş; üçüncü bölümde ise Sözleşme'nin yürürlüğüne dair maddelere yer verilmiştir¹⁵⁰.

Sözleşme kapsamında yapılan işkence kavramının tanımına bakıldığında, Sözleşme'nin 1. maddesinin birinci fıkrasında işkence terimi, “bir şahsa veya bir üçüncü şahsa, bu şahsın veya üçüncü şahsın işlediği veya işlediğinden şüphe edilen bir eylem nedeniyle, cezalandırmak amacıyla, bilgi veya itiraf elde etmek için veya ayırım gözeten herhangi bir sebep dolayısıyla bir kamu görevlisinin veya bu sıfatla hareket eden bir başka şahsın teşviki veya rızası yahut onayıyla uygulanan fiziksel veya ruhsal ağır acı veya ızdırap verici bir eylem” olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, “yalnızca yasal yaptırımların uygulanmasından doğan, doğasında olan veya arızı olarak ortaya çıkan acı ve ızdırabın işkence olarak” değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir (m. 1). Bu maddeden anlaşıldığı üzere, işkence suçunun faili, bir kamu görevlisi veya bu sıfatla hareket edenler ile bu kişilerin teşviki, rızası ya da onayıyla fiili işleyenler olabileceklerdir. Ayrıca bu maddeden, disiplin soruşturması gibi ceza soruşturması dışındaki soruşturma hallerinde de işkence mağduru olunabileceği anlaşılmaktadır¹⁵¹. Bununla birlikte Sözleşme, işkence oluşturacak fiilin ya da işkence metodunun ne olduğu önem arz etmemekte, her türlü uygulama ve muamelenin işkence için araç olarak kullanılabilmesini kabul etmektedir. Burada kabul edilen esas ölçüt, uygulanan fiilin kişiyi maddi ve manevi yönden hangi ağırlıkta etkilediği olmakla birlikte, belli bir eşiği aşacak şekilde, kişiye maddi ve manevi yönden acı ve ızdırap çektirilmesi işkence fiilinin ortaya çıkması için yeterli sayılmaktadır¹⁵².

¹⁴⁹ Basic Facts About The United Nations, s. 212.

¹⁵⁰ **ER**, s. 170.

¹⁵¹ **ER**, s. 171.

¹⁵² **DEMİRDAL**, s. 204.

İnsan onurunu ve değerini zedeleyen diğer davranışlar, Sözleşme'nin 16. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede “her taraf Devlet, yetkisi altındaki ülkelerde Sözleşmenin 1'inci maddesinde tanımlanan işkence derecesine ulaşmamış diğer zalimane, insanlık dışı veya küçültücü muamele veya ceza gibi eylemlerin, bir kamu görevlisi tarafından veya onun teşvik veya açık yahut örtülü onayı ile veya resmi sıfatıyla hareket eden bir başka şahıs tarafından işlenmesini önlemeyi üstlenecektir” denilmek suretiyle, Sözleşme'ye taraf devletler, işkence ölçüsünde olmayan diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı davranış veya cezaları önlemekle sorumlu tutulmuştur¹⁵³.

Sözleşme'ye taraf olan bütün devletler, egemenlikleri altında bulunan alanlarda, işkence fiilini ve diğer zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı davranış veya cezaları önleme konusunda da gerekli ve etkili yasal, idari ve yargısal ve diğer tedbirleri alma yükümlülüğü altındadırlar¹⁵⁴. Bununla birlikte taraf devletler, ülkelerinde bulunan ve iadesi halinde işkenceye maruz kalacağı yönünde esaslı sebepler bulunan bir şahsı, ilgili devlete iade etmekten kaçınmak zorundadırlar¹⁵⁵. Aynı şekilde, taraf devletler işkence fiilinde bulunanları cezalandırmak veya ilgili devlete iade etmek ve işkence fiilini iade antlaşmaları bakımından iadeye tabi suçlar arasına sokmakla yükümlüdürler¹⁵⁶.

İşkenceye Karşı Sözleşme'nin getirmiş olduğu denetim mekanizmalarına bakıldığında, bu görev İşkenceye Karşı Komite tarafından yerine getirilmektedir. Sözleşme'nin 17. maddesi uyarınca, Genel Kurul'un 39/46 sayılı kararıyla kurulan Komite, 1988 yılında denetleme faaliyetlerine başlamıştır. İnsan hakları alanında uzman, yüksek ahlak düzeyine sahip, bireysel kapasiteleri ile hizmet edebilen, dört yıllık süre için seçilen on uzmandan oluşan Komite, toplantılarını yılda iki defa olmak üzere Cenevre'de gerçekleştirmekte ve Komite'nin

¹⁵³ ANAYURT, s. 426-427.

¹⁵⁴ BOZKURT, s. 72.

¹⁵⁵ Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, s. 11.

¹⁵⁶ DÖNER, s. 54.

sekreterlik hizmeti İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından yerine getirilmektedir¹⁵⁷.

Kural olarak Komite, denetim görevini taraf devletlerin, Komite'nin denetim yetkisini tanımaya bağlı olarak gerçekleştirebilmektedir. Bu bakımdan, Komite'nin taraf devletlere periyodik ziyaretler düzenleyerek, Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığını denetleme yetkisi yoktur. Fakat 2006 yılında yürürlüğe giren İşkenceye Karşı Sözleşmeye Ek Seçimlik Protokol¹⁵⁸, özgürlüklerinden yoksun bırakılan kişilerin alıkonuldukları yerlere, bağımsız ulusal ve uluslararası uzmanlar tarafından, bu kişilerin maruz kaldıkları işkenceleri önlemek amacıyla, periyodik ve periyodik olmayan ziyaretler yapılması amaçlanmaktadır¹⁵⁹.

Esas görevi, devletlerin Birleşmiş Milletler sözleşmelerinden kaynaklanan işkenceyi önlemeye ilişkin yükümlülüklerine uymasını sağlamak olan Komite, bu görevi yerine getirirken dört denetleme yönteminden faydalanmaktadır. İnsan Hakları Komitesi'nin kullandığı

¹⁵⁷ **KALABALIK**, s. 373; **SMITH**, s. 72.

¹⁵⁸ “Seçmeli Protokol, işkenceye Karşı Sözleşme'nin esasa ilişkin hükümlerine bir değişiklik getirmemekte, ancak Sözleşme'de öngörülmemiş yeni bir denetim düzeni öngörmektedir. Seçmeli Protokol'ün getirdiği bu yeniliğe göre kişilerin özgürlüklerinden yoksun bırakıldıkları yerler uluslararası ve ulusal mekanizmalar tarafından ziyaret edilecektir. Protokole göre, uluslararası ziyaretleri gerçekleştirmek için 10 kişiden oluşacak bir uluslararası Alt-Komite kurulacaktır. Ancak Protokolü, diğer uluslararası düzenlemelerden ayrıcalıklı kılan yönü Alt-Komite tarafından gerçekleştirilecek uluslararası ziyaret yöntemi değildir, çünkü bu tür ziyaretler gerek bölgesel uluslararası sözleşmelerde gerekse evrensel sözleşme-dışı yöntemlerde öngörülmüş bulunmaktadır. Ek Protokol bu tip bir uluslararası ziyaret modelinin yanında ulusal düzeyde kurulacak mekanizma(lar)la yürütülecek ek bir ziyaret yöntemini de öngörmektedir. Protokolü farklı ve önemli kılan da getirdiği bu yeniliktir.”, **ALTIPARMAK Kerem**, “İşkenceyi Ciddiye Almak: Seçmeli Protokol ve Türkiye'de Ulusal Ziyaret Mekanizmaları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, Bahar 2007, s. 84.

¹⁵⁹ **KARAOSMANOĞLU**, s. 157; **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights**, s. 11.

rapor usulü, devlet başvurusu ve bireysel başvuru usullerinden farklı olarak soruşturma usulünü de kabul eden Komite, faaliyetleri hakkında Genel Kurul'a ve taraf devletlere yıllık faaliyet raporları sunmakla da yükümlüdür¹⁶⁰.

Rapor usulünde, devletler Sözleşme'nin kendileri bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde, Sözleşme hükümlerine ilişkin yasal, idari ve yargısal alanlarda alınan tedbirleri içeren bir başlangıç raporu sunmakla; her dört yılda bir de Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin dönemsel raporları sunmakla yükümlüdürler¹⁶¹.

Komite'nin kullandığı denetim mekanizmaları olan devlet başvurusu ve bireysel başvuru¹⁶² usullerinin yanı sıra, İnsan Hakları Komitesi ve diğer Komitelerden farklı bir denetleme usulü olan "soruşturma usulü", herhangi bir başvuruya gerek olmaksızın Komite'nin, taraf devletlerden birisinin ülkesinde sistematik bir şekilde işkence uygulandığına dair inandırıcı bir bilgiye sahip olması durumunda, resen inceleme yapma yetkisini ifade etmektedir¹⁶³. Komite, bu söz konusu bilgiye, hükümet dışı örgütler ve hükümetler arası kuruluşlar aracılığıyla sahip olabilmektedirler¹⁶⁴. Komite bu bilgilere ilişkin ilgili devletleri görüşlerini bildirmeye çağırır. Bu bilgileri değerlendiren ve durumu haklı bulan Komite, bir veya birden çok üyesini gizli bir soruşturma yapmak ve Komite'ye hızlı bir rapor sunmak amacıyla görevlendirebilecektir¹⁶⁵. Komite, ilgili devletle anlaşarak, soruşturmayı ilgili devlet ülkesinde gerçekleştirebilmektedir. Komite, görüş ve tavsiyelerini inceleme sonuçlarıyla birlikte ilgili devlete bildirir¹⁶⁶. Ayrıca Komite, ilgili devletle gerekli görüş alışverişleri

¹⁶⁰ DEMİRDAL, s. 210; SMITH, s. 73.

¹⁶¹ BOZKURT, s. 73.

¹⁶² Komite tarafından bireysel başvurulara ilişkin verilen kararlar için bkz. <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=1&sortOrder=Date>, Erişim Tarihi, 01.11.2014.

¹⁶³ DÖNER, s. 54; SMITH, s. 74.

¹⁶⁴ DEMİRDAL, s. 211.

¹⁶⁵ Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, s. 33.

¹⁶⁶ KARAOSMANOĞLU, s. 157.

yapıldıktan sonra, inceleme sonuçlarının bir özetini Genel Kurul'a yıllık olarak sunacağı raporuna ekleyebilir¹⁶⁷. Bununla birlikte, Sözleşme'nin imza, onay ve katılma aşamalarında, devletler soruşturma usulünü düzenleyen 20. maddeye çekince koyarak, kendilerini Komite'nin soruşturma usulü yetkisinin dışında bırakabilirler¹⁶⁸.

D- Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi

Yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren, kadınların erkeklerden farklı muameleye tabi tutulmasına ve kadınlara sahip oldukları hakların sağlanması adına, Birleşmiş Milletler bağlamında pek çok düzenleme yapılmaya başlanmıştır. Öncelikle İHEB'de ve İkiz Sözleşmeler'de bu anlamda düzenlemelere yer verilmiş, daha sonra Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Bildiri¹⁶⁹ yayınlanmış, daha sonra kadın haklarını sağlam bir zemine oturtmak adına Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi¹⁷⁰ oluşturulmuştur¹⁷¹. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş

¹⁶⁷ SMITH, s. 74.

¹⁶⁸ DÖNER, s. 54.

¹⁶⁹ 7 Kasım 1967 tarihli ve 2263 (XXII) sayılı Genel Kurul kararıyla ilan edilmiştir. Bildiri metni için bkz. http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_ayrimciligin_onlenmesi_bildir.pdf, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁷⁰ Sözleşmenin tam metni için bkz. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_her_turlu_ayrimciligin_onlenm.pdf, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁷¹ ARSLAN Gülay, "Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar Ve Öngörülen Usuller)", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004, s. 3-4; İnsan Hakları Ortak Platformu, Kadınlara Karşı Ayrımcılık: Sözleşme ve Komite, BM Bilgi Kitapçıkları, No: 22, s. 2.

Milletler Sözleşmesi (kısaca CEDAW), Genel Kurul'un 18 Aralık 1979 tarihinde almış olduğu 34/180 sayılı kararıyla¹⁷² kabul edilmiş olup, yirmi devletin onay ve katılım belgelerini BM Genel Sekreterliğine teslim etmesini takip eden otuzuncu gün olan 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷³. Bu Sözleşme, Birleşmiş Milletler sisteminde en Çocuk Hakları Sözleşmesi'nden sonra en fazla devlet tarafından onaylanan sözleşme olmuştur. Fakat onay aşamasında Sözleşme hükümlerine devletler tarafından konan çekinceler, Sözleşme'nin etkililiğini ve önemli ölçüde azaltmıştır¹⁷⁴. Yine de, bu Sözleşme ile kadınların hukuk önünde eşitliği garanti altına alınmış ve kadınlara yönelik siyasal ve sosyal hayat, ırk, eğitim, istihdam, sağlık, evlilik ve aile konularına ilişkin her türlü ayrımcılığa karşı çok önemli önlemler alınmıştır¹⁷⁵.

CEDAW'ın temel amacı, kadınların hayatın her alanında eşit haklara sahip olmasını, bütün toplumlarda cinsiyet eşitliğinin hayata geçirilmesini, kadınların kalkınmaya katkıda bulunmasını sağlamaktır. Bu bakımdan, CEDAW, kadınlarla erkekler arasındaki tam eşitliğin gerçekleştirilmesi için toplumda var olan geleneksel kalıpların değiştirilmesi noktasında yol gösterici kurallar içeren temel hukuki bir dayanak niteliği taşımaktadır. Taraf devletler için bağlayıcı hükümler içeren Sözleşme'nin hareket noktası, yasalarda ve uygulamada kadınlara karşı ayrımcılıkların kaldırılması ve kadın erkek eşitliğinin sağlanmasıdır¹⁷⁶. Şunu da belirtmek gerekir ki, birçok insan hakları sözleşmesinde kadınların haklarına ve kadın erkek eşitliğine değinilmiş olsa da, kadınların "insan" olarak değerlendirilmesi tek başına yeterli etkiyi yaratmamış ve toplumda kadınlara karşı ayrımcılık yapılmaya devam edilmiştir. Bu bakımdan sırf kadınların haklarını düzenleyen ve

¹⁷² **Kararın tam metni için bkz. General Assembly's Resolution, 34/180,** http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/180, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁷³ **ARSLAN**, s. 4.

¹⁷⁴ **SMITH**, s. 77.

¹⁷⁵ Basic Facts About The United Nations, s. 212.

¹⁷⁶ **DOĞAN İlyas/ŞAHİN Fatma Süzgün**, "Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Yasaklanması", İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, s. 201.

ayrımcılığı önlemeye yönelik bir sözleşmenin oluşturulması bir zorunluluk haline gelmiştir¹⁷⁷.

CEDAW, altı bölümden ve otuz maddeden oluşmaktadır. Birinci bölümde (madde 1-16), devletlerin ayrımcılık yasağını ve eşitlik şartını, gerek genel anlamda gerekse kadınların tek tek yaşam alanlarında gerçekleştirmesine yönelik yükümlülükler düzenlenmiştir. Bu amaçlara ulaşmada kullanılacak yöntemle ilişkin maddeler (madde 17–23, 25–30) komitenin yapısını ve görevini, taraf devletlerin rapor yükümlülüğünü, sözleşmenin kabulü, sözleşmenin değiştirilmesi, çekincelerin konulması ve taraf devletlerarasında sözleşme ile ilgili uyuşmazlıkların müdahale edebilecek uzlaştırma mekanizmalarına ilişkin yöntemleri tanımlamaktadır¹⁷⁸.

Birinci maddede, kadınlara karşı ayrımcılık kavramı tanımlanırken, diğer maddelerinde ise genel anlamda, her türlü ayrımcılığın her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılması amacıyla yasalarda ve uygulamada eşitlik amacına ulaşmaya kadar, devletlerin kararlı bir politika izlemeleri önerisinde bulunulmuştur¹⁷⁹. Birinci maddede yapılan ayrımcılığın tanımına bakıldığında, kadınlara karşı ayrımcılık terimi, “kadınlara karşı ayırım” deyimini “kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama” olarak ifade edilmiştir (m. 1).

CEDAW, diğer uluslararası insan hakları sözleşmelerinden farklı olarak, devlet başvurusu ve bireysel başvuru usullerine yer vermeyerek yalnızca rapor usulünü kabul etmiştir. Bu bakımdan, denetim organı olarak “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Komitesi” oluşturulmuştur (m. 17). 1982 yılında faaliyet göstermeye başlayan

¹⁷⁷ **İnsan Hakları Ortak Platformu**, Kadınlara Karşı Ayrımcılık..., s. 4-5.

¹⁷⁸ <http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=37152>, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

¹⁷⁹ **DOĞAN/ŞAHİN**, s. 181.

Komite, kadın hakları konusunda uzman 23 kişiden oluşmaktadır. Bütün üyeler kadın uzmanlardan oluşmakta olup, üyeler 4 yıllığına seçilmektedir. Komite, yılda iki defa üçer haftalık toplantılarla, New York'ta toplanmaktadır. Komite her yıl hazırlamış olduğu raporları Ekonomik ve Sosyal Konsey aracılığıyla, Genel Kurula sunmaktadır (m. 17-18).

Komite uyguladığı rapor usulünde, devletler Sözleşme'nin kendileri bakımından yürürlüğe girmesinden itibaren bir yıl içerisinde, Sözleşme hükümlerine ilişkin yasal, idari ve yargısal alanlarda alınan tedbirleri içeren bir başlangıç raporu sunmakla; her dört yılda bir de Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin dönemsel raporları sunmakla yükümlüdürler (m. 18). Sözleşme'nin öngördüğü bu rapor mekanizması, 2000 yılında yürürlüğe giren Seçimlik Protokol ile güçlendirilmiştir. Bu Protokol, bireysel başvuru usulünü¹⁸⁰ ve resen inceleme usulünü getirmiştir¹⁸¹. Bu usullere yukarıda değinildiği için, tekrar edilmeyecektir.

E- Çocuk Hakları Sözleşmesi

Çocuk hakları alanında Milletler Cemiyeti tarafından yayınlanan Cenevre Çocuk Hakları Bildirisi, çocuk haklarına ilişkin bağlayıcı olmayan bazı temel ilkelerin kabul edilmesi bakımından ilk adım olarak kabul edilmektedir¹⁸². Birleşmiş Milletler'in kurulmasıyla birlikte, bu Bildiri güncellenmiş ve çocuk hakları bildirisi olarak kabul edilmiştir. Daha sonra, uluslararası toplumda, bağlayıcı güce sahip bir anlaşma metni yapılması için çalışmalar başlatılmış ve İnsan Hakları Komisyonu içinde oluşturulan bir çalışma grubunun hazırlamış olduğu sözleşme taslağı, 20 Kasım 1989 yılında Genel Kurul tarafından kabul edilmiştir.

¹⁸⁰ **Komite tarafından bireysel başvurulara ilişkin verilen kararlar için bkz.** <http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=3&sortOrder=Date>, Erişim Tarihi, 04.11.2014.

¹⁸¹ **BOZKURT**, s. 77.

¹⁸² **TATAR Dilara Buket**, "Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, s. 201; **BOZKURT**, s. 77.

Genel Kurul'da kabul edilen Çocuk Hakları Sözleşmesi¹⁸³, yirminci devletin onay ve katılım belgelerini BM Genel Sekreterliğine göndermesi takip eden otuzuncu gün olan 2 Eylül 1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁸⁴. Çocuk Hakları Sözleşmesi, çocukların sahip oldukları haklara ilişkin kapsamlı düzenlemeler getiren ilk ve en önemli temel belgedir¹⁸⁵.

Çocuk hakları; yaşam hakkı, eğitim hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü, adil yargılanma hakkı temel hak ve özgürlüklerin, çocuklar için özel bir şekilde düzenlenmiş şeklidir. Bu çerçevede, çocuk hakları da, insanların doğuştan sahip olduğu haklar olmakla birlikte, bu haklar devredilemeyen, vazgeçilemeyen ve ticari meta olarak kullanılamayan haklardır. Bu bakımdan, Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin garanti altına aldığı çocuk haklarını, genel anlamda insan haklarından ayırmak mümkün değildir¹⁸⁶. Başka bir ifadeyle, Çocuk Hakları Sözleşmesi, genel insan haklarını garanti almasının yanı sıra, özellikle toplumun en zayıf bireyleri olan çocukları korumaya yönelik bir koruma sistemi öngörmektedir. Bu yüzden Sözleşme'nin genelinde, çocukların yararı ilkesi hâkimdir¹⁸⁷.

Çocuk hakları bakımından, en kapsamlı sözleşmelerden birisi olan Çocuk Hakları Sözleşmesi, Birleşmiş Milletlere üye olan 193 ülke tarafından onaylanmış olması dolayısıyla, uluslararası toplumda en çok devlet tarafından onaylanmış insan hakları anlaşması olma niteliğini taşımaktadır¹⁸⁸. Sözleşme birçok açıdan yapıcı bir niteliğe sahip olmakla

¹⁸³ **Sözleşmenin tam metni için bkz. Çocuk Hakları Sözleşmesi,** http://www.unicef.org/turkey/pdf/_cr23.pdf, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

¹⁸⁴ **İNAN Ali Naim,** “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 765-766.

¹⁸⁵ **Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights,** s. 12.

¹⁸⁶ **KARAOSMANOĞLU,** s. 162.

¹⁸⁷ **BOZKURT,** s. 78.

¹⁸⁸ **TATAR,** s. 188; **Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC),** Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2006 – 2008, s. 4.

birlikte, tüm dünyada çocukların yaşam standartlarının arttırılması konusunda ve insan haklarının zihni ve siyasi gelişimi konusunda etkili olmuştur. Ayrıca Sözleşme, çocukların beslenme, eğitim gibi temel ihtiyaçlarının yanında, uyuşturucu bağımlılığına, sağlıklı bir çevreye, çocuk ihmaline, çatışmalardaki çocuklara ve engelli çocuklara kadar pek çok konuya dikkat çekmektedir¹⁸⁹. Bununla birlikte, çocukların maruz kaldığı zihinsel ve bedensel saldırılar, cinsel istismarlar ve ekonomik olarak sömürmeler gibi pek çok konu da, çocuklar Sözleşme'nin koruması altına alınmıştır¹⁹⁰.

Sözleşme “çocuk” teriminin tanımı “uygulanabilecek yasaya göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, 18 yaşına kadar olan herkes” şeklinde yapmış ve Sözleşme kapsamından kimlerin yararlanabileceği belirlenmiştir (m. 1). Bununla birlikte, “kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde” çocuğun yararı düşüncesinin temel alınacağı kabul edilmiştir (m. 3). Sözleşmeye taraf devletler, çocuğun anne ve babasının, vasilerinin ya da kendisinden hukuken sorumlu olan diğer kişilerin hak ve ödevlerini de göz önünde bulundurarak, çocuğun esenliği için gerekli bakım ve korumayı sağlamak amacıyla, gerekli idari ve yasal önlemleri almakla ve bu Sözleşme’de tanınan hakların uygulanması amacıyla gereken her türlü yasal, idari ve diğer önlemleri almakla yükümlüdürler¹⁹¹. Sözleşme’de düzenlenen bazı hakları şu şekilde sıralamak mümkündür¹⁹²: Bir isme ve vatandaşlığa sahip olma ve bunu koruma hakkı; yaşama ve gelişme hakkı; sağlık hizmetlerine erişim hakkı; eğitime erişim hakkı; insana yakışır bir yaşam standardına erişim hakkı; eğlence, dinlenme ve kültürel etkinlikler için

¹⁸⁹ TATAR, s. 188.

¹⁹⁰ Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, s. 13.

¹⁹¹ KARAOSMANOĞLU, s. 163.

¹⁹² Çocuk Hakları ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşme, <http://cocuk.basbakanlik.gov.tr/cocuk.html>, Erişim Tarihi, 31.10.2014; Role of United Nations Human Rights System, <https://childrenandarmedconflict.un.org/our-work/human-rights-council/>, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

zamana sahip olma hakkı; istismar ve ihmalden korunma hakkı; uyuşturucu bağımlılığından korunma hakkı; ekonomik sömürüden korunma hakkı; ifade özgürlüğü hakkı; düşünce özgürlüğü hakkı; dernek kurma özgürlükleri hakkı; çocukların kendileriyle ilgili konularda görüşlerini dile getirme hakkı; özel gereksinimleri olan çocukların hakları: özürlü çocuklara ilişkin haklar.

Sözleşme'nin oluşturduğu denetleme mekanizmasına bakıldığında, Sözleşme yalnızca rapor usulünü ve bireysel başvuru usullerini¹⁹³ kabul etmekte, devlet başvurusu usulünü kabul etmemektedir¹⁹⁴. Rapor alma işlevini yerine getirme görevi ve aynı zamanda taraf devletlerin Sözleşme yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini denetleme görevini yerine getirmek amacıyla, Çocuk Hakları Komitesi kurulmuştur¹⁹⁵. Komite, alanında uzman ve yüksek ahlaki yetenekleriyle tanınmış 18 üyeden oluşmaktadır. Üyeler, coğrafi dağılım ve hukuk sistemleri dikkate alınarak, dört yıllığına seçilmektedirler. Komite, ülkelerden alınan raporları incelemek üzere, yılda defa üçer haftalık toplantıları Cenevre'de gerçekleştirmektedir (m. 43-44).

Taraf devletler, Sözleşme'yi onayladıkları tarihten itibaren iki yıl içerisinde bir başlangıç raporunu ve beş yılda bir Sözleşme'nin uygulanmasına ilişkin dönemsel raporları BM Genel Sekreterliği aracılığıyla Komite'ye sunmakla yükümlüdürler (m. 44). Komite, hem devletlerin sunduğu raporlardan hem de UNICEF gibi uzmanlık

¹⁹³ Bireysel Başvuru usulü Sözleşmenin ilk halinde bulunmamaktadır. 27.01.2012 tarihinde kabul edilen ek Protokol ile bireysel başvuru usulü kabul edilmiştir. **Bireysel başvuru usulünü getiren ek Protokolün tam metni için bkz.** Optional Protocol To The Convention On The Rights Of The Child On A Communications Procedure, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement>, Erişim Tarihi, 1.11.2014; **Komite tarafından bireysel başvurulara ilişkin verilen kararlar için bkz.** <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Decisions.aspx>, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

¹⁹⁴ SMITH, s. 79.

¹⁹⁵ İNAN, s. 772.

kuruluşlarından almış olduğu bilgiler ışığında teklif ve tavsiyelerde bulunabilmektedir. Ayrıca, Komite'nin Genel Kurul'dan, BM Genel Sekreteri'nin çocuk hakları sorunlarına ilişkin incelemeler yaptırması konusunda tavsiyelerde bulunma yetkisi vardır¹⁹⁶.

V- SONUÇ

Birleşmiş Milletler, insan haklarının evrensel bir kavram haline gelmesini sağlamış ve bu kavramın geliştirilmesi, içeriğinin doldurulması ve bu haklar tarafından sağlanan korumanın uygulamaya dökülmesi bakımından önemli bir rol oynamıştır. Gerek Birleşmiş Milletler bünyesinde oluşturulan sözleşmeler vasıtasıyla, gerekse sözleşme dışı denetim mekanizmalarıyla, insan haklarına saygı teşvik edilmiş, insan hakları kavramı geliştirilmiş ve insan hakları ihlalleri önlenmeye çalışılmıştır. Fakat şu bir gerçektir ki, insan haklarının korunması hiçbir zaman Birleşmiş Milletler'in esas amacı olmamıştır. Asıl amacı dünya barış ve güvenliğinin devamlılığını sağlamak olan Birleşmiş Milletler, bu amaca ulaşmak için insan haklarının korunmasının gerekliliğini kavramış ve bu doğrultuda kendisini görevli saymıştır. Gerçekten uluslararası barış ve güvenliğin sürekliliği, toplumun temel birimi olan insanların sahip olduğu temel haklara saygı duyulmasına ve korunmasına bağlıdır. Çünkü bir toplumda, bireylere sahip oldukları haklar verilmediği ya da bu haklar ağır bir şekilde ihlal edildiği zaman, o toplumda doğacak huzursuzluk tüm dünya barışını etkilemektedir. Bu bakımdan Birleşmiş Milletlerin, insan haklarının korunmasını kendisi için esas bir amaç edinmesi şarttır.

Uluslararası toplumda bir otorite boşluğu bulunması insan haklarının korunması noktasında en büyük eksikliktir. Devletleri vatandaşlarının haklarını ihlal etmemeye, insan haklarına saygı göstermeye zorlayacak bir otoritenin olmaması temel bir sorundur. Bu açıdan, neredeyse bütün dünya devletlerinin üyesi olduğu Birleşmiş Milletler örgütü, bu otorite boşluğunu biraz da olsa doldurmaya çalışmaktadır. Birleşmiş Milletler insan hakları sisteminde en önemli eksikliklerden birisi de, bireylerin başvurabilecekleri bir yargı mekanizmasının bulunmamasıdır. Eğer Birleşmiş Milletler, insan hakları konularında yetkili ve bütün üye devletler bakımından bağlayıcı kararlar verebilen, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne benzer nitelikte bir yargı

¹⁹⁶ DÖNER, s. 60-61.

organına sahip olsaydı, böyle bir yargı organının varlığı, örgüte üye devletlerin insan hakları yükümlülüklerini yerine getirmeleri ve bireylerin haklarını ihlal etmekten kaçınmaları için etkili bir zorlayıcı güç olurdu. Fakat devletlerin, var olan sözleşmeler tarafından öngörülen denetim mekanizmalarının uygulanmasında ve yükümlülüklerin yerine getirilmesinde dahi isteksiz davranmaları gösteriyor ki, uluslararası toplum böyle evrensel bir insan hakları yargı mekanizmasının oluşturulmasına hazır bulunmamaktadır.

İnsan hakları sözleşmeleri tarafından getirilen koruma mekanizmaları ile bu sözleşmeler haricinde oluşturulan denetim mekanizmaları, bağlayıcı bir nitelik arz etmedikleri için kendilerinden beklenen etkiyi göstermemektedirler. Rapora dayalı denetim usulünde, gerek devletlerin bu raporların hazırlanmasında gerekli özeni göstermemelerinden dolayı, gerekse alınan raporlara yönelik Komitelerin vermiş olduğu kararların sadece tavsiye niteliğinde olması bu usulü etkisiz kılmaktadır. Devlet başvurusu usulünü devletler, sözleşmelerde düzenlenmiş olmasına rağmen, bu usulün politik bir nitelik taşımasından dolayı uygulamada kullanma gereği duymamaktadırlar. Bireysel başvuru usulü, her ne kadar bireylere, ağır ihlallere karşı başvuru hakkı sağlamış olsa da, başvurunun taraf devletin yetkilendirmesine bağlı bırakılması ve verilen kararların bağlayıcı olmamasından dolayı etkisiz kalmaktadır. Bu bakımdan, bu usullerin devletler açısından bağlayıcı hale getirilmesi, sistemin işlevselliği bakımından büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

ALGAN Bülent/TİRYAKİ Refik, “Uluslararası Hukuk Açısından Uluslararası Organizasyonlar Ve İnsan Haklarının Korunması: Birleşmiş Milletler Örneği”, Avrasya Dosyası, BM Özel, İlkbahar 2002, Cilt: 8, Sayı: 1, (ss. 92-127).

ALTIPARMAK Kerem, “İşkenceyi Ciddiye Almak: Seçmeli Protokol ve Türkiye’de Ulusal Ziyaret Mekanizmaları”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 65, Sayı: 2, Bahar 2007, (ss. 82-100).

ARSAVA Füsün, “BM Güvenlik Konseyi’nin İnsan Haklarını Koruma Rolü Ve Güvenlik Konseyi’nin Yetkilerinin Dayanağı Ve

Sınırları”, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, Cilt: 4, No: 13, 2007, (ss. 1-16).

ARSLAN Gülay, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar Ve Öngörülen Usuller)”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: 62, Sayı: 1-2, 2004, (ss. 3-43).

Birleşmiş Milletler Türk Derneği, Birleşmiş Milletler Ve İnsan Hakları, Ankara 1979.

BOZKURT Enver, İnsan Haklarının Korunmasında Uluslararası Hukukun Rolü, Ankara 2003.

BOZKURT Enver/KÜTÜKÇÜ Mehmet Akif/POYRAZ Yasin, Devletler Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2012.

CİVELEK Jale, “1789 Fransız Bildirisi Ve 1948 Evrensel İnsan Hakları Bildirisi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 9, Sayı: 1, 1989, (ss. 1-9).

ÇALIK Tacettin, “Birleşmiş Milletler Organlarının İnsan Hakları İle İlişkisi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt:2, Yıl: 2015, (ss. 1091-1134).

DEMİR Esra, “İnsan Haklarının Evrenselliği Görüşü Karşısında Kültürel Rölativizm”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 14, Sayı: 3, 2008, (ss. 209-242).

DEMİRDAL M. Balkan, “İşkence Ve Diğer Zalimane, Gayri İnsani Veya Küçültücü Muamele Veya Cezaya Karşı Sözleşme”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, (ss. 201-221).

DOĞAN İlyas, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013.

DOĞAN İlyas/ÖZDEMİR Omca, “İnsan Haklarının Birleşmiş Milletler Şartı Temelinde Korunması”, İnsan Hakları Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2013, (ss. 223-249).

DOĞAN İlyas/ŞAHİN Fatma Süzgül, “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Yasaklanması”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, (ss. 177-184).

DOĞAN/ DOĞAN İlyas/HAZAR Zeynep, “BM Medeni Ve Siyasi Haklar Sözleşmesi”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013, (ss. 143-156).

DÖNER Ayhan, İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması Ve Avrupa Birliği Sistemi, Ankara 2003.

ER Cüneyt, “İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 60, 2005, (ss. 169-188).

ERDOĞAN Mustafa, Anayasal Demokrasi, 12. Baskı, Ankara 2005.

GÖÇER Mahmut, İnsan Haklarının Korunması ve Birleşmiş Milletler, Ankara 2009.

GREEN James Frederick, The United Nations And Human Rights, Washington D.C., 1958.

HANSKI Raija/SCHEININ Martin, Leading Cases Of The Human Rights Committee, Turku, Finland, 2003.

International Commission On Intervention And State Sovereignty, The Responsibility To Protect, December 2001.

İNAN Ali Naim, “Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995

İnsan Hakları Ortak Platformu, Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi-Tavsiyeler ve Türkiye Taraf Devlet Raporu, Aralık 2010, Ankara.

İnsan Hakları Ortak Platformu, Kadınlara Karşı Ayrımcılık: Sözleşme ve Komite, BM Bilgi Kitapçıkları, No: 22.

JOSEPH Sarah/KYRIAKAKIS Joanna, “The United Nations And Human Rights”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth), 2010, (ss. 1-35).

KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2009.

KARAOSMANOĞLU Fatih, İnsan Hakları, 2. Baskı, Ankara 2012.

Office Of The United Nations High Commissioner For Human Rights, The United Nations Human Rights Treaty System, Fact Sheet No: 30, Review:1.

SCHMİDT Markus, “United Nations”, International Human Rights Law, (Edited by: Daniel Moeckli, Sangeeta Shah, Sandesh Sivakumaran), Oxford 2010, (ss. 391-432).

SKOGLY Sigrun I., “Extraterritoriality: Universal Human Rights Without Universal Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited By: Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, (ss. 71-96).

SMITH Rhona K. M., International Human Rights, Fifth Edition, Oxford 2012.

SSENYONJO Manisuli, “Economic, Social And Cultural Rights: An Examination Of State Obligations”, Research Handbook On The International Human Rights Law, (Edited by, Sarah Joseph and Adam McBeth, 2010, (s. 36-70).

STEINERTE Elina/ WALLACE Rebecca, United Nations Protection Of Human Rights, Section A: Mechanism For Human Rights Protection By United Nations Bodies, London 2009.

TATAR Dilara Buket, “Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme”, İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2013.

Uluslararası Çocuk Merkezi (ICC), Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi'nin Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'ye İlişkin Genel Yorumları 2006 – 2008.

UNCHR, Selected Decisions Of The Committee On The Elimination Of Racial Discrimination, Thirty-Sixth To Seventy-Fifth Sessions, (August 1988 – August 2011), Vol:1, New York and Geneva, 2012.

VÄYRYNEN Raimo, “Enforcement And Humanitarian Invention: Two Faces Of Collective Actions By The United Nations”, Future Of The United Nations System: Potential For The Twenty-First Century, (Editor: Chadwick F. Alger), 1998.

VERDIRAME Guglielmo, The UN And Human Rights, New York 2011.

İNTERNET KAYNAKLARI

Committee On Economic, Social And Cultural Rights, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/CESCRIntro.aspx>, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

Consolidated Guidelines for State reports under the International Covenant on Civil and Political Rights, U.N. Doc. CCPR/C/66/GUI/Rev.2 (2001),

<http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/reportguidelines-2001.html>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

General Comments Adopted by the Human Rights Committee, <http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/hrcomms.htm>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

<http://cocuk.basbakanlik.gov.tr/cocuk.html>, Erişim Tarihi, 31.10.2014.

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_her_turlu_ayrimciligin_onlenm.pdf, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

http://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/Books/khuku/temel_belgeler/temel_belgeler_kadinlara_karsi_ayrimciligin_onlenmesi_bildir.pdf, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=1&sortOrder=Date>, Erişim Tarihi, 01.11.2014.

<http://juris.ohchr.org/en/search/results?Bodies=3&sortOrder=Date>, Erişim Tarihi, 04.11.2014.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=8&DocTypeID=17, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/AIHS_tr.pdf, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

http://www.au.int/en/sites/default/files/OAU_Charter_1963_0.pdf, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

<http://www.gleichbehandlungsanwaltschaft.at/DocView.axd?CobId=37152>, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRC/Pages/Decisions.aspx>, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

<http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4750.html>, Erişim Tarihi, 28.10.2014.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/37-51.pdf>, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

<http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/53-73.pdf>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/Medeni_Si_yasi_Haklari_Ul_Soz_Ek_Pro.pdf, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

http://www.uhdigm.adalet.gov.tr/sozlesmeler/coktaraflioz/bm/bm_01.pdf, Erişim Tarihi, 22.10.2014.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106\(XX\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2106(XX)), Erişim Tarihi, 28.10.2014.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)), Erişim Tarihi, 23.10.2014.

[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290\(IV\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/290(IV)), Erişim Tarihi, 25.10.2014.

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/34/180, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/39/46, Erişim Tarihi, 30.10.2014.

<http://www.un-documents.net/a21r2200.htm>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

http://www.unicef.org/turkey/pdf/_cr23.pdf, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

<http://www.unmikonline.org/regulations/unmikgazette/06turkish/TIntCovEcSocCulRights.pdf>, Erişim Tarihi, 27.10.2014.

<http://www1.umn.edu/humanrts/procedures/1235.html>, Erişim Tarihi, 3.11.2014.

<http://www1.umn.edu/humanrts/procedures/1503.html>, Erişim Tarihi, 4.11.2014.

International Justice Resource Center, Human Rights Committee, http://www.ijrcenter.org/un-treaty-bodies/human-rights-committee/#Inter-State_Complaints, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

İnsan Hakları Komitesi tarafından verilen tüm kararlar için bkz. Decisions and Views of the Human Rights Committee, <http://hrlibrary.umn.edu/undocs/undocs-index.html>, Erişim Tarihi, 26.10.2014.

Optional Protocol To The Convention On The Rights Of The Child On A Communications Procedure, <https://documents-dds->

ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/10/PDF/N1146710.pdf?OpenElement, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

Role of United Nations Human Rights System, <https://childrenandarmedconflict.un.org/our-work/human-rights-council/>, Erişim Tarihi, 1.11.2014.

The United Nations Human Rights System, http://www.hrea.org/index.php?base_id=163#charter, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

The United Nations Human Rights System: How To Make It Work For You, Geneva/New York 2008, http://www.un-ngls.org/IMG/pdf/Final_logo.pdf, Erişim Tarihi, 15.10.2014

TOPAL Ahmet Hamdi, “Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması”, *Mevzuat Dergisi*, Yıl: 7, Sayı: 83, Kasım 2004, par. 23, <http://www.mevzuatdergisi.com/2004/11a/01.htm>, Erişim Tarihi, 19. 9. 2014.

United Nations High Commissioner For Human Rights, <http://www.ohchr.org/EN/AboutUs/Pages/WhoWeAre.aspx>, Erişim Tarihi, 29.10.2014.

UNODC And The Promotion And Protection Of Human Rights, Position Paper, 2012, https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/UNODC_Human_rights_position_paper_2012.pdf, Erişim Tarihi, 25.10.2014.

Makaleler



Özel Hukuk

TARIM ARAZİLERİNİN MİRAS YOLUYLA İNTİKALİ*

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN**

THE TRANSFER OF AGRICULTURAL LANDS BY INHERITANCE

ÖZET

Tarım arazilerinin parçalanmasının engellenmesi, tarım sektörü ve ülke ekonomisi bakımından büyük önem taşımaktadır. Devlet, tarım arazilerinin parçalanarak küçülmesini engellemelidir. 4721 sayılı Medenî Kanuna bu amaçla konulan hükümler (MK.m.659-668) tamamlayıcı nitelik taşıması nedeniyle tarım arazilerinin parçalanmasına engel olamamıştır. Bu nedenle, 5437 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda 6537 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmış ve MK.m.659-668 hükümleri yürürlükten kaldırılarak, yerine emredici hükümler getirilmiştir. Bu düzenlemeyle, tarım arazilerinin parçalanarak küçülmesini engellemek amaçlanmıştır.

* Bu makale, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü'nde Prof. Dr. Mehmet AYAN danışmanlığındaki seminer çalışması esas alınarak hazırlanmıştır.

** Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

ANAHTAR KELİMELER: *Tarım Arazisi, Tarım İşletmelerinin Özgülenmesi, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, 6537 Sayılı Kanun, Mirasın Paylaşılması.*

ABSTRACT

Preventing the disintegration of agricultural land is of great importance in terms of agriculture sector and country economy. The state should prevent the agricultural lands from shrinking. The provisions laid down in the Civil Code No. 4721 for this purpose (CC.art.659-668) did not prevent the disintegration of the agricultural land. Because, these articles were not compulsory legal rules. For this reason, amendment has been made with Code No. 6537 in the Code on Protection of Soil and Land Use numbered 5437 and the provisions of CC.art.659-668 were abolished from the enforcement and replaced with imperative provisions. With these regulations, it is aimed to prevent the shrinkage of agricultural land by shattering.

KEYWORDS: *Agricultural Land, The Allocation of Agricultural Enterprises, Code on Protection of Soil and Land Use, Code No. 6537, The Share of Inheritance.*

I. GİRİŞ

Diğer haklarda olduğu gibi, mülkiyet hakkının süjesi hukuken kişi sayılan bir varlık olmalıdır. Her ne sebeple olursa olsun, kişiliği sona eren bir varlığın hak süjesi olması düşünülemez. Bu bağlamda, hak süjesi olan kişinin ölümüyle ona ait olan hakların sona ermesi doğal bir sonuçtur. Ancak, özel mülkiyetin devamlılığı ve kişiye bağlı olanlar dışında alacak ve borçların mirasçıda devam etmesi gerekliliği miras hukukunun ortaya çıkmasına neden olmuştur¹.

¹ Mustafa **Dural** / Turgut **Öz**, Türk Özel Hukuku, C. 4, Miras Hukuku, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2015, s. 1; Rona **Serozan** / Baki İlkay **Engin**, Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 36 vd.; Hüseyin **Hatemi**, Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014, s. 1; Zahit **İmre** / Hasan **Erman**, Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015, s. 2-4; Bilge **Öztan**, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 4; Ali Naim **İnan** / Şeref **Ertaş** / Hakan **Albaş**,

Mirasbırakanın ölümüyle birlikte değişken olan malvarlığı artık durağan hâle gelir. Diğer bir ifadeyle, artık mirasbırakanın malvarlığının aktifi ve pasifinde herhangi bir değişiklik görülmez. Mirasbırakanın ölümü ile durağan hâle gelen bu malvarlığına “*tereke*” adı verilir². Tereke, mirasbırakanın ölümü ile birlikte bir bütün olarak, kanun gereği mirasçılara geçer. Ancak kanunda belirtilen hâllerde mümkün olan bu ilkeye, “*küllî halefiyet ilkesi*” denilmektedir. Bu ilkenin bir sonucu olarak, terekede yer alan aynî haklar, alacak hakları, zilyetliğe bağlı olan sonuçlar ve borçlar herhangi bir tasarruf işleminin yapılmasına gerek olmaksızın mirasçılara geçer³.

Mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunması hâlinde mirasın geçişiyle ilgili herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Zira, o, mirasbırakanın terekesine tek başına sahip olur. Buna karşılık, mirasbırakanın birden fazla mirasçısının bulunması hâlinde, terekenin yönetilmesi ve paylaşılmasında sorunlarla karşılaşılır. Bu yüzden, Medenî Kanun, bu tür sorunlar çözümleninceye kadar mirasçılar arasında miras ortaklığının bulunduğunu kabul etmiştir. Gerçekten, mirasçılar, Medenî Kanunun 640 ıncı maddesinin ikinci fıkrası uyarınca tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibidirler⁴.

Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2006, s. 47. Yeni Medenî Kanunun Miras Hukuku alanında getirdiği yenilikler için bkz., Aydın **Aybay**, Türk Medenî Kanunu'nun Miras Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2002, s. 135-143.

- ² Mehmet **Ayan**, Miras Hukuku, 8. Baskı, Konya 2015, s. 5; Necip **Kocayusufpaşaoğlu**, Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 31; Faruk **Acar**, Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2006, s. 121-159, s. 122; **Serozan / Engin**, s. 125, 126; **Dural / Öz**, s. 8; **İmre / Erman**, s. 10; **Öztan**, s. 15; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 65. “*Tereke*” terimi hakkında bkz., **Hatemi**, s. 12.
- ³ Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 264; Bülent **Köprülü**, Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1985, s. 9; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 42; **Ayan**, s. 18, 19; **Dural / Öz**, s. 12; **Serozan / Engin**, s. 82 vd.; **Öztan**, s. 18-21; **İmre / Erman**, s. 11, 341-344; **Hatemi**, s. 12, 13; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 69-72; **Acar**, s. 122.
- ⁴ Fikret **Eren**, Miras Açıldıktan Sonra Miras Hisselinin Devri Sözleşmesi, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 132-151, s. 131; Zahit

Miras ortaklığının sona erdirilmesi yollarından birisi, mirasın tamamen paylaşılmasıdır. Gerçekten, terekede yer alan bütün hak ve borçların mirasçılar tarafından paylaşılmasıyla miras ortaklığı sona ermektedir. Mirasın paylaşılması bakımından esas olan mirasçıların anlaşmasıdır. Mirasçıların anlaşması ya “*payların oluşturulması ve fiilen alınması*” ya da “*paylaşma sözleşmesi*” şeklinde olabilmektedir (MK.m.676/I). Buna karşılık, tüm mirasçıların anlaşması mümkün olmazsa, her bir mirasçı paylaşmanın mahkeme tarafından yapılması için paylaşma davası açabilir⁵.

Mirasın paylaşılması öncelikle terekede yer alan unsurların her bir mirasçının miras payına göre gruplandırılması (MK.m.650) ve bu grupların hangi mirasçıya verileceğinin belirlenmesiyle gerçekleşmektedir. Ancak, mirasın paylaşılmasında bu kural sıkı şekilde uygulanmamış ve bazı özel durumlar için istisnâ hükümler⁶

İmre, Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medenî Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 359-382, s. 395, 396; Ahmet M. **Kılıçoğlu**, Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 19, 20; Mustafa **Aygün**, Bir İnançları Birleştirme Kararı ve Miras Paylaşım Sözleşmesi (MK.m.611/II), Adalet Dergisi, S. 1, 1982, s. 43-61, s. 48; **Ayan**, s. 19; **İmre / Erman**, s. 427 vd.; **Köprülü**, Miras, s. 397; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 44; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 490, 538 vd.; **Öztan**, s. 22; **Serozan / Engin**, s. 613; **Dural / Öz**, s. 450; **Hatemi**, s. 130; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 263; **Acar**, s. 122.

⁵ **Köprülü**, Miras, s. 399; **Dural / Öz**, s. 475, 480; **Serozan / Engin**, s. 638-666; **Acar**, s. 122; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 555-559; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 23.

⁶ Bu istisnâ hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Serozan / Engin**, s. 653-656; **İmre / Erman**, s. 495-511; **Ayan**, s. 332-344; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 561-565; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 713-716. Fransız ihtilâliyle ortaya çıkan hürriyet ve eşitlik düşüncesi, kendisini hukuk alanında da hissettirmiştir. İlk zamanlar, herhangi bir mal ve herhangi bir zümre için özel hükümler kabul edilmiyordu. Ancak, miras hukukunda eşitlik ilkesinin mutlak olarak uygulanmasının bazı problemleri doğurduğu anlaşılınca istisnâ düzenlemelere yer vermeye başlandı. Bkz., Kenan **Tunçomağ**, Ziraî Gayrimenkullerin Mirasçılara İntikali Sureti, İstanbul Barosu Dergisi, C. 27, S. 2, 1593, s. 73-97, s. 73. Ayrıca bkz., Fikret **Eren**, Medeni Kanun ve Toprak-Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis

düzenlenmiştir. Bu hükümler, “değerinde önemli azalma olmaksızın bölünemeyen mal”, “bir bütün oluşturan eşya topluluğu”, “aile belgeleri ve özel anı değeri olan eşya”, “aile konutu ve ev eşyasının sağ kalan eşe özgülenmesi”, “mirasbırakanın mirasçılardaki alacağı”, “kat mülkiyetine çevirme yoluyla paylaşma” ve “tarım işletmelerinin özgülenmesi”⁷ hakkında düzenlenmiştir.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu tarım işletmelerinin genel paylaşma kurallarına tâbi olmasını istememiştir. Bu amaçla, Medenî Kanun’da tarım işletmelerinin özgülenmesini konu alan on adet maddeye yer verilmişti. Ancak, 30.4.2014 tarih ve 6537 sayılı Kanun⁸ ile 3.7.2005 tarih ve 5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu⁹

Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 1, 1975, s. 149-191, s. 149; Ferid H. **Saymen**, Zirai Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 4, 1944, s. 355-388, s. 355, 356; M. Çağrı **Bağatur**, Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 1999, S. 3, Ankara 1999, s. 858-878, s. 859.

⁷ **Serozan / Engin**’e göre, tarım işletmeleri hakkında kanunda yer alan hükümlerin tüm ticarî işletmeler hakkında düzenlenmemiş olması ciddi bir eksikliktir (bkz., age., s. 655). Aynı görüşte, Ziya **Gökçe**, Tarımsal İşletmenin Tahsisi, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, 2001, s. 831-893, s. 833. Hattâ, **Gökçe**’ye göre, hâkimler, kıyas yaparak aynı sonuca varabilirler (bkz., agm., s. 833). Buna karşılık, **Yavuz**’a göre, tarım işletmelerini diğer işletmeler ile eşdeğer görmemek gerekmektedir. Zira, Almanya’da tarımın bir kamu hizmeti hâline geldiği ve bu yüzden himaye edilmesi gerektiği tezi savunulmaktadır. Diğer bir deyişle, tarımı, diğer özel sektör dallarından ayıran bir kamu yararı yönü bulunmaktadır. Bkz., Fehmi **Yavuz**, Toprak ya da Tarım Reformu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 1967, s. 30. Bu nedenle, ticarî işletmeler için koruyucu hükümler düzenlenmemesinin sebebi, ticarî faaliyetlerin kamu yararı amacıyla değil ekonomik yarar amacıyla yapılması olabilir. Ancak, bir ülkede, ticarî faaliyetlerin nicelik ve nitelik yönünden gelişmesi toplumun yararına olacaktır. Bu nedenle de, ticarî işletmelerin korunması gerektiği de söylenebilir.

⁸ RG. 15.5.2014, S. 29001.

⁹ RG. 19.7.2005, S. 25880. Söz konusu Kanun hakkında ayrıntılı bir inceleme için bkz., Şükran **Ekecik**, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

hükümlerinde daha ayrıntılı bir düzenleme yapılmış ve Medenî Kanunun ilgili on maddesi yürürlükten kaldırılmıştır¹⁰.

II. TARIM İŞLETMELERİNİN MİRAS HUKUKUNUN GENEL PAYLAŞMA KURALLARINDAN FARKLI KURALLARA TÂBİ TUTULMASININ NEDENLERİ

Toprak, önemini insanların yaşamlarını sürdürebilmeleri için ona muhtaç olmalarından almaktadır. Gerçekten, insanlar, barınmaları ve beslenmeleri konusunda toprağa ihtiyaç duyarlar. Ancak, dünya üzerindeki insan sayısının artmasına karşın, mevcut toprak miktarında bir değişiklik görülmemektedir¹¹. Ülkeler, sınırlı miktarda olan toprağın artan insan nüfusuna yetecek şekilde verimli kullanılması ve ülke ekonomisini kalkındırmak için bir takım tedbirler almaktadırlar¹². Toprak üzerinde hangi tedbirlerin alınacağı, tarım politikaları ile belirlenir¹³.

Kanunu Üzerine Bir İnceleme, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 263-290.

¹⁰ Osmanlı hukukunda da tarım arazileri, miras hukuku rejimi bakımından diğer taşınmaz mallardan ayrı bir hukukî düzenlemeye tâbi tutulmuştur. Bkz., Hâilil **Cin**, Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 1979, s. 1.

¹¹ İpek **Sağlam**, Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 201-231, s. 201; Aydın **Zevkililer**, Toprak Reformunun Yeni Medeni Kanunu İlgilendiren Yönleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 253-270, s. 253; **Bağatur**, s. 858; **Aras**, s. 135.

¹² Anayasamızın “*Toprak Mülkiyeti*” başlıklı 44 üncü maddesinde toprak ile ilgili tedbirler alınması görevi Devlete yüklenmiştir. Anılan hükme göre, “*Devlet, toprağın verimli olarak işletilmesini korumak ve geliştirmek, erozyonla kaybedilmesini önlemek ve topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçilikle uğraşan köylüye toprak sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri alır. Kanun, bu amaçla, değişik tarım bölgeleri ve çeşitlerine göre toprağın genişliğini tesbit edebilir. Topraksız olan veya yeter toprağı bulunmayan çiftçiye toprak sağlanması, üretimin düşürülmesi, ormanların küçülmesi ve diğer toprak ve yeraltı servetlerinin azalması sonucunu doğuramaz (f.1). Bu amaçla dağıtılan topraklar bölünemez, miras hükümleri dışında başkalarına devredilemez ve ancak dağıtılan çiftçilerle*

*mirasçuları tarafından işletilebilir. Bu şartların kaybı halinde, dağıtılan toprağın Devletçe geri alınmasına ilişkin esaslar kanunla düzenlenir (f.2)”. Türk Hukukunda tarım işletmeleri hakkında alınan tedbirler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Akın **Düren**, Toprak Hukuku Dersleri, Ankara 1972, s. 106-122. Toprağın korunması için alınacak tedbirlerin en önemlisi, kanunî düzenlemelerin toprağın değerini bilen bir zihniyet tarafından yapılmasıdır (**Ekecik**, s. 263). **Zevkliler**'e göre, “*Toprak Reformu*” kavramından sadece çiftçiye toprak dağıtılması anlaşılmalıdır. Toprak Reformu kavramı geniş anlamda yorumlanarak, ekonomik ve ziraî tedbirlerin yanı sıra hukukî tedbirleri de kapsamalıdır. Bu anlamda, miras hukuku alanındaki tarım işletmelerinin özgülenmesi de toprak reformunun kapsamına girmektedir. Bkz., Aydın **Zevkliler**, Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970, s. 15, 16. Toprak Reformu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Şakir **Berki**, Türkiyede Toprak Davası ve Mevzuat Karşısında Toprak Rejimi, Ankara 1970; Şakir **Berki**, Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1967; Bülent **Köprülü**, Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1958; Mehmet **Kılıç**, Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, S. 2, 2010, s. 67-92; **Yavuz**, s. 29-41; **Zevkliler**, Toprak, s. 255-270. Bu konuda İsviçre'de de bazı tedbirler alınmıştır. Bkz., Kenan **Tunçomağ**, İsviçre Ziraî Miras Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi, C. 23, S. 10, 1954, s. 513-531, s. 513, 514. Ayrıca bkz., Safa **Reisoğlu**, İsviçre'de Ziraî Gayrimenkullerin Hukukî Rejimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 1960, s. 199-224. Avrupa Birliği'nin temellerinin atılmasından bugüne tarım politikalarının ağırlıklı rolü bulunmaktadır. Tarım politikaları, Avrupa Birliği'nin kuruluş aşamasında genellikle ziraî ürünlerin ihracatı üzerine yoğunlaşmıştır. Ayrıca, tarım ürünleri için asgarî fiyat belirlenerek, çiftçilik, kazançlı ve sürdürülebilir hâle getirilmeye çalışılmıştır. Avrupa Birliği Ortak Tarım Politikası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., İbrahim Orkun **Atalay**, Avrupa Birliği Ortak Tarım Politikası, Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi, S. 2, 2004, s. 58-82. Ayrıca bkz., Gerard **Kessler**, Avrupa'da Ziraat Rejimleri ve Ziraat Reformları, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 4, 1944, s. 411-451.*

- ¹³ **Zevkliler**, Tahsis, s. 1, 2, 13. **Gökçe**'ye göre, adaleti eksiksiz dağıtma ihtiyacı, tarım işletmesini koruma isteğinin önüne geçmiştir. Gerçekten, tarım arazileri, ülkemizde yerleşime açılmakta ve ziraî alanlara apartmanların dikildiği görülmektedir. Tarım arazilerini bu uğurda feda edenlerin zengin, etmeyerek ziraî faaliyete devam etmeye çalışanların

Tarım işletmelerinin miras yolu ile intikaline ilişkin hükümler, genel paylaşma kurallarının istisnası niteliğindedir. Kanunun tarım işletmelerini genel paylaşma kurallarına¹⁴ tâbi tutmayarak bu yönde istisna hükümler düzenlemesinin amacı, tarım işletmelerinin nesilden nesile gittikçe küçülmesini ve bu sebeple de verimsizleşmesini önlemektir. Diğer bir deyişle, bu istisnaî hükümlerin düzenlenmesiyle, tarım işletmelerinin korunması ve varlıklarının devamlılığı amaçlanmıştır. Gerçekten, tarım arazilerinin parçalı olması, ziraî verimliliği ve sürekliliği etkilemektedir¹⁵. Maalesef, ülkemizde, tarım işletmelerinin büyük çoğunluğu küçük ve yetersizdir¹⁶.

onlara özendiklerine sık sık tanık olunmaktadır. Araziler arasında getiri denkliği kurulmadan, özgüleme sisteminden istenen sonuçlar elde edilemez (bkz., agm., s. 841, 842). Aynı yönde bkz., **Sağlam**, s. 222. Gerçekten, özgüleme sisteminden istenen sonuçlar elde edilememiştir. Bu nedenle, kanunkoyucu, konuyu emredici hükümlerle düzenlemek zorunda kalmıştır.

¹⁴ Mirasçılar arasındaki genel paylaşma kurallarının temelinde eşitlik ilkesi yatmaktadır. Gerçekten, “*Mirasçıların eşitliği*” başlığını taşıyan Medenî Kanunun 649 uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça mirasçılar, paylaşmada terekenin bütün malları üzerinde eşit hakka sahiptirler*”.

¹⁵ **Zevkliler**, Tahsis, s. 4, 5, 7; Fikret **Eren** / Veysel **Başpınar**, Toprak Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 155, 156; Mehmet **Ünal**, Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1990, s. 103-108, s. 105, 106; Osman Levent **Özay**, Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 2015, s. 25, 26; Bahattin **Aras**, Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, Adalet Dergisi, S. 18, 2004, s. 134-161, s. 134; Erol **Cansel**, Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında İsviçre ve Türk Hukuklarının Durumu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 645-665, s. 645; Ş. Barış **Özcelik**, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 87-110, s. 88; **İmre** / **Erman**, s. 505; **Saymen**, s. 356; **Dural** / **Öz**, s. 508; **Zevkliler**, Toprak, s. 262; **Tunçomağ**, Ziraî, s. 74; **Bağatur**, s. 858; **Sağlam**, s. 202, 210; **Cin**, s. 120; **İnan** / **Ertaş** / **Albaş**, s. 566; **Kılıç**, s. 76. Görüldüğü üzere, kanunun böyle istisnaî bir hükme yer vermesinin amacı,

Tarım arazilerinin parçalanmasının engellenmesi, özellikle tarım sektörünün ekonomisinde önemli bir paya sahip olduğu ülkelerde büyük önem taşımaktadır¹⁷. Ülkemiz ekonomisinde de tarımın önemli bir paya sahip olduğu dikkate alınır, tarımın gelişmesine engel olacak hususların ortadan kaldırılması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, devlet, tarımın gelişmesine destek vererek ülke ekonomisine katkıda bulunmalıdır. Gerçekten, devletin tarımın gelişmesi için alması gereken birçok tedbir bulunmaktadır. Meselâ, devlet tarım girdi fiyatlarını dengede tutmalı, tarım ürünlerinin ülke içinde ve ülke dışında pazarlanmasına katkıda bulunmalı, tarım arazilerinin bölünerek ailelerin geçimini karşılamaktan yoksun hâle gelmesini önlemelidir. Hiç şüphesiz, tarımın gelişmesi için yapılması gerekenler bunlardan ibaret değildir. Ancak, seminer konumuzun kapsamı bakımından sadece tarım işletmelerinin bölünmesi problemine karşı alınan tedbirlere değinilecektir.

Tarım arazilerinin bölünerek parçalanması, sağlararası hukukî işlemlerle gerçekleştirilebileceği gibi mirasın açılması sonucunda tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibi olan mirasçuların terekeyi paylaşmalarıyla

ekonomik düşüncelerdir (bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 5). Tarım işletmelerinin korunmasının hayatî önemi haiz olması nedeniyle, kanunkoyucu, kamu yararı düşüncesiyle bireylerin çıkarlarını bir kenara bırakmıştır. Böylece, mirasçuların tereke üzerinde diledikleri gibi tasarruf edebilme ve tereke mallarına eşitlik çerçevesinde sahip olabilme gibi hakları gözardı edilmiştir (**Zevkliler**, Tahsis, s. 7; **Zevkliler**, Toprak, s. 253, 254).

¹⁶ **Ünal**, s. 106; **Aras**, s. 134. Türkiye’de arazi parçalılık durumu tablosu için bkz., **Kılıç**, s. 76.

¹⁷ A. Vural **Öktem**, Türkiye’de Zirai İşletmeler ve Produktivite, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 1966, s. 61-89, s. 61; **Saymen**, s. 356; **Zevkliler**, Tahsis, s. 3, 11, 12, 137; **Zevkliler**, Toprak, s. 254; **Dural / Öz**, s. 509; **İmre / Erman**, s. 505; **Ünal**, s. 106; **Bağatur**, s. 858, 859; **Aras**, s. 134, 135; **Yavuz**, s. 30. **Eren / Başpınar**, Türkiye’deki tarım işletmelerinin büyüklüklerini diğer ülkelerdeki tarım işletmelerinin büyüklükleri ile karşılaştırarak, tarım işletmelerinin küçülmesinin ülkemiz ekonomisi üzerindeki etkisinin 16.800.000.000 TL olduğunu tespit etmiştir (bkz., 4. Baskı, s. 156). Türkiye’deki tarım işletmelerinin durumu ve yıllar içerisindeki değişimi hakkında elde edilen sonuçlar için bkz., **Bağatur**, s. 860.

da gerçekleşebilir¹⁸. Özellikle mirasın paylaşılması, tarım işletmelerinin parçalanmasında daha etkili bir rol oynamaktadır. Bu sebeple, tereke unsurları içinde yer alan tarım işletmelerinin bir bütün hâlinde bir mirasçıya geçişine imkân sağlanmalıdır. Ancak, tarım işletmesinin herhangi bir mirasçıya bir bütün hâlinde geçişi, her zaman tarım işletmesinin devamlılığını sağlayamaz. Bu amaçla, tarım işletmelerinin mirasçılardan onu en iyi değerlendirebilecek olana verilmesi özel bir önem taşımaktadır¹⁹.

III. 6537 SAYILI KANUNUN DÜZENLENME NEDENİ VE ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

A) 6537 SAYILI KANUNUN DÜZENLENME NEDENİ

Tarım işletmelerinin intikaline ilişkin hükümler, 4721 sayılı Medenî Kanunun 659-668 inci maddeleri arasında düzenlenmekteydi. Bu hükümlerle, kanunkoyucu, mirasın genel hükümlere göre paylaşılması sebebiyle tarım arazilerinin bölünerek küçülmesine engel olmayı amaçlıyordu. Ancak, söz konusu hükümler, sadece mirasçıların talepleri hâlinde uygulanabilen tamamlayıcı nitelikteki hükümlerdi. Bu sebeple de, 2014 yılına kadar Medenî Kanunun belirtilen hükümlerine neredeyse hiç başvurulmamış ve tarım işletmelerinin parçalanması engellenememişti²⁰.

Medenî Kanunun yukarıda belirtilen hükümlerinin tamamlayıcı nitelik taşıması sebebiyle, mirasbırakanın ölümünden sonra, mirasçılar, tereke içerisinde yer alan tarım işletmelerini ya fiilî veya hukukî olarak paylaşmakta ya da mirası paylaşmayarak elbirliği ortaklığını sürdürmekte idiler. Bu durum ise, tarım işletmelerinin bölünerek küçülmesine yol

¹⁸ Tarım işletmelerinin parçalanarak küçülmesine, alım satım, şehirleşme, imar faaliyeti, yol ve kanal yapımı, miras gibi birçok neden sebep olabilir (Ünal, s. 106). Diğer bir değerlendirme için bkz., Aras, s. 136.

¹⁹ Dural / Öz, s. 509; Aras, s. 134.

²⁰ Fikret Eren, Veysel Başpınar, Toprak Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2007, s. 177; Özçelik, s. 88; Özyay, s. 25; Sağlam, s. 210, 221; Acar, s. 128; Eren, Tahsis Şartları, s. 150, 151; Kılıç, s. 76, 77; Aras, s. 137, 151; İmre / Erman, s. 505, 506; Bağatur, s. 877. Saymen de, bu hükümlerin tamamlayıcı olması nedeniyle, beklenen faydanın elde edilemeyeceğini ifade etmiştir (bkz., agm., s. 372).

açmaktaydı ve tarım arazilerinin bölünmeksizin mirasçılara geçişi, emredici hükümlerle düzenlenmeliydi. Tüm bu sebeplerle, kanunkoyucu, 5437 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda 6537 sayılı Kanun ile değişiklik yapmış ve MK.m.659-668 hükümleri yürürlükten kaldırılarak, yerine emredici hükümler getirmiştir²¹.

B) 6537 SAYILI KANUNUN ZAMAN BAKIMINDAN UYGULANMASI

6537 sayılı Kanunla, tarım arazilerinin miras yoluyla intikaline ilişkin tamamlayıcı hükümler yürürlükten kaldırılarak emredici hükümler düzenlenmiş ve aynı zamanda Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa geçici 5 inci madde eklenmiştir. Bu maddeye göre, “*Bu maddenin yayımı tarihinde mirasçılar arasında henüz paylaşımı yapılmamış tarımsal arazilerin devir işlemleri, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümlerine göre tamamlanır (f.1). Bu maddenin yayımı tarihinden önce tarımsal arazilerin paylaşımına ilişkin olarak açılmış ve hâlen devam etmekte olan davalarda, bu maddeyi ihdas eden Kanundan önceki kanun hükümleri uygulanır (f.2). Bu maddenin yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde birinci fıkraya göre yapılacak devir işlemleri harçlardan müstesnadır. Bu süre Bakanlar Kurulu tarafından iki yıl uzatılabilir (f.3)*”. Maddeden anlaşılacağı üzere, Kanunun yürürlüğe girdiği 15.05.2014 tarihinden önce ölümün gerçekleştiği ancak paylaşmanın yapılmadığı veya açılmış paylaşma davasının hâlen devam ettiği tarım arazilerinin intikali hakkında değişiklikten önceki hükümler uygulama alanı bulacaktır²².

²¹ **Özay**, s. 25, 26. Gerçekten, 6537 sayılı Kanunla yapılan en köklü değişiklik, tarım arazisinin mülkiyetinin devri zorunluluğudur (bkz., **Özçelik**, s. 93). Oysa ki, İsviçre’de 23.06.1936 tarihinde müzakeresine başlanan 12.01.1940 tarihinde yayımlanan ve 1947 yılının başında yürürlüğe giren “*Zirai Gayrimenkullerin Borçtan Kurtarılması Hakkında Federal Kanun*”la yapılan değişiklik ziraî miras hukukuna ilişkin hükümleri emredici hâle getirmek amaçlanmıştı (**Tunçomağ**, İsviçre, s. 517-519; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 151). Bu kanun hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Tunçomağ**, İsviçre, s. 517-528.

²² **Ayan**, s. 334; **Özçelik**, s. 105, 106. Ayrıntılı bilgi bkz., **Eren**, 4. Baskı, s. 157, 158.

IV. TARIM ARAZİLERİNİN ÖZGÜLENMESİ

A) ÖZGÜLEME KAVRAMI VE ÖZGÜLEMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

1- Özgüleme Kavramı

Türk Medenî Kanunun mülga 659 ve devamı maddelerinde tarım işletmelerinin özgülenmesi kavramı²³na yer verilmişti. Tarım işletmelerinin özgülenmesiyle ise, terekede yer alan, yeter gelire ve ekonomik bütünlüğe sahip olan bir tarım işletmesinin işletmenin sürekliliğinin sağlanması amacıyla bölünmeksizin ehil bir mirasçıya bırakılması kastedilmekteydi.

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle kanunkoyucu, “*özgüleme*” teriminin yerine “*mülkiyetin devri*” terimini kullanmayı tercih etmiştir. Ancak, hangi kavramın kullanılması gerektiği, Adalet Komisyonunda da tartışılmıştır. Söz konusu tartışmaların sonucunda, komisyon, özgülemenin mülkiyetin geçişini sağlamadığı gerekçesiyle mülkiyetin devri ifadesinin kullanılmasını tercih etmiştir. Ancak, Medenî Kanunun mülga hükümlerinde düzenlenen özgüleme sisteminde de kendisine özgüleme yapılan mirasçıya/mirasçılara tarım işletmesinin mülkiyeti geçmekteydi. Kendisine özgüleme yapılan mirasçılar, diğer mirasçıların miras paylarını ihlâl ettiği oranda ödemedede bulunmaktaydılar²⁴.

Değişiklikten sonra getirilen sistemle değişiklikten önceki sistem arasındaki en önemli fark, mirasçıların tarım arazilerini istedikleri zaman istedikleri şekilde paylaşmalarının sınırlanmasıdır. Aslında, bu durum, mülkiyet hakkına getirilen bir kısıtlamadır. Gerçekten, kanunkoyucu da Medenî Kanunun 656 ncı maddesinde “*Taşınmazların bölünmelerine*

²³ Eski Medenî Kanun döneminde “*özgüleme*” kelimesi yerine “*tahsis*” kelimesi kullanılmakta idi. Her iki kavram da eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. 4721 sayılı Medenî Kanun, özgüleme kelimesini sadeleştirme amacıyla tercih etmiştir.

²⁴ Bu nedenle, çalışmada, “*mülkiyetin devri*” kavramı yerine “*özgüleme*” kavramı kullanılmıştır.

ilişkin kanun hükümleri saklıdır” ifadesini kullanarak bu kısıtlamaya işaret etmiştir²⁵.

2- Özgülemenin Hukukî Niteliği

Tarım arazisinin özgülenmesinin hukukî niteliğinin belirlenmesi, tarım arazisinin kazanılma anı ve özgülemeye karar verecek makam gibi bazı soruların cevaplandırılması bakımından önem taşımaktadır. Gerçekten, özgülemenin hukukî niteliğinin tespit edilmesiyle mirasçılarının kendi başlarına özgüleme kararı verip veremeyecekleri, mahkeme tarafından verilen kararın kurucu mu yoksa açıklayıcı mı olduğu gibi sorunlar çözüme kavuşacaktır.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, tarım arazilerinin özgülenmesi, kanundan doğan bir hâl değildir. Diğer bir ifadeyle, terekenin paylaşılması aşamasına geçilmesiyle birlikte tarım arazisi, kendiliğinden özgülenmiş olmamaktadır. Tarım arazilerinin özgülenebilmesi için ayrıca bir takım şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir²⁶.

Tarım arazilerinin özgülemesinin yapılabilmesi için, bir organ²⁷ kararının gerekli olup olmadığı hususunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Gerçekten, bir görüşe göre²⁸, özgüleme yapılabilmesi için gerekli olan şartların bir organ tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, iradî özgüleme olması mümkün değildir. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise²⁹, tarım arazilerinin özgülenebilmesi için mutlaka bir organın karar vermesi zorunlu değildir.

²⁵ **Özay**, s. 150.

²⁶ **Özay**, s. 78.

²⁷ **Zevkliler**, İsviçre’de tarım işletmelerinin özgülenmesi hususunda yetkili makamların bulunduğunu ve bu makamların kantondan kantona değişiklik gösterdiğini ifade etmektedir (bkz., Tahsis, s. 123). **Cin**’e göre ise, özgüleme kararı sulh hukuk mahkemesi tarafından verilmelidir (bkz., 128). Özgüleme kararının verilmesi paylaşma hükmünde olduğundan dolayı, özgüleme için gerekli olan kararı almaya yetkili organdan paylaşma davasında yetkili ve görevli olan mahkemenin anlaşılması gerektiği ifade edilebilir. Bu mahkeme de mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesidir.

²⁸ **Zevkliler**, Tahsis, s. 123-125; **Aras**, s. 146.

²⁹ **Özay**, s. 79.

Özgüleme mirasçılarının iradî olarak anlaşması ile de gerçekleşebilmektedir.

Özgüleme kararının verilmesi, paylaşma hükmündedir. Aynı şekilde, özgülemeye ilişkin hükümler de paylaşma kuralları niteliğindedir³⁰.

3- Özgüleme Talebinin Hukukî Niteliği ve Kullanılması

a) Özgüleme Talebinin Hukukî Niteliği

Özgüleme talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve üçüncü kişilere devredilemez³¹. Özgüleme talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, sınırlı ehliyetliler de tam ehliyetliler gibi özgüleme talebinde bulunabilirler. Ancak, sınırlı ehliyetsizlere özgüleme yapılması birçok sorunu gündeme getirebileceği için kanunkoyucu paylaşmanın sınırlı ehliyetsiz ergin oluncaya kadar beklenebileceğini veya bu tarihe kadar aile malları ortaklığı kurulabileceğini belirtmiştir (mülga MK.m.663). Özgüleme talebi, kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu için talepte bulunan

³⁰ **Özay**, s. 81; **Cin**, s. 128; **Aras**, s. 147; **Bağatur**, s. 869; **Gökçe**, s. 867. Tereke içerisinde tarım işletmesinden başka herhangi bir değer bulunmuyorsa, tarım işletmesinin özgülenmesiyle miras ortaklığı sona erer ve tam paylaşma gerçekleşir. Buna karşılık, terekede tarım işletmesi haricinde başka değerler de bulunuyorsa, kısmî paylaşma gündeme gelir. Terekede yer alan malların bir kısmı paylaşılıyorsa objektif kısmî paylaşma; miras ortaklığından bir veya birkaç mirasçı ayrılıyorsa subjektif kısmî paylaşma ve nihayet hem bir değer hem de bir mirasçının terekeden ayrıldığı hâllerde ise karma kısmî paylaşma gündeme gelir. Özgülemenin kısmî paylaşma niteliğinde olduğu hâllerde, tarım işletmesinin değeri, kendisine tarım işletmesi özgülenen mirasçının miras payından fazla ise karma kısmî paylaşma; daha az ise, objektif kısmî paylaşma söz konusu olur (**Özay**, s. 81, 82). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., **Acar**, s. 127; **Aral**, s. 38-42; **Kılıçoğlu**, Miras Hukuku, s. 344- 349; **Kılıçoğlu**, Taksim, s. 45-49; **İmre / Erman**, s. 466, 467; **İmre**, s. 399. **Gökçe**'ye göre, tarım işletmesinin tek bir mirasçıya verilmesi ve diğer mirasçılara miras paylarının ödenmesi sebebiyle, özgüleme, bir hak satışı olarak değerlendirilebilir (bkz., agm., s. 867).

³¹ **Cin**, s. 125; **Gökçe**, s. 855; **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 175; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 163; **Zevkliler**, Tahsis, s. 109; **Sağlam**, s. 211; **Bağatur**, s. 866; **Özay**, s. 98, 99.

mirasçı, özgüleme kararı henüz verilmeden ölürse, ölen kişinin mirasçıları bu davaya devam edemez³². Diğer taraftan, özgüleme talebi, diğer mirasçılardan ayrı olarak yapılabilir. Diğer bir ifadeyle, her mirasçı, diğerlerinden bağımsız olarak böyle bir istemde bulunabilir³³.

b) Özgüleme Talebinin Kullanılması

Özgüleme talebinin nasıl yapılması gerektiğine dair kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu sebeple, özgüleme talebinin şekle tâbi olmadığı söylenebilir. Buna karşılık, özgülemenin ancak mahkeme kararıyla gerçekleşebileceğini ileri süren görüşe göre, talep mahkemeye yapılmalıdır³⁴. Ayrıca, devir talebi, tarım işletmesinin

³² **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 175; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 163; **Zevkliler**, Tahsis, s. 109, 110, 113; **Sağlam**, s. 211; **Özay**, s. 98, 99; **Aras**, s. 141. Ölen mirasçıların mirasçıları, ayrıca bir dava açmalıdırlar (**Gökçe**, s. 855; **Sağlam**, s. 211; **Aras**, s. 141). Kanunkoyucu, açılmış bulunan bir boşanma veya evliliğin iptali davası sonuçlanmadan taraflardan birisinin ölümü hâlinde mirasçıların davaya devam edebilmesini ve diğer tarafın (sağ kalan eşin) kusurunu veya kötünietini ispat edebilmesi hâlinde sağ kalan eşin mirasçı olamayacağını düzenlemiştir (MK.m.181; MK.m.159). Benzer bir düzenleme burada da yapılabilirdi. Zira, özgüleme tarım işletmelerinin bölünerek küçülmesini sona erdirmek amacıyla getirilmiş hükümlerdir. Bu yönüyle de bu hükümlerin kamusal bir yanının bulunduğu söylenebilir. Sonuç olarak, kanunkoyucunun mirasbırakanın altsoyunu korumak için getirdiği hükmün bir benzerini tarım işletmesini korumak için getirmemiş olması ciddi bir eksiklik olmuştur. Ancak, 6537 sayılı değişiklikten sonra mirasçılar talep etmemiş olsalar dahi özgüleme gerçekleştirilecektir. Bu nedenle, talepte bulunan mirasçı, özgüleme kararı henüz verilmeden ölmüş olsa dahi Kanunda belirtilen bir yıllık süre içerisinde özgüleme gerçekleştirilmemişse Bakanlık tarafından sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açılabilir.

³³ **Zevkliler**, Tahsis, s. 110; **Gökçe**, s. 855; **Aras**, s. 141. Özgüleme talebinin kişiye sıkı şekilde bağlı olmasının diğer bir sonucu da, bir mirasçı diğer bir mirasçı adına özgüleme talebinde bulunamamasıdır (**Sağlam**, s. 212; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 162; **Gökçe**, s. 855, 856).

³⁴ **Bağatur**, s. 866; **Özay**, s. 99, 100. **Eren / Başpınar** da aynı görüştedir. Yazarlar, İsviçre’de tahsis talebinin mahkeme yoluyla kullanılması gerektiğini ifade ettikten sonra, söz konusu usulün ülkemizde de kabul edilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir (bkz., age., s. 175). **Zevkliler** ise aksi

bütünü için yapılmalıdır. Kısmî devir talebi, kabul edilemez³⁵. Ancak, tarım işletmesi veya arazisinin birden çok yeter gelirli işletme veya araziye bölünmesi mümkünse ve birden çok ehil mirasçı bulunmaktaysa tarım işletmesi bölünebilir.

B) ÖZGÜLEME İÇİN ARANAN ŞARTLAR

Tarım arazilerinin özgülmesi için bir takım şartlar aranmaktadır. Bu şartların “*tarım arazilerinin özgülenebilmesi için aranan ön şart*”, “*tarım arazilerinin özgülenebilmesi için aranan objektif şartlar*” ve “*tarım arazilerinin özgülenebilmesi için aranan sübjektif şartlar*” olmak üzere üç başlık altında incelenmesi mümkündür³⁶.

1- Tarım Arazilerinin Özgülenebilmesi İçin Aranan Ön Şart

Tarım arazilerinin özgülmesi için öncelikle, içerisinde tarım arazisi bulunan bir tereke bulunmalıdır. Bu nedenle, mirasbırakan, ölümünden önce tarım arazisini sağlararası hukukî işlemlerle üçüncü kişilere devretmişse, artık tarım arazisi, tereke içerisinde yer almayacağından özgülleme de söz konusu olmaz³⁷.

6537 sayılı Kanunla yapılan değişlikle, tarım işletmelerinin özgülenebilmesi için gereken ön şart değiştirilmiştir. Gerçekten, artık tarım işletmesinin özgülenebilmesi için, mirasın açılması gerekli ve yeterlidir³⁸. Bu durum, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun

görüştedir. Yazara göre, Medenî kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı için tahsis talebi, şekle bağlı değildir. Bu talep, resmî şekilde, mektupla, adı yazılı şekilde, hattâ sözlü olarak dahi yapılabilir. Ancak, tahsis talebi açık yapılmalıdır (bkz., Tahsis, s. 112). Aynı yönde bkz., **Cin**, s. 125; **Sağlam**, s. 212; **Gökçe**, s. 855, 856; **Tunçomağ**, Ziraî, s. 90; **Aras**, s. 141.

³⁵ **Eren**, Tahsis Şartları, s. 163; **Gökçe**, s. 857. Değişlikten sonra da, durum aynıdır. Bkz., **Eren / Başıpınar**, 4. Baskı, s. 175.

³⁶ **Eren / Başıpınar**, 4. Baskı, s. 161; **Özay**, s. 154. Ancak, **Özay**, değişlikten önceki durumun aksine, bu şartların objektif ve sübjektif şartlar olarak ayırmanın yerinde olmadığını ileri sürmektedir (bkz., age., s. 154).

³⁷ **Sağlam**, s. 210; **Zevkliler**, Tahsis, s. 87; **Özay**, s. 83; **Aras**, s. 137; **Bağatur**, s. 862; **Gökçe**, s. 837.

³⁸ 6537 sayılı Kanundan önce tarım işletmelerinin özgülenebilmesi için gerekli olan ön şart, mirasın açılması değildi. 6537 sayılı Kanunla yapılan

8/B maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesinde ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre, “*Mirasçılar arasında anlaşma sağlanması hâlinde, mülkiyeti devir işlemleri mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanır*”. Miras ise, mirasbırakanın ölümüyle birlikte (MK.m.575) mirasbırakanın son yerleşim yerinde (MK.m.576/I) açılmaktadır.

Tarım arazilerinin özgülenebilmesi için mirasın açılması şartının getirilmesi, somut olayda mirasın paylaşılması aşamasına geçilmesine engel olan durumların bulunması hâlinde ne yapılacağı sorunu gündeme getirmektedir. Meselâ, mirasbırakan, bir paylaşırma kuralı koyarak paylaşırmanın belirli bir süre ertelenmesini isteyebilir veya mirasçılar kendi aralarında yapmış oldukları bir sözleşme (idâme-i şüyu) ile mirasın paylaşılmasını erteleyebilirler³⁹. Bu gibi durumlarda, mirasın paylaşılması aşamasına geçilmediğinden tereke içerisinde bulunan tarım arazisinin terekeden ayrılması kural olarak istenemez. Ancak, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/B maddesi, mülkiyeti devir işlemlerinin mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde tamamlanmasını istemektedir. Anılan hüküm, kamu yararı ile getirilmiş emredici bir hükümdür. Bu sebeple, tarım arazileri terekeden ayrı tutularak mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde devredilmelidir⁴⁰. Zira, 6537

değişiklikten önce, tarım işletmelerinin özgülenebilmesi için, sadece içerisinde tarım işletmesinin bulunduğu bir terekenin varlığı yetmemekte, ayrıca terekenin paylaşılması aşamasına geçilmiş olması gerekmektedir (bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 88; **Aras**, s. 137; **Sağlam**, s. 211; **Bağatur**, s. 862; **Özay**, s. 84). Ancak, 3083 sayılı Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununun 12 nci maddesinin birinci bendinde mirasın açılmasından itibaren altı ay içerisinde devir ve temlik işlemlerinin yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa mirasın açılması şartının getirilmesiyle, Sulama Alanlarında Arazi Düzenlenmesine Dair Tarım Reformu Kanununa paralel bir düzenleme yapıldığı söylenebilir (bkz., **Özay**, s. 155).

³⁹ Mahkeme kararı ile paylaşmanın ertelendiği hâller (MK.m.642/III, MK.m.643) de bu duruma örnek gösterilebilir.

⁴⁰ Dolayısıyla, terekenin paylaşılmasına engel bir hâlin bulunması sebebiyle, tarım arazilerinin özgülenmesi geciktirilmemelidir. Gerçekten, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile miras hukuku ilkelerine bir istisna getirildiği söylenebilir.

değişikliği ile getirilen bu hüküm, hem mirasbırakanın hem de mirasçılarının iradesinin üstündedir. Buna karşılık, tereke içerisinde bulunan diğer malvarlığı değerlerinin paylaşılması, mirasbırakanın veya mirasçılarının iradesi gereği beklenilmelidir⁴¹.

Diğer taraftan, mirasbırakan tarım arazisi üzerinde bir ölüme bağlı tasarruf yapmış olabilir. Tarım arazisini konu alan bu ölüme bağlı tasarruf hakkında iptal davasının açılması hâlinde TKAKK.m.8/B'de getirilen emredici hükmün nasıl uygulanacağı da üzerinde durulması gereken bir durumdur. Zira, iptal davası sonuçlanmadan iradî devir gerçekleşmeyeceği gibi, kazaî devirlerde de bekletici sorun yoluna gidilecektir. Bu durumda, tarım arazisinin özgülenebilmesi için iptal davasının sonuçlanması beklenenecek ve TKAKK.m.8/B ile getirilen bir yıl şartı, uzun süren yargılamalar ile ihlâl edilebilecektir⁴².

2- Objektif Şartlar (Tarım Arazisi ile İlgili Şartlar)

Tarım arazilerinin özgülenebilmesi için aranan objektif şartlar, tarım arazisine ilişkin olan şartlardır. Diğer bir ifadeyle, tarım faaliyeti yapılan her tarım arazisi değil, sadece kanunun aradığı şartları sağlayan tarım arazileri için özgüleme hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

a) Terekede Tarım Arazisi Bulunmalıdır

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklik, tarım işletmelerinin değil tarım arazilerinin özgülenmesini düzenlemektedir. Bu nedenle, değişiklikten sonra, terekede bir tarım işletmesinin değil bir tarım arazisinin bulunması bir şart olarak aranacaktır⁴³.

⁴¹ Bkz., **Özay**, s. 156.

⁴² Bkz., **Özay**, s. 156, 157.

⁴³ **Eren/ Başpınar**, 4. Baskı, s. 158; **Özay**, s. 157. 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, özgülemeye ilişkin hükümler, sadece tereke konusu olan tarım işletmeleri hakkında uygulama alanı bulmaktaydı. Diğer bir ifadeyle, tereke içerisinde yer almayan tarım işletmeleri veya tereke içerisinde yer alan ancak tarım işletmesi niteliğini haiz olmayan malvarlığı değerleri, özgülemeye tâbi değildi (bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 90, 91; **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 161; **Özay**, s. 85; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 567; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 153; **Sağlam**, s. 210; **Bağatur**, s. 863; **Gökçe**, s. 833).

Bir işletmenin veya arazinin ziraî niteliği, zamanla değişikliğe uğrayabilir. Gerçekten, eskiden ziraî olan bir işletme veya arazi, sonradan ziraî niteliğini kaybetmiş olabilir. Ya da, eskiden ziraî niteliği bulunmayan bir işletme veya arazi, sonradan ziraî hâle gelebilir. Ancak, gerek 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce gerekse söz konusu değişiklikten sonra, tarım işletmesinin veya arazisinin mirasçıya özgülenebilmesi için, özgüleme anında, ziraî faaliyette bulunulmaya ve gelir elde etmeye elverişli olması gerekmektedir. Meselâ, eskiden bakliyat yetiştirilen tarım arazisinin herhangi bir sebeple özgüleme anında ziraî vasfını kaybederek tarım dışı araziye dönüşmesi hâlinde özgüleme hükümleri uygulama alanı bulmaz⁴⁴.

b) Tarım Arazileri Ekonomik Bir Bütünlüğe Sahip Olmalıdır

6537 sayılı Kanunla Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda yapılan değişiklikle, tarım işletmelerinin değil, tarım arazilerinin özgülenmesi düzenlenmiştir. Bu sebeple, tarım işletmeleri ile arazi, taşınırlar ve yan sınaî işletmeler gibi unsurlar arasında aranan fonksiyonel birliğin tarım arazisi bakımından aranmasına gerek yoktur. Zira, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, Toprak Koruma ve Arazi Kanunu hükümlerine göre mirasın geçişinde tarım arazisi merkeze alınmıştır. Tarım arazisi dışında taşınırların ve yan sınaî işletmelerin devri ise, tâlî olarak gerçekleşebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, taşınırların ve yan sınaî işletmelerin devri, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununa göre gerçekleşmeyecektir. Bunların adı geçen Kanuna göre devrinin gerçekleşebilmesi için üzerinde buldukları arazinin ziraî nitelik taşıması gerekmektedir⁴⁵.

Yeni sistemde, ekonomik bütünlük şartı, ancak birden fazla bağımsız tarım arazisinin bulunması hâlinde gündeme gelecektir. Bu durumda, her ne kadar tarım arazileri birbirinden bağımsız olsalar da bir bütün olarak düşünülecektir. Zira, TKAKK.m.8/A'da "*Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarımsal arazilerin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile*

⁴⁴ Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 163; Zevkliler, Tahsis, s. 91; Özay, s. 85, 86.

⁴⁵ Özay, s. 159.

satılabilir” hükmüne yer verilmiştir. Buna karşılık, birbirinden bağımsız tarım arazileri arasında ekonomik bütünlük bulunmuyorsa, her bir parça ayrı ayrı değerlendirilerek devre böylece karar verilecektir⁴⁶.

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/A maddesinde ekonomik bütünlük ifadesi kullanılmasına rağmen, bu ifadede ne anlaşılması gerektiği düzenlenmemiştir. Ancak, Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik⁴⁷te ekonomik bütünlüğe ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Gerçekten, anılan Yönetmeliğin 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının d bendinde, ekonomik bütünlük, “*Mülkiyeti aynı kişiye ait birden fazla tarımsal arazinin üretim faaliyetine ekonomik bir değer katacak şekilde birbirine bağımlı olarak işletildiği Bakanlıkça tespit edilen araziler*” şeklinde tanımlanmıştır⁴⁸. Aynı kişiye ait olan tarım arazileri arasında adı geçen bütünlüğün bulunup bulunmadığı Yönetmelik’in 7 nci maddesindeki kıstaslara göre, tarım il ve ilçe müdürlüklerince belirlenir (TAMDİY.m.7/III).

c) Tarım Arazisi Yeter Gelir Sağlamalıdır

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, “*asgarî tarım arazisi*” ve “*yeter gelirli tarım arazisi*” şeklinde iki yeni arazi türü getirilmiştir. Bunlar, TKAKK.m.3/I, b. h ve ı’da tanımlanmıştır. Buna göre, “*Asgari tarımsal arazi büyüklüğü: Üretim faaliyet ve girdileri rasyonel ve ekonomik olarak kullanıldığı takdirde, bir tarımsal arazide elde edilen verimliliğin, söz konusu tarımsal arazinin daha fazla küçülmesi hâlinde elde edilemeyeceği Bakanlıkça belirlenen en küçük tarımsal parsel büyüklüğünü*” ve “*Yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğü: Bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak il ve ilçelerin ekli (1) sayılı listede belirlenen yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüklerini*” ifade eder. Bu iki kavramın anlam ve özelliklerini tespit etmek gerekmektedir. Asgarî tarım arazisi büyüklüğü, kanunda, mutlak tarım arazileri, marjinal tarım arazileri ve özel ürün arazileri için 2 hektar, dikili tarım arazileri için 0,5 hektar, örtü altı tarım arazileri için 0,3 hektar olarak belirlenmiş ve Bakanlığa söz konusu alt sınırı artırma yetkisi tanınmıştır

⁴⁶ **Özçelik**, s. 91; **Özay**, s.160.

⁴⁷ RG. 31.12.2014, S. 29222.

⁴⁸ **Eren/ Başpınar**, 4. Baskı, s. 164; **Özçelik**, s. 91; **Özay**, s. 160.

(TKAKK.m.8/III). Belirlenen asgarî büyüklüğe erişmiş olan tarım arazileri, bölünemez eşya niteliğini kazanmış olur. Tarım arazileri, bu büyüklüklerin altında ifraz edilemez, hisselendirilemez, Hazine taşınmazlarının satışı işlemleri hariç olmak üzere pay ve paydaş adedi arttırılamaz⁴⁹.

⁴⁹ 6537 sayılı Kanunla yapılan en önemli değişikliklerden birisi, TKAKK.m.8/IV'te yer alan payın devri ve rehnini yasaklayan hükmün yürürlükten kaldırılmasıdır. Gerçekten, **Özçelik**'e göre de, payın haczi ve cebri arttırmayla satışı açısından büyük sorun ve tereddütlere sebep olan bu hükmün yürürlükten kaldırılması oldukça yerindedir (bkz., agm., s. 105). Sonuç olarak, TKAKK.m.8/III'e göre pay ve paydaş çoğunluğu aynı kaldığı sürece payın devir ve tesciline herhangi bir engel kalmamıştır. Söz konusu değişiklikten önce verilen bir Yargıtay kararı için bkz., 6.HD. 21.2.2013, E.2013/524 K.2013/2913, "...Ancak, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 5578 s. kanunla değiştirilen 8. maddesine göre; parsel büyüklüğü mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde 2 hektar, dikili tarım arazilerinde 0,5 hektar, örtü altı tarım yapılan arazilerde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde 2 hektardan küçük olamaz. Bakanlığın uygun görüşüyle kamu yatırımları için ihtiyaç duyulan yerler hariç olmak üzere tarım arazileri, belirlenen büyüklükte parsellerden daha küçük parsellere bölünemez. Bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun, birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda bu araziler ifraz edilemez, payları 3. şahıslara satılamaz, devredilemez veya rehedilemez. Yasanın bu hükmü emredici nitelikte olup, yasa koyucunun amacı dikkate alındığında bu hususun kamu düzeninden sayılması gerekir. 5403 Sayılı Kanunun 8. maddesi hükmü gereğince, pay satışı mümkün olmayan paylı mülkiyete tabi tarımsal nitelikli taşınmazlarda ise, alacaklı İ.İ.K.nun 121. maddesi uyarınca aldığı yetki belgesine dayalı olarak taşınmazın tamamının satılması suretiyle paydaşlığın giderilmesini Bu şekilde açılacak davada borçlu ortak (paydaş) dahil tüm ortakların (paydaşların) davaya dahil edilmeleri zorunludur. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com). Aynı yönde bkz., 14.HD. 12.12.2012, E.2012/12772 K.2012/14370, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com); 14.HD. 13.11.2012, E.2012/11594 K.2012/13194, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com); 14.HD. 20.11.2012, E.2012/11811 K.2012/13371, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com). (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com).

Değişiklikten sonra verilen bir Yargıtay kararı için bkz., 12.HD. 8.12.2014, E.2014/30153 K.2014/29621, "...5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nun 5578 Sayılı Kanunla değişik 8. maddesine göre; belirlenen parsel büyüklüğünün, mutlak tarım arazileri ve özel ürün arazilerinde iki hektar, dikili tarım arazilerinde 0,3 hektar ve marjinal tarım arazilerinde iki hektardan küçük olamayacağı, tarım arazilerinin bu büyüklüğün altında ifraz edilemeyeceği, bölünemeyeceği veya küçük parsellere ayıramayacağı, bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin (paylı veya elbirliği) mevcut olması durumunda, bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların üçüncü kişilere satılamayacağı, devredilemeyeceği ve bu araziler hakkında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun özgülemeye ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanacağı öngörülmüş iken 15.05.2014 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6537sayılı Kanunda yapılan değişiklik ile 5403 sayılı Kanunun 8. maddesinin son fıkrası yürürlükten kaldırılmış olduğundan hisseli tarım arazilerindeki pay haczi ve cebri satışı, asgari tarımsal arazi büyüklüklerinin altında yeniden ifraz ve hisselendirme yapılmaksızın, mümkün hale gelmiştir. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com). Aynı yönde bkz., 14.HD. 11.6.2014, E.2014/4322 K.2014/7804, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com); 14.HD. 2.10.2014, E.2014/7183 K.2014/10805, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com); 14.HD. 5.5.2014, E.2014/2217 K.2014/5780, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com); 1HD. 22.10.2014, E.2014/6793 K.2014/16247, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com). 6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce de, tarım işletmesi payının mevcut paydaşlardan birine devri için herhangi bir engel bulunmamaktaydı. Bkz., 14.HD. 12.12.2012, E.2012/13219 K.2012/14366, "...Somut olayda; bölünemez büyüklükteki tarım arazilerinin mirasa konu olmaları ve üzerlerinde her ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun birlikte mülkiyetin mevcut olması durumunda, bu arazilerin ifraz edilemeyeceği, payların 3. şahıslara satılamayacağı, devredilemeyeceği kuralına aykırılık bulunmadığından tapuda 245 ada 3 parsel numarası ile A. oğlu İzzet Çay adına kayıtlı 2/40 payın yine bu taşınmazda paydaş olan davacı adına tesciline karar verilmesi gerekirken, 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 5578 Sayılı Kanunla değişik 8. maddesi hükmüne aykırılık bulunduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple kararın bozulması gerekmiştir. ..." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com).

Yeter gelirli tarım arazisi büyüklükleri ise, bölge farklılıkları göz önünde bulundurularak, her bir il ve ilçe için ayrı ayrı belirlenmiş olan arazi büyüklükleridir. Gerçekten, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu, yeter gelirli arazilerin büyüklüğü için bölgesel farklılıkları da dikkate alarak yeter gelirli tarım arazisi büyüklüklerini ilçelere göre belirlemiştir. Bu tespit yapılırken, araziler, sulu, kuru, dikili ve örtü altı şeklinde dört kısma ayrılmıştır. Ayrıca, bilimsel gelişmelerin gerekli kıldığı hâllerde Bakanlar Kurulu'na bu listede belirtilen arazi büyüklüklerini değiştirme yetkisi tanınmıştır. Tarım arazileri, listedeki büyüklüklerin altında ifraz edilemez, bölünemez. Tarım arazilerinin bu nitelikleri, Bakanlık tarafından beyanlar hanesine şerh⁵⁰ konulmak üzere ilgili tapu kütüğüne bildirilir⁵¹. Yeter gelirli tarım arazisi büyüklüklerinin hesaplanmasında, aynı kişiye ait ve Bakanlıkça aralarında ekonomik bütünlük bulunduğu tespit edilen tarım arazileri birlikte değerlendirilir. Yeter gelirli tarım arazilerinin ekonomik bütünlüğe sahip olmayan kısımları Bakanlığın izni ile satılabilir. Yeter gelirli tarım arazisi büyüklükleri, asgarî tarım arazisi büyüklüğüne eşit ya da ondan daha büyük olabilir; ancak, daha küçük olamaz⁵².

Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun bazı hükümlerinde (TKAKK.m.8/B/II, b. a, c; 8/Ç) “*yeter gelirli tarım arazisi*”, bazı hükümlerinde de (TKAKK.m.8/B/I; 8/C/I; 8/D/I) “*tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisi*” ifadesine yer verilmiştir. Bu sebeple, söz konusu değişiklikten sonra, yeter gelir şartının tarım arazileri bakımından da uygulanması gerektiği ifade edilebilir. Buna karşılık, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/B maddesinin birinci fıkrasında, “*Mirasa konu tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazilerde mülkiyetin devri esastır*” denilmektedir. Maddenin lafzî olarak yorumlanması sonucunda, 6537 değişikliğiyle, tarım arazilerinin özgülmesi bakımından yeter gelir şartının aranmadığı sonucuna

⁵⁰ Söz konusu maddede, beyanlar hanesine şerh konulacağından bahsedilmiştir. Ancak, eşya hukuku bakımından “*beyan*” ve “*şerh*” kurumlarının birbirine karıştırıldığı söylenebilir (Özçelik, s. 91).

⁵¹ Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 169, 170; Özçelik, s. 91.

⁵² Özçelik, s. 90; Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 169-170.

ulaşılabilir. Zira, maddede, “*tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi*” denilmektedir. Yeter gelirli olmayan bir tarım arazisi hakkında da özgüleme hükümlerinin uygulanması, ileriki dönemlerde Bakanlığın toplulaştırma hakkı ile tarım arazilerini yeter gelirli hâle getirmesinde kolaylık sağlayacağı için getirilmiş olabilir. Çünkü, yeter gelirli olmayan bir tarım arazisinin bir bütün olarak özgülenmesi hâlinde kendisine özgüleme yapılan kişinin geçimini bu arazi ile sağlaması mümkün değildir. Yine de, Kanunun açık ifadesi sonucunda, tarım arazilerinin özgülenmesi için yeter gelir şartının aranmayacağını söylemek mümkündür⁵³.

3- Sübjektif Şartlar (Mirasçılarla İlgili Şartlar)

a) Birden Çok Mirasçı Bulunmalıdır

6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonrası için de, tarım arazilerinin özgülenebilmesi için, mirasbırakanın ölümünde geride mirasçı sıfatını taşıyan kişilerin kalmış olması gerekmektedir. Gerçekten, mirasbırakanın ölümünde geride tek bir mirasçının kalması hâlinde tereke bir bütün olarak bu mirasçıya geçeceği için özgüleme hükümlerinin uygulanmasına imkân bulunmamaktadır. Aynı şekilde, mirasbırakanın ölümünde geride hiçbir mirasçının kalmaması durumunda, tereke bir bütün olarak devlete geçeceği için özgüleme hükümleri uygulanmaz. Ancak, bu şart, değişiklikten öncesiyle aynı değildir. Zira, değişiklikten önce, özgüleme, ancak talepte bulunan ehil mirasçıya yapılabilmekteydi ve özgülemenin yapılmış olmasından doğan paylaşmanın ertelenmesi gibi haklar da özgüleme sonucunda gündeme gelebilmekteydi. Ancak, değişiklikten sonra, özgülemenin mutlaka mirasçıya yapılması şartı kaldırılmıştır. Değişiklikten sonra, mirasçılar aralarında anlaşarak tarım arazisinin üçüncü bir kişiye satılmasına karar verebilecekleri gibi, mahkemede mirasçılardan hiçbirisinin istekli olmaması hâlinde tarım arazisi üçüncü kişilere açık arttırma yolu ile satılabilir⁵⁴.

⁵³ **Özay**, s. 157, 158. Buna karşılık, **Eren / Başpınar**'a göre, yeter gelirli olmayan tarım arazilerinin bir bütün hâlinde mirasçıya devri söz konusu değildir. İşletmenin mirasçıya devredilebilmesi için, onun geçimini sağlamaya elverişli ve ona yeter gelir sağlaması şarttır (bkz., age., s. 168).

⁵⁴ Bkz., **Özay**, s. 158.

Özgülemeyi talep edebilecek kanunî mirasçılar arasında sağ kalan eş, ayrıca ele alınmalıdır. Zira, MK.m.240 ve MK.m.652 hükümlerinde aile konutunun sağ kalan eşe özgülenmesi düzenlenmiş olup her iki hükmün de son fıkralarında ziraî taşınmazlar saklı tutulmuştur. Bir başka deyişle, diğer bir mirasçıya özgülenen tarım işletmesi kapsamında bulunan aile konutu üzerinde sağ kalan eş talep hakkını kullanamaz⁵⁵.

b) Özgüleme İsteyen Mirasçı Ehil Olmalıdır

Tarım arazisi ve işletmelerinin sürekliliğinin sağlanabilmesi için kendisine tarım arazisi ve işletmesi özgülenen kişinin tarım arazisi ve işletmesini devam ettirebilecek nitelikleri haiz olması gerekmektedir. Bu nedenle, gerek 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce gerekse de değişiklikten sonra (TKAKK.m.8/C/II, b. a), kendisine özgüleme yapılacak olan kişinin tarım arazisini ve işletmesini işletmeye ehil olması aranmıştır.

Mirasbırakanın tek bir mirasçısının bulunması durumunda tereke ona kalacağından dolayı, bu mirasçının ehil olup olmaması önemli değildir. Birden çok mirasçının bulunması ve bu mirasçıların aralarında tarım arazisinin içlerinden birine verilmesi konusunda anlaşmaları hâlinde de, mahkemeye intikal eden bir uyuşmazlık bulunmadığından yine kendisine tarım arazisi devredilen mirasçının ehil olup olmaması önem taşımaz. Ancak, mirasçılar arasında uyuşmazlık çıkması ve sorunun mahkemeye intikal etmesi hâlinde, ehil mirasçının belirlenmesi önem arz edecektir. Zira, kanun koyucu, devir talebinde bulunan mirasçının tarım arazisini işletmeye ehil olmasını istemiştir (TKAKK.m.8/C/II, b. a)⁵⁶.

Hâkim tarafından özgülemeye karar verilebilmesi için, talepte bulunan mirasçının meslekî, ahlâkî⁵⁷, fizikî ve fikrî yönlerden⁵⁸ tarım

⁵⁵ Bkz., **Özay**, s. 96.

⁵⁶ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 181; **Özçelik**, s. 98.

⁵⁷ **Eren / Başpınar**'ın belirttiği üzere, ziraî miras hukuku ile yaşama gücü bulunan sağlam bir köylü sınıfının oluşturulması amaçlanmaktadır. Tarım arazisinin devrinde, sadece mirasçının tarım arazisini işletme hususunda meslekî yönden ehil olup olmadığına bakmak yeterli olmayacaktır. Bu nedenle, müsrif, ayyaş, homoseksüel mirasçıların devir talepleri, meslekî açıdan yeterlilikleri olsa bile reddedilmelidir (bkz., age., s. 182).

arazisini işletmeye ehil ve tecrübeli bir kişi olması gerekmektedir. Bu anlamda, ehil mirasçıdan maksat, tarım arazisini en iyi ve en verimli şekilde işletecek mirasçıdır. Buna karşılık, bizzat işletme ilkesi kural olarak aranmamaktadır. Özgüleme talebinde bulunan mirasçı, tarım işletmesini bizzat işletmeyeceğini ifade etmesine rağmen diğer mirasçılar bu duruma itiraz etmemişlerse, hâkimin özgüleme kararını vermesi gerekir. Diğer bir deyişle, tarım işletmesini bizzat işletme niyetinde olmayan mirasçı, iyi bir kiracı veya müdür seçme yeteneğine sahipse ehil sayılmalıdır. Ancak, bu durumda, bizzat işletme niyetiyle özgüleme talebinde bulunan mirasçıya öncelik tanınmalıdır⁵⁹.

c) Mirasçı Tarım Arazisinin Özgülenmesini Talep Etmelidir

6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra da, özgülemenin yapılabilmesi için mirasçılardan birisinin talepte bulunması gereklidir. Hâkim, böyle bir talep bulunmaksızın kendiliğinden tarım arazisinin devrine karar veremez⁶⁰. Ancak, bu talep hakkı, değişiklikten önceki gibi anlaşılmalıdır. Zira, değişiklikten sonra, mirasçılar devri gerçekleştirilmeden dahi, Bakanlık, sulh hukuk mahkemesine dava açarak

Değişiklikten önceki durum da aynıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, Tahsis Şartları, s. 164; **Gökçe**, s. 854; **Tunçomağ**, Ziraat, s. 88. **Sağlam**'a göre, homoseksüellik, tarım işletmesini işletmeye ehil olmaya engel değildir. Yazara göre, müsriflik ve ayyaşlık gibi ahlâkî yetersizliklerin idarecilik vasfını olumsuz etkileyeceği aşikârken; homoseksüellik ile idarecilik vasfı arasında bir bağlantı kurmak mümkün değildir (**Sağlam**, s. 214, dn. 59).

⁵⁸ Buna karşılık, birden çok mirasçının devir talebinde bulunması hâlinde, mirasçıların ekonomik durumları ehil mirasçıyı belirlemede dikkate alınmaz. Diğer bir deyişle, iki ehil mirasçıdan birisinin ekonomik durumunun diğerine göre iyi olması, tarım arazisinin devri hususunda ona bir öncelik tanımaz (**Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 182). Değişiklikten önceki durum da aynıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, Tahsis Şartları, s. 164; **Gökçe**, s. 854.

⁵⁹ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 182, 183; **İmre / Erman**, s. 509. Değişiklikten önce de durum aynıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., **Eren**, Tahsis Şartları, s. 165.

⁶⁰ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 174.

tarım arazisinin üçüncü kişilere satılmasını sağlayabilir. Dolayısıyla, burada talep, mirasçılardan birisinin talebi olmadan kendisine özgülemenin yapılamayacağı anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, talepte bulunmayan ehil mirasçıya diğer tüm mirasçılar anlaşsa dahi re'sen devir yapılamaz⁶¹.

C) ÖZGÜLEMENİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ

1- Özgüleme Kararı

Tarım arazilerinin özgülenebilmesi için, öncelikle özgüleme kararının alınması gerekmektedir. Özgüleme kararı, hem 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce hem de sonra, mirasçılar tarafından oybirliği ile alınabileceği gibi (*iradî özgüleme*), mahkeme tarafından da (*kazai özgüleme*) alınabilir⁶².

a) İradî Özgüleme

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da, mirasçılar, aralarında tarım arazisinin devri konusunda aralarında anlaşabilmektedirler. Ancak, tarım arazilerinin mülkiyetinin derhal geçişini sağlamak için mirasçılara devir işlemlerini yapmaları için belirli bir süre tanımıştır. Bu bağlamda, mirasçılar, mirasın açılmasından itibaren bir yıl içinde devir işlemlerini gerçekleştirmelidirler⁶³. Ancak, bir yıllık süre değişik açılardan eleştirilebilir. Eleştiriye açık hâllerden birisi, TKAKK.m.8/F hükmü ile bir yıllık sürenin birlikte uygulanması

⁶¹ Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 174; İmre / Erman, s. 509; Özay, s. 158.

⁶² Fahrettin Aral, Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979, s. 35; Özay, s. 105, 164. Ancak, değişiklikten önce, özgüleme kararının alınabilmesi için payların oluşturulması ve özgülemenin kime yapılacağına tespit edilmesi gerekli iken; değişiklikten sonra, özgüleme kararının alınabilmesi için payların oluşturulmasına gerek yoktur (Özay, s. 165).

⁶³ İmre / Erman, s. 508; Özçelik, s. 94; Özay, s. 166. Mirasçılar arasındaki anlaşmanın tâbi olduğu şekil konusunda, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Tarım arazisinin mülkiyetinin mirasçılardan biri veya birkaçına devrine ilişkin sözleşmeler paylaşma sözleşmesi (MK.m.676) hükmünde olduğundan, bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu söylenebilir (bkz., Özçelik, s. 94).

durumudur. TKAKK.m.8/F hükmünden anlaşılacağı üzere, mirasçılarının tarım arazisinin mülkiyetini devir hakkı, ölüme bağlı tasarruflarla kısıtlanamaz. Bu durumu bir örnekle açıklayacak olursak, mirasbırakan (A), tarım arazisini ölüme bağlı bir tasarrufla yakın arkadaşı (B)'ye bırakmıştır. Mirasçılar, saklı payları ihlâl edilmiş olsun veya olmasın, iptal davası açarak söz konusu ölüme bağlı tasarrufu iptal ettirebilirler. Ancak, tarım arazisinin mülkiyetinin devri için kanunda mirasçılara bir yıllık bir süre tanınmışken; iptal davası açmak için de bir yıllık bir süre tanınmıştır (MK.m.559). Bu durumda da, bir yıllık sürenin aşılması gündeme gelebilecektir. Bir yıllık süre ile ilgili diğer bir problem ise, TKAKK.m.8/B/II'de “*devir işlemleri... tamamlanır*” ifadesidir. Gerçekten, mirasçılarının tarım arazisinin mülkiyetini aralarında kuracakları bir limited şirkete veya aile malları ortaklığına devretmek istemeleri hâlinde, bu ortaklıkların kurulması ve tarım arazisinin mülkiyetinin bunlara devredilmesi için bir yıllık süre yeterli olmayacaktır⁶⁴. Sürenin uzaması hâlinde hâkimin tarım arazisinin mülkiyetini tedbiren mirasçı veya bir üçüncü kişiye vermesi savunulabilir⁶⁵.

Değişiklikten sonra, mirasçılar, kendilerine tanınan bir yıllık süre içinde tarım arazisinin mülkiyeti üzerinde dört farklı tasarrufta bulunabilir. Anılan tasarruflar, TKAKK.m.8/C/I'de düzenlenmiştir. Buna göre:

- a) *Mirasçılar, terekede bulunan tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisinin mülkiyeti hakkında bir mirasçıya veya yeter gelirli tarım arazisi büyüklüklerini karşılaması durumunda birden fazla mirasçıya devrini kararlaştırabilirler.*

Terekede yer alan tarım arazisi, bir veya birden çok mirasçıya devredilebilir. Ancak, tarım arazisinin bir mirasçıya devredilmesi hâlinde yeter gelir şartı aranmazken; birden çok mirasçıya devredilmesi hâlinde yeter gelir şartı aranmıştır. Hükümde yer alan “*yeter gelirli tarımsal*

⁶⁴ **Özay**, s. 166, 167.

⁶⁵ **Özay**, s. 168.

arazi” ifadesinden yeter gelirin en az iki katı büyüklüğünde tarım arazisinin anlaşılması gerekmektedir⁶⁶.

Birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, mirasbırakan kendisine özgüleme yapılacak olan mirasçıyı bir ölüme bağlı tasarrufla belirleyebilir. Belirlenen bu mirasçıya itiraz edilmesi durumunda, ehil mirasçı sulh hukuk hâkimi tarafından belirlenir. Buna karşılık, mirasbırakan, tarım arazisinin kendisine özgülenmesini isteyen ve buna ehil tek mirasçı olduğu anlaşılan mirasçının özgülemeyi talep hakkını ölüme bağlı tasarrufla ortadan kaldıramaz. Bu durumda, mirasbırakanın yapabileceği tek şey, bu mirasçının mirasçılık sıfatını ortadan kaldırmaktır⁶⁷.

b) Mirasçılar, terekede bulunan tarım arazisi ve yeter gelirli tarım arazisinin mülkiyeti hakkında 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 373 üncü ve devamı maddelerine göre kuracakları aile malları ortaklığına veya

⁶⁶ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 176; **Özay**, s. 169; **İmre / Erman**, s. 508. Ancak, bu hükmün uygulamada yanlış bir şekilde uygulanma olasılığı bulunmaktadır. Zira, Bakanlık tarafından yayınlanan “5403 sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Örnek Hesaplama”da Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu ile uyuşmayan bir hesaplama yer verilmiştir. Bu örnekte, kuru arazi sınırı 150 dekar olan bir yerde, 150 dekarın üzerinde kalan kısmın ayrıca satılabileceği ifade edilmiştir. Hâl böyle olunca, 200 dekar olan bir tarım arazisi 150 ve 50 dekarlık iki ayrı parçaya ayrılacak ve 50 dekarlık kısmın satışı gündeme gelecektir. Böylece, 50 dekarlık yeter gelir şartını sağlamayan bir tarım arazisi ortaya çıkacaktır. Bu hesaplama tekniği hatalıdır. Doğrusu, parçalama işlemi sonucunda ortaya çıkacak olan parçaların yeter gelir şartını sağlamalarıdır. Meselâ, kuru arazi sınırının 150 dekar olduğu bir yerde, 320 dekarlık kuru bir tarım arazisi 150 ve 170 dekarlık iki parçaya ayrılabilir gibi, 160 ve 160 dekarlık iki parçaya da ayrılabilir. Yeter ki, parçalama işlemi sonucunda oluşan parça kuru arazi sınırının altında olmasın (**Özay**, s. 169).

⁶⁷ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 176. Gerçekten, mirası ret, mirasçılıktan çıkarma, mirastan yoksunluk ve mirastan feragat hâllerinde, mirasçılık sıfatı ortadan kalkacağı için ehil mirasçının talebi de ortadan kalkacaktır (TKAKK.m.8/F). 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de durum aynı idi (mülga MK.m.662).

*kazanç paylı aile malları ortaklığına devrini
kararlaştırabilirler.*

Tarım arazilerinin tereke içerisinde yer alması hâlinde, mirasçıların anlaşarak tarım arazisinin mülkiyetini devredebilecekleri ikinci yer, kendilerinin kurduğu aile malları⁶⁸ veya kazanç paylı aile malları ortaklığı⁶⁹dır. Bu usul, ancak mirasçıların iradî olarak gerçekleştirebilecekleri bir usuldür. Devrin mahkeme kararı ile yapıldığı hâllerde, mahkeme, tarım arazisinin aile malları veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devrine karar veremez. Ancak, dava sırasında mirasçıların anlaşarak tarım arazisinin mülkiyetinin aralarında kurulan bir aile malları veya kazanç paylı aile malları ortaklığına devredebilmeleri mümkündür. Zira, mirasın açılması ile başlayan bir yıllık sürenin dolması, mirasçılara TKAKK.m.8/C/I'de sunulan seçeneklerin kullanılmasını sona erdirmez⁷⁰.

⁶⁸ Aile malları ortaklığında, ortaklık bütün mirasçıların katılımıyla yönetilir. Burada söz konusu olan yönetim, elbirliği yönetimidir (MK.m.377/I). Diğer bir deyişle, ortakların işletmenin işlerini hep beraber görmeleri ve ortaklığı üçüncü kişilere karşı birlikte temsil etmeleri gerekmektedir. Bu kuralın istisnası, tarım işletmesinin olağan işleridir. Her ortak, olağan işleri bizzat yapabilir (MK.m.377/II). Aile malları ortaklığına, önemli işleri süratle gerçekleştirmek için müdür atanması, ortaklığı kazanç paylı aile malları ortaklığına dönüştürmez. Mirasçılar, bu ortaklığı kurarken aksi yönde bir anlaşma yapmadıkları takdirde, bütün mirasçılar eşit haklara sahiptir (MK.m.376/II). Ayrıca, ortaklık devam ettiği sürece, ortaklar, payları üzerinde tasarrufta bulunamazlar, paylarını talep edemezler (**Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 177).

⁶⁹ Mirasçıların ortaklığı elbirliği ile yönetmeyerek yönetim ve temsili işlerinden birine devretmeleri ve sadece elde edilen kazançtan yıllık belirli bir pay almaları hâlinde, kazanç paylı aile malları ortaklığı söz konusu olur (MK.m.384). Yönetim ve temsil yetkisine sahip olan mirasçı, tarım işletmesini gereği gibi yönetmek ve temsil etmekle yükümlüdür. Aksi hâlde, diğer mirasçılar, ortaklığı feshedebilir (MK.m.385/I) (**Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 177, 178).

⁷⁰ **Özay**, s. 170. Dava devam ederken mirasçıların böyle bir karar alması sonucunda, mahkeme, dava hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına hükmetmelidir.

TKAKK.m.8/C/I, b. b'de düzenlenen aile malları ortaklığına, payların ödenmemesi ve paylaşmanın ertelenmesinin talep edilmesine gerek kalmadan tarım arazisinin devri gerçekleştirilebilir ve bu ortaklık süresiz olarak devam edebilir⁷¹. Mirasçılar aralarında anlaşarak ortaklığın belli bir süre devam etmesini ve süre bitince bir tek mirasçıya devredilmesini veya üçüncü bir kişiye satılmasını kararlaştırabilirler. Aynı şekilde, ortaklık ilişkisi devam ederken mirasçıların paylarını üçüncü bir kişiye satması da mümkündür. Bu durumda, kanun, diğer ortaklara önalım hakkı tanımıştır (TKAKK.m.8/İ/I). Ancak, kanundan kaynaklanan bu önalım hakkı, eşya ve aile hukuku ile çelişir niteliktedir. Zira, MK.m.732-734 arasında düzenlenen önalım hakkı, paylı mülkiyette söz konusu olmaktadır. Buna karşılık, elbirliği mülkiyetinde paydaşların tasarruf edebileceği payları bulunmamaktadır. Diğer taraftan, MK.m.376/III uyarınca, aile malları ortaklığında ortakların paylarına ilişkin tasarrufların yasaklanması nedeniyle payların satılması söz konusu olamayacaktır. Paylar satılamayınca da, maddede ortaklara tanınan önalım hakkı uygulama alanı bulamayacaktır⁷².

⁷¹ **Özay**, s. 171. 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de, aile malları ortaklığına yer verilmekteydi. Gerçekten, aile malları ortaklığı, kendisine özgüleme yapılan mirasçının diğer mirasçıların paylarını ödemekte zorluk çekmesi ve paylaşmanın ertelenmesini talep etmesi hâlinde gündeme gelmekteydi ve bu ortaklık payların ödenmesine kadar devam etmekteydi.

⁷² **Özçelik**, s. 102, 103; **Özay**, s. 172. Buna karşılık, TKAKK.m.8/İ/II'de pratik açıdan önemli olabilecek olan bir önalım hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, "*Tarımsal arazilerin satılması hâlinde sınırdaş tarımsal arazi malikleri de önalım hakkına sahiptir. Tarımsal arazi, sınırdaş maliklerden birine satıldığı takdirde, diğer sınırdaş malikler önalım haklarını kullanamaz. Önalım hakkına sahip birden fazla sınırdaş tarımsal arazi malikinin bulunması hâlinde hâkim, tarımsal bütünlük arz eden sınırdaş arazi malikine önalıma konu tarımsal arazinin mülkiyetinin devrine karar verir*". Ancak, taşınmazın cibrî arttırmayla satışı (MK.m.733/I), mirasçılardan birine özgülenmesi, bağışlanması, mal değişimine konu olması, ortaklığa sermaye olarak konulması, kamulaştırılması gibi hâllerde önalım hakkı kullanılamaz (bkz., **Özçelik**, s. 103). Diğer taraftan, TKAKK.m.8/İ/II'nin ziraî taşınmazın TKAKK.m.8/C hükmü uyarınca devredildiği hâllerde uygulanıp uygulanamayacağı önem

Bütün mirasçılarının tarım arazisinin aile malları veya kazanç paylı aile malları ortaklığına özgülenmesi konusunda anlaşmış olmaları gereklidir. Ancak, tüm mirasçılarının bu ortaklığa katılması zorunlu değildir. Bu durumda, aile malları ortaklığı veya kazanç paylı aile malları ortaklığına katılmayan mirasçılarının paylarının diğer mirasçılar tarafından ödenmesi gerekir⁷³.

c) *Mirasçılar, terekede bulunan tarım arazisi ve yeter gelirlili tarım arazisinin mülkiyeti hakkında mirasçılarının tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları 13/1/2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kuracakları limited şirkete devrini kararlaştırabilirler.*

Mirasçılarının anlaşarak tarım arazisinin mülkiyetini devredebilecekleri diğer bir hâl de, mirasçılarının tamamının⁷⁴ hissedar oldukları limited⁷⁵ şirkete devir yapılmasıdır. Bu bendin uygulama alanı

arz etmektedir. **Özçelik**'e göre, tarım arazisinin mirasçılardan birine, mirasçılardan tarafından kurulacak olan aile malları ortaklığına ya da limited şirkete devrinde veya mahkeme tarafından yapılacak olan devirlerde bir satış söz konusu olmadığından sınırdaş arazi maliklerinin önalım hakkı bulunmamaktadır. Buna karşılık, tarım arazisinin üçüncü kişiye satılması durumunda sınırdaş arazi malikinin önalım hakkının bulunduğunu kabul etmek yerinde olacaktır (bkz., agm., 103, 104). Ayrıca, TKAKK.m.8/III'de, önalım hakkının kullanılmasında Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanacağı hükme bağlanmıştır.

⁷³ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 177; **Özay**, s. 171. Bu sonuca, TKAKK.m.8/C/I, b. c'den de ulaşılabilir. Zira, c bendinde, "*Mirasçılarının tamamının miras payı oranında hissedarı oldukları*" ifadesi kullanılmışken; b bendinde böyle bir ifade kullanılmamıştır (**Özay**, s. 171).

⁷⁴ **Özçelik**'e göre, mirasçılarının hiçbirinin ya da bazılarının ortak olmadığı bir aile malları ortaklığı ya da limited şirkete tarım arazisinin devri mümkün olmalıdır (bkz., agm., s. 93).

⁷⁵ 6537 sayılı Kanunun tasarı metninde "*kuracakları bir şirkete devrini*" ifadesine yer verilmekteydi. Ancak, tasarı Adalet Komisyonu görüşmelerinde bu durum eleştirilerek belirli bir şirket türünün seçilmesi gerektiği ifade edilmişti. Limited şirketlerin ticarî işletme işletmek zorunda olmaması da dikkate alınarak, metine "limited" ifadesi eklenmiştir. Bkz., **Özay**, s. 172.

bulabilmesi için, aile malları ve kazanç paylı aile malları ortaklığının aksine, tüm mirasçılarının devre karar vermelerinin yanı sıra, şirkette hissedar olmaları da gerekmektedir⁷⁶.

Mirasçılarının tarım arazisini limited şirket kurarak işletmeleri hâlinde, bu araziler için gerekli olan taşınırlar (TKAKK.m.8/E/II) ve bu arazilere sıkı şekilde bağlı olan yan sınaî işletmelerin (TKAKK.m.8/H/III) de şirket malvarlığına dahil edilmesi gerekir. Ayrıca, kanunkoyucu, tarım arazilerinin bölünmeden işletilmesini teşvik amacıyla, Türk Ticaret Kanununda limited şirketlerin kurulması için aranan sermaye ve diğer şartları, tarım arazilerinin işletilmesi amacıyla mirasçılar tarafından kurulan limited şirketlerde aramamıştır (TKAKK.m.8/I/III)⁷⁷.

TKAKK.m.8/J'ye göre, “8/C maddesinin birinci fıkrasına göre kurulan aile malları ortaklığının, kazanç paylı aile malları ortaklığının veya limited şirketin; herhangi bir nedenle sona ermesi ve tasfiye olması hâlinde, bu ortaklıklara veya limited şirketlere ait tarımsal araziler, yeter gelimli tarımsal arazi büyüklüklerinin altında kalacak şekilde bölünemez”. Kanunkoyucu, bu maddeyle, aile malları ortaklığı, kazanç paylı aile malları ortaklığı ve limited şirketin sona ermesi hâlinde dahi tarım arazilerinin bölünemeyeceğini hükme bağlamıştır.

ç) *Mirasçılar, terekede bulunan tarım arazisi ve yeter gelimli tarım arazisinin mülkiyeti hakkında mülkiyetin üçüncü kişilere devrini, kararlaştırabilirler”.*

Mirasçılarının anlaşarak tarım arazisinin mülkiyetini devredebilecekleri son hâl, tarım arazisinin üçüncü bir gerçek veya tüzel kişiye devridir. Devir sebebinin, satış, bağışlama, trampa vb. işlemler olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır⁷⁸.

Tarım arazilerinin üçüncü kişilere devri hâlinde, sınırdaş arazi maliklerine önalım hakkı tanınmıştır (TKAKK.m.8/İ/II). Bu hükümle,

⁷⁶ Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 178; Özyay, s. 173.

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz., Özçelik, s. 93, dn. 11; Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 178.

⁷⁸ Özyay, s. 175.

kanunkoyucu, tarım arazilerinin büyüklerinin artırılmasını teşvik etmektedir.

b) Kazaî Özgüleme

Mirasbırakanın ölümünden sonra geride tek bir mirasçının kalması veya birden çok mirasçı kalması ancak sadece bir mirasçının devri istemesi hâlinde herhangi bir problemle karşılaşılacaktır. Buna karşılık, birden çok mirasçının özgülemeyi talep etmesi hâlinde, mirasçılar arasında uyuşmazlık ortaya çıkmakta ve mirasçılar, tarım işletmesinin hangi mirasçıya özgüleneceği konusunda ölenin son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesine⁷⁹ başvurumaktadırlar (kazaî özgüleme)⁸⁰.

Kazaî özgülemede hâkimin verdiği karar, tüm mirasçıların iradesi yerine geçer ve tüm mirasçıları bağlar. Burada, özgüleme kararının ne zaman hüküm ve sonuç doğurduğu meselesini açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Kazaî özgüleme, hukukî niteliği itibarıyla paylaşma davası⁸¹ olduğuna göre, paylaşma davasında verilen kararın hüküm ve sonuç doğuracağı an, kazaî özgülemenin de hüküm ve sonuç doğuracağı söylenebilir. Paylaşma davası, karma nitelikli yenilik doğuran bir dava olduğu için, tarım arazisinin mülkiyeti, mahkeme tarafından verilen kararın kesinleşmesiyle birlikte mirasçı veya mirasçılara geçmektedir⁸².

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, mirasçıların yanı sıra Bakanlığın da mahkemeye başvurabilmesi mümkün hâle gelmiştir.

⁷⁹ **Aras**, s. 146, 147; **Sağlam**, s. 218; **Hatemi**, s. 148; **Tunçomağ**, Ziraî, s. 90; **Bağatur**, s. 869; **Gökçe**, s. 867.

⁸⁰ **Ayan**, s. 335; **Gökçe**, s. 859; **Acar**, s. 126.

⁸¹ Söz konusu davanın kanundan doğan bir alacak davasına dayanan tescile zorlama davası olduğu söylenebilir (MK.m.716). Bu nedenle, ehil mirasçı, taşınmazın mülkiyetini mahkeme kararının kesinleşmesiyle kazanır; daha sonra yapılacak tescil açıklayıcı bir nitelik taşır. Ancak, ziraî taşınmazın bölünerek mirasçılara devredildiği hâllerde, aynı hakkın konusu ziraî taşınmaz parsellere bölünüp tapu kütüğünde ayrı ayrı sayfalara kaydedildiğinde ortaya çıkacağından, bu gibi hâllerde tarım arazisinin mülkiyeti mahkeme kararıyla değil, tescille kazanılır (**Özçelik**, s. 97, 98).

⁸² **Özay**, s. 110, 182, 183.

Mahkemeye mirasçılarının ve Bakanlığın başvurmasına göre, özgüleme talebinin içeriği değişebildiği için ayrı ayrı incelenmelidir⁸³.

aa) Mahkemeye Mirasçılar Tarafından Başvurulması

Özgüleme kararının mahkeme tarafından alınabilmesi için, en az mirasçılardan birinin talepte bulunması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme kendiliğinden özgüleme kararı alamaz⁸⁴. Gerçekten, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/C maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesine göre, “*Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamadığı takdirde, mirasçılardan her biri yetkili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir*”. Burada üzerinde durulması gereken husus, davanın açılabilirliği süredir. Zira, mirasın açılmasından itibaren bir yıl içerisinde mirasçılarının tarım arazisinin devri hususunda anlaşmaları gerekmektedir. Bu bir yıllık sürenin bitiminde, mirasçılar henüz anlaşmamışlarsa, Bakanlık tarafından ihtar yapılması ve üç aylık sürenin dolmasından sonra Bakanlık mirasçılara dava açar. Bu sebeple, her ne kadar bir yıllık süre dolmuş olsa bile, Bakanlık tarafından mirasçılara tanınan üç aylık süre içerisinde de mirasçılarının dava açma hakları olmalıdır⁸⁵.

Sulh mahkemesinin tarım arazisi hakkında verebileceği kararlar, TKAKK.m.8/C/II, b. a, b, c’de sayılmıştır. Söz konusu hükümlere göre, mahkeme, ancak tarım arazisinin ya mirasçılardan birine veya bazısına devrine ya da satışına karar verebilmektedir. Diğer bir ifadeyle, maddede sayılan seçenekler sınırlı sayıda⁸⁶.

Mirasçılar tarafından mahkemeye başvurulması hâlinde, mahkemenin verebileceği ilk karar, tarım arazisinin mirasçı veya mirasçılara devridir. Gerçekten, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/C maddesinin ikinci fıkrasının a bendine göre, “*Bu*

⁸³ İmre / Erman, s. 508; Özay, s. 177.

⁸⁴ Özay, s. 178; İmre / Erman, s. 508.

⁸⁵ Özay, s. 178.

⁸⁶ Özay, s. 178. Mirasçılarının dava dilekçelerinde TKAKK.m.8/C/II, b. a, b, c’de yer alan taleplerden birisini yazmış olması gerekmektedir. Meselâ, mirasçılar, TKAKK.m.8/C/I’de yer alan tarım arazisinin mülkiyetinin aile malları ortaklığına devrini talep etmiş olmaları hâlinde, davaya bakan hâkimin, HMK.m.26/I’de yer alan taleple bağlılık ilkesi gereği davayı reddetmesi gerekir (Özay, s. 178).

durumda sulh hukuk hâkimi tarımsal arazi veya yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin; a) Kişisel yetenek ve durumları göz önünde tutulmak suretiyle tespit edilen ehil mirasçıya tarımsal gelir değeri üzerinden devrine, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, öncelikle asgari geçimini bu yeter gelirli tarımsal arazilerden sağlayan mirasçıya⁸⁷, bunun bulunmaması hâlinde bu mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya devrine, ehil mirasçı olmaması hâlinde, mirasçılar arasından en yüksek bedeli teklif eden mirasçıya⁸⁸ devrine karar verir”. Hükümden anlaşılacağı üzere, tarım arazisinin mülkiyetinin kime devredileceği, mirasçılar arasında ehil mirasçının bulunup bulunmamasına ve ehil mirasçının bulunması hâlinde ise ehil mirasçının birden çok olup olmamasına göre değişmektedir. Aynı maddenin dördüncü fıkrasına göre, *“Ehil mirasçıya ait nitelikler, Bakanlık tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirlenir”.* Ehil mirasçının nasıl belirleneceği konusunda, 31.12.2014 tarihinde yayınlanan Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik’in 10 uncu maddesinde düzenlenen puanlama sistemine göre 50 ve üzeri puan alan mirasçılar ehil sayılmıştır.

Diğer taraftan, mirasçılar arasında birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/C maddesinin ikinci fıkrasının b bendinde özel bir devir şekli düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, *“Birden fazla ehil mirasçı olması ve bu mirasçıların miras dışı tarımsal arazilere sahip olması durumunda, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak veya bu arazilerin ekonomik olarak işletilmesine katkı sağlamak amacıyla hâkim, tarım arazilerinin yeter gelir büyüklüğünü*

⁸⁷ Görüldüğü üzere, 6537 değişikliğiyle, kanunkoyucu, tarım işletmesinin mirasçı tarafından bizzat işletilmesi ilkesinden vazgeçmiş görülmektedir. Değişiklikten sonra, birden çok ehil mirasçının bulunması hâlinde geçimini tarım arazisinden sağlayan mirasçıya öncelik tanınmıştır (**Özay**, s. 180). Böylece, geçimini tarımdan karşılayan mirasçının korunması amaçlanmıştır (**Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 179).

⁸⁸ Bu hâlde, devrin nasıl gerçekleşeceği kanunda düzenlenmemiştir. Bu konuda, devrin mirasçılar arasında yapılacak olan bir açık arttırma ile gerçekleşeceği söylenebilir.

aramaksızın bu mirasçılara devrine karar verebilir". Hükümden anlaşılacağı üzere, mirasa konu olan tarım arazisinin parçalanarak birden fazla ehil mirasçıya devredilmesi mümkün hâle getirilmiştir⁸⁹. Durumu bir örnek ile açıklayacak olursak, mirasbırakanın 200 dekarlık tarım arazisi bulunmaktadır ve tarım arazisinin bulunduğu bölgede yeter gelir büyüklük sınırı 150 dekarıdır. Tarım arazisi hakkında mirasçılar anlaşamamışlar ve mahkemeye başvurmuşlardır. Mahkeme yapmış olduğu araştırmalar neticesinde dört mirasçıdan ikisinin ehil olduğuna karar vermiştir. Bu iki ehil mirasçıdan (A)'nın miras dışı 80 dekarı, (B)'nin ise 20 dekarı bulunmaktadır. Somut olayda, hâkim, bu mirasçıların mevcut arazilerini yeter gelirli büyüklüğe ulaştırmak için, mirasa konu tarım arazini bölerek 70 dekarını (A)'ya geriye kalan 130 dekarını da (B)'ye verebilir. Bu durumda, her iki mirasçının da yeter gelir büyüklüğüne ulaşmayan tarım arazileri yeter gelir büyüklüğüne ulaşmış olur⁹⁰.

Mirasbırakanın iki mirasçısından birisinin asgarî geçimini tarım arazisinden sağlaması diğerinin ise yeter gelirli büyüklüğe sahip olmayan miras dışı tarım arazilerine sahip olması durumunda hangisinin tercih edileceği kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak, TKAKK.m.8/C/II'nin a bendinde "*karar verir*" ifadesi tercih edilmesine karşın; b bendinde "*karar verebilir*" ifadesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla, bu gibi durumlarda, hâkimin asgarî geçimini tarım arazisinden sağlayan mirasçıya öncelik tanınması gerekmektedir⁹¹.

Mirasçılar tarafından mahkemeye başvurulması hâlinde, mahkemenin verebileceği diğer karar ise, tarım arazisinin satışidir. Gerçekten, TKAKK.m.8/C/II, b. c'ye göre, "*Mirasa konu yeter gelirli tarımsal arazinin kendisine devrini talep eden mirasçı bulunmadığı*

⁸⁹ Buna karşılık, mirasçıların aralarında anlaşarak tarım arazisini parçalamaları mümkün değildir. Zira, TKAKK.m.8/C/I, b. a'da birden fazla mirasçıya devir yapılabilmesi için, terekede yer alan tarım arazisinin yeter gelir şartını sağlaması aranmıştır (Özay, s. 182; Özçelik, s. 97).

⁹⁰ Benzer bir örnek için bkz., Eren / Başpınar, 4. Baskı, s. 179, 180.

⁹¹ Özay, s. 181, 182.

takdirde, hâkim satışına⁹² karar verir. Bu suretle yapılacak satış sonucu elde edilen gelir, mirasçılara payları oranında paylaştırılır". Maddeden anlaşılacağı üzere, tarım arazisinin satışı için mirasçılardan hiçbirisinin devri talep etmemesi gerekmektedir⁹³.

TKAKK.m.8/C/II, b. c'de kanunkoyucu, TKAKK.m.8/C/I ve TKAKK.m.8/C/II'nin aksine sadece "*yeter gelirli tarımsal arazi*" ifadesini kullanmıştır. Oysa, 8/C maddesinin birinci fıkrasında ve ikinci fıkrasının ikinci cümlesinde "*tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi*" ifadesi kullanılmaktadır. Hâl böyle olunca, tarım arazisinin iradî paylaşımı veya mirasçılara mahkeme tarafından özgülenmesi hâlinde yeter gelirli olma şartının aranmaması; buna karşılık, mahkeme tarafından satışı hâlinde yeter gelir şartının aranması sonucuna varılabilir. Ancak, bu çıkarım yerinde değildir. Bu sebeple, c bendindeki ifadenin de "*tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi*" şeklinde anlaşılması, amaca daha uygundur⁹⁴.

bb) Mahkemeye Bakanlık Tarafından Başvurulması

Tarım arazisinin devri açısından karar verme yetkisi, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile mirasçılarının tekeline çıkarılmıştır. Bu değişiklikte, Bakanlığa da dava açma hakkı tanınmıştır. Gerçekten, TKAKK.m.8/C/I hükmüne göre, "*Yeter gelirli tarımsal arazi*"⁹⁵ mülkiyetinin 8/B maddesinde belirtilen sürede devredilmediğinin kamu kurum veya kuruluşları ile finans kurumları tarafından öğrenilmesi hâlinde, durum, bu kurum veya kuruluşlar tarafından derhâl Bakanlığa

⁹² Maddede satışın nasıl yapılacağı ifade edilmemiştir. Ancak, ülkemizde taşınmazlar bakımından pazarlık usulü kabul edilmediğinden, bu satışın da açık artırma yolu ile yapılması gerektiği savunulabilir. Diğer taraftan, burada düzenlenen satış TKAKK.m.8/C/II, b. a'da düzenlenen satıştan farklıdır. Zira, sadece mirasçılar arasında yapılmamakta, umuma açık bir şekilde yapılmaktadır.

⁹³ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 180; **İmre / Erman**, s. 510; **Özçelik**, s. 98.

⁹⁴ **Özay**, s. 183, 184.

⁹⁵ TKAKK.m.8/C/II, b. c'de kanunkoyucu tarafından yapılan hata, bu maddede de yapılmıştır. Dolayısıyla, bu maddede geçen "*yeter gelirli tarımsal arazi*" ifadesi "*tarımsal arazi ve yeter gelirli tarımsal arazi*" şeklinde anlaşılmalıdır (bkz., **Özay**, s. 185).

bildirilir. Bakanlık bu Kanun hükümlerinin uygulanması için mirasçılara üç ay süre verir. Verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde, Bakanlık resen veya bildirim üzerine bu yerlerin istemde bulunan ehil mirasçıya, ehil mirasçı olmaması durumunda en fazla teklifi veren istekli mirasçıya devri, aksi hâlde üçüncü kişilere satılması için ilgili sulh hukuk mahkemesi nezdinde dava açabilir". Hükümden anlaşılacağı üzere, Bakanlığın dava açabilmesi için, "mirasçıların iradî devri gerçekleştirilememiş veya mahkemeye başvurmamış olmaları"⁹⁶ ve "Bakanlığın bu durumu mirasçılara bildirmiş olması ve kanunun uygulanması için üç aylık süre vermesi" gerekmektedir.

Öte yandan, hüküm, "dava açabilir" ifadesi ile sonlandırılmıştır. Bu ifadenin lafzî olarak yorumlanması sonucunda, idarenin dava açıp açmama konusunda takdir hakkının bulunduğu sonucuna varılabilir. Ancak, kanunun amacı ve bir önceki cümlede "süre verir" ifadesinin emredici olması dikkate alındığında Bakanlığın dava açıp açmama konusunda takdir yetkisinin bulunmadığı söylenebilir⁹⁷.

Mirasçıların kazaî devirde talep edebileceği konuların kanun tarafından belirlenmesi gibi, Bakanlığın talep edebileceği hususlar da kanun tarafından belirlenmiştir. Buna göre, Bakanlık, mahkemeden ya tarım arazisinin mirasçı veya mirasçılara devrini ya da üçüncü kişilere satışını talep edecektir.

2- Tarım Arazilerinin Özgülenmesi

6537 sayılı kanun değişikliğinden sonra da, tarım arazilerinin bölünmeksizin özgülenmesi kuraldır. Ancak, tarım arazisinin çok büyük olması hâlinde yeter gelir seviyesinin altına düşmemek şartıyla birden

⁹⁶ Hükümde geçen "verilen süre sonunda devir olmaması hâlinde" ifadesi yerinde değildir. Zira, bu üç aylık süre içinde mirasçıların devrin gerçekleşmesi için mahkemeye başvurması hâlinde Bakanlığın açmak istediği dava derdestlik sebebiyle dinlenilmeyecektir. Bu nedenle, anılan hükmün, "verilen süre sonunda devir olmaması veya mirasçılardan birisi veya birkaçı tarafından dava açılmamış olması hâlinde" şeklinde anlaşılması yerinde olacaktır (bkz., Özay, s. 185).

⁹⁷ Özay, s. 186, 187.

fazla ehil mirasçıya devri mümkündür⁹⁸. Meselâ, yeter gelir büyüklüğünün 70 dönüm olduğu bir bölgede, mirasbırakanın 140 dönüm tarım arazisi ve iki ehil mirasçısı bulunmaktadır. Bu hâlde, 140 dönümlük tarım arazisinin ikiye bölünerek iki ehil mirasçı arasında paylaştırılması mümkündür.

3- Taşınırın Özgülenmesi

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, taşınırın özgülenmesi, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun “*Taşınırın devri*” başlıklı 8/E maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyeti kendisine devredilen kişi, bu araziler için zorunlu olan araç, gereç ve hayvanların⁹⁹ mülkiyetinin gerçek değerleri üzerinden kendisine devredilmesini isteyebilir (f.1). 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi hükmü gereğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirli tarımsal araziler için gerekli olan taşınırlar da şirket mal varlığına dâhil edilir (f.2)*”. Yeter gelirli tarım arazisinin mülkiyeti kendisine devredilen kişi tarafından yapılacak olan bu talep, iradî ve kazaî devrin her türlüünde talep edilebilir. Hattâ, bu kişi, sonradan terekede yer alan taşınırın paylaşılmasına kadar açacağı bir dava ile taşınırın kendisine devredilmesini isteyebilir. Zira, taşınırın devri

⁹⁸ **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 171. Büyük bir işletmenin yeter gelirli küçük işletmelere bölünebilmesi için gerekli olan şartlar şunlardır: a) Öncelikle bir tarım işletmesi olmalıdır. b) Bu tarım işletmesinin büyüklüğü birden çok yeter gelirli tarım işletmesine bölünmeye elverişli olmalıdır. c) Birden çok mirasçı, işletmeye talip ve ehil olmalıdır. Bkz., **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 172. Aynı düzenleme, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de bulunmaktaydı. Gerçekten, Medenî Kanunun mülga 659 uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*Bir işletme, değerinde azalma olmaksızın birden çok yeterli tarımsal varlığa sahip işletmeye bölünebilecek nitelikte ise, sulh hâkimi bunları, istemde bulunan ve işletmeye ehil olan birden çok mirasçıya ayrı ayrı özgüleyebilir*”. Bu konuda bkz., **Ayan**, s. 335; **Aras**, s. 144, 145.

⁹⁹ Medenî Kanunun mülga 660 ncı maddesi için yapılan değerlendirme, bu hüküm bakımından da yapılabilir. Yani, söz konusu hükmün kapsamına bu araziler için zorunlu olan tüm taşınırın girdiği kabul edilmelidir.

bakımından tarım arazisinin devrinde olduğu gibi bir süre öngörülmemiştir¹⁰⁰.

4- Yan Sınâî İşletmelerin Özgülenmesi

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, Medenî Kanunun “*Yan sınâî işletme*” başlığını taşıyan 667 nci maddesi yürürlükten kaldırılmış ancak bu hükümle içerik bakımından aynı olan yeni bir madde düzenlenmiştir (TKAKK.m.8/H). Söz konusu hükme göre, “*Yeter gelirli tarımsal arazilere sıkı şekilde bağlı bir yan sınâî işletme*¹⁰¹ mevcut ise yan sınâî işletme ile yeter gelirli tarımsal arazilerin mülkiyeti bir bütün olarak istemde bulunan ve ehil görülen mirasçıya gerçek değeri üzerinden¹⁰² devredilir (f.1). Mirasçılardan birinin itiraz etmesi veya birden çok mirasçının kendilerine devir istemesi hâlinde sulh hukuk hâkimi yeter gelirli tarımsal arazi ve yan sınâî işletmenin ekonomik gelir ve bütünlüğünü sürdürme imkânını ve mirasçıların kişisel durumlarını göz önünde bulundurarak yan sınâî işletmenin birlikte veya ayrı olarak

¹⁰⁰ **İmre / Erman**, s. 510; **Özay**, s. 189. **Özçelik**’e göre, burada sözü edilen taşınırlar, arazinin eklentisi niteliğinde olacağından (MK.m.686), aksi kararlaştırılmadıkça mülkiyetin devri, söz konusu taşınırları da kapsar. Bu nedenle, söz konusu hüküm, tarım arazisinin mülkiyetini devretmeyi kabul eden mirasçılar ile devralanın, tarım arazisinin eklentisi niteliğindeki taşınırların mülkiyetinin devri konusunda anlaşamadıkları durumlarda pratik önem taşıyacaktır (bkz., agm., s. 99).

¹⁰¹ Yan sınâî işletme kavramının tanımı konusunda öğretide fikir birliği bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, ana işletmeye bağlı ve sınâî niteliği olan işletmeler yan sınâî işletmelerdir. Bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 152; **Eren/ Başpınar**, 4. Baskı, s. 171; **Aras**, s. 145. Meselâ, değirmen, ekmek fırını, marangoz atölyesi, arı kovanları, fennî tavukçuluk, ahırlar, kireç ocağı, esans yapma tesisleri, deri imalatı tesisleri sınâî işletmelere örnek olarak gösterilebilir (bkz., **Aras**, s. 145). Buna karşılık, öğretide bir diğer görüşe göre ise, yan sınâî işletmeler, tarım işletmesine bağlı fakat ziraî olmayan her türlü işletmelerdir. Bkz., **Özay**, s. 123. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının “u” bendinde ise, yan sınâî işletme, “*Yeter gelirli tarımsal arazilere ait ürün depolama, koruma, işleme ve pazarlama gibi faaliyetlere yönelik tesisler*” olarak tanımlanmıştır.

¹⁰² Buna karşılık, mülga MK.m.667/II’de “*sürüm değeri*” ifadesi kullanılmaktaydı.

devrine ya da satışına karar verir (f.2). 8/C maddesinin birinci fıkrasının (c) bendi gereğince mirasçılar arasında limited şirket kurulması hâlinde yeter gelirlî tarımsal arazilere sıkı şekilde bağı olan yan sınaî işletme de şirketin mal varlığına dâhil edilir (f.3)”. Söz konusu hüküm, özgüleme sisteminde yer alan hüküm ile içerik olarak aynıdır¹⁰³.

Yan sınaî işletmeler, kural olarak, tarım arazisi ile beraber özgülenmektedir. Birlikte özgülemenin yapılabilmesi içinse, “yan sınaî işletmenin tarım işletmesinin hizmetine tahsis edilmiş olması”, “tarım işletmesi ile beraber yeterli ekonomik varlığa sahip olması”, “kendisine özgüleme yapılacak mirasçının ehliyetli olması” ve “özgülemenin talep edilmesi” gerekmektedir¹⁰⁴. Buna karşılık, yan sınaî işletme, tarım işletmesi yanında asıl işletme niteliği taşıyorsa, diğeri bir deyişle, tarım işletmesinin eklentisi değılse tarım işletmesi ile birlikte mirasçuya devredilmez ve genel hükümlere göre işlem görür¹⁰⁵.

D) ÖZGÜLEMEDE ESAS ALINACAK DEĞERLER

Mirasbırakanın terekesinde yer alan tarım işletmesi, işletmeye bağı taşınurlar ve yan sınaî işletmeler mirasçılardan birisine özgülenmesi sonucunda diğeri mirasçılarının ihlâl edilen paylarının ödenmesi gündeme gelmektedir. Diğeri mirasçılara ödenmesi gereken tutarın belirlenebilmesi içinse, özgülenen malların değerlerinin belirlenmesi gerekmektedir.

Özgülemede esas alınacak değerler¹⁰⁶ MK.m.657/II’de düzenlenmiştir¹⁰⁷. Buna göre, “Taşınmazlar, paylaşımın yapıldığı

¹⁰³ **Özay**, s. 189.

¹⁰⁴ **Özay**, s. 124; **Eren / Başpınar**, 4. Baskı, s. 180; **Sağlam**, s. 217, 218; **Cin**, s. 129; **Aras**, s. 138, 145, 146.

¹⁰⁵ **Sağlam**, s. 217; **Eren/ Başpınar**, 4. Baskı, s. 171; **Cin**, s. 129; **Zevkliler**, Tahsis, s. 152.

¹⁰⁶ Uygulamada Taşınmaz Değerleme Şirketleri tarafından tarım arazilerinin değerleri tespit edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Ziya Gökâl **Mülayim**, Tarımsal Değer Biçme ve Bilirkişilik, 2. Baskı, Ankara 2001.

¹⁰⁷ Söz konusu hüküm, tarım işletmesinin özgülenmesi durumunda dikkate alınacaktır. Buna karşılık, taşınmazların aynen taksimi veya satılması durumunda bu tür bir kıymet takdirine gerek bulunmamaktadır (**Aras**, s. 136).

zamandaki gerçek değerleri esas alınarak mirasçılara özgülenir. si taşınmazlar gelir değerine, diğer taşınmazlar sürüm değerine göre özgülenir". 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, bu değerlerden ne anlaşılması gerektiği kanunda düzenlenmemişti. 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, Medenî Kanununun 657 nci maddesi yürürlükten kaldırılmamış, gelir değeri ve gerçek değer şeklinde ikili bir ayırım yapılmış, yine bu değerlerden ne anlaşılması gerektiği kanunda ifade edilmemiştir. Bu nedenle, değişiklikten sonra da, paylaşmanın yapıldığı zamanki değer dikkate alınacaktır.

Tarım arazilerinin özgülenmesinde, gelir değeri esas alınacaktır. Gelir değerinin ne olduğuna ilişkin, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce herhangi bir tanım verilmemesine karşın¹⁰⁸; değişiklikten sonra, Tarım Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının "g" bendinde gelir değeri tanımlanmıştır. Buna göre, gelir değeri, "Tarım arazilerinden elde edilecek yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpımı sonucu hesaplanan değeri"¹⁰⁹dir. Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı

¹⁰⁸ Buna karşılık, öğretide gelir değeri tanımlanmıştı. **Zevkliler**'e göre, gelir değeri, işletmeden bir yılda elde edilen gelirden, masraflarla, amortisman düşüldükten sonra kalan net miktarın, belirli bir faiz haddi ile kapitalizasyonu yoluyla elde edilen değeri (bkz., Tahsis, s. 144). Ayrıca bkz., **Bağatur**, s. 871; **Gökçe**, s. 869. Gelir değeri farklı şekillerde bulunabilir. Bunlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 148-150.

¹⁰⁹ Ziraî gelir değerinin hesaplanmasına ilişkin esaslar söz konusu Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in 5 inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, "Tarımsal arazilerin gelir değeri, değerlendirme tarihinde, arazilerin optimum koşullarda işletilmesi halinde elde edilecek yıllık ortalama net gelirin göre hesaplanır (f.1). Üretim dönemlerine ait gayrisafi üretim değerlerinin hesaplanmasında, çiftçi eline geçen ürün fiyatları ile verimler dikkate alınır. Çiftçi eline geçen ürün fiyatlarında Türkiye İstatistik Kurumu (TÜİK) verileri esas alınır. Ürün deseni ve verimlerin hesabında, değerlemesi yapılacak arazinin veya bu arazilere benzer özellik arz eden yöredeki diğer arazilerin Bakanlık sistemlerindeki son beş yıllık kayıtları esas alınarak belirlenir (f.2). Değerleme yapılan yıl içinde çiftçi eline geçen ürün fiyatlarıyla ürünlerin son beş yıllık verim ortalamaları çarpılarak araziden elde edilen yıllık

Kanununda, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, gelir değerinin sadece mahkeme tarafından tarım arazisinin ehil mirasçı veya mirasçılara devri hâlinde dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Ancak, MK.m.657 gereği, diğer kazaî devir hâllerinde de tarım arazisinin ehil mirasçı veya mirasçılara devri durumunda gelir değerinin dikkate alınması gerektiği söylenebilir. Buna karşılık, tarım arazisinin üçüncü kişilere satışında gelir değerinin dikkate alınması hâkkaniyete aykırıdır¹¹⁰.

6537 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce, taşınırlar bakımından işletme için taşıdığı değer ve yan sınaî işletmeler için sürüm değeri dikkate alınmaktayken; değişiklikten sonra, hem taşınırlar (TKAKK.m.8/E) hem de yan sınaî işletmeler (TKAKK.m.8/H) bakımından gerçek değer¹¹¹ dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Gerçek

ortalama gayrisafi üretim değeri hesaplanır. Değerleme yapılan üretim dönemi için Bakanlık İl ve İlçe Müdürlüklerince belirlenecek bölgede yetiştirilen hakim ürünler için yapılan ortalama yıllık üretim masraflarının yıllık ortalama gayrisafi üretim değerinden çıkartılması sonucu, arazinin yıllık ortalama net geliri tespit edilir. Tespit edilen yıllık ortalama net gelirin yirmi yıl ile çarpılması sonucu oluşan değer, tarımsal arazilerin gelir değeridir (f.3). Tarımsal gelir değerine yapılacak itirazlar; hesaplamada kullanılan arazilerdeki ürün deseni ve verimleri, ürün maliyetleri ve çiftçi eline geçen fiyatlar üzerinden yeniden değerlendirilir. Arazilerin ürün desenine, maliyetlerine ve çiftçi eline geçen fiyatlara yapılacak itirazlarda Bakanlık ve TÜİK sistemlerindeki kayıtlar esas alınır (f.4)''.

¹¹⁰ **Özay**, s. 192, 193. Aynı husus 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce de dile getirilmiştir. Bkz., **Gökçe**, s. 870. Zira, tarım işletmesinin veya arazisinin özgülenmesinde gelir değerinin dikkate alınması, kendisine tarım arazisi özgülenen mirasçı/mirasçıları korumaktadır (**Tunçomağ**, İsviçre, s. 514, 515; **Bağatur**, s. 871). Diğer taraftan, kendisine tarım işletmesi özgülenen mirasçı, önceden işletmeyi gelir değerinden fazlaya almaya hazır olduğunu bildirirse, artık özgülemenin gelir değerinden yapılmasını isteyemez (**Aras**, s. 148; **Zevkliler**, Tahsis, s. 155).

¹¹¹ **Özay**'a göre, gerçek değer ifadesi sürüm değeri ifadesine karşılık gelmektedir. Bu nedenle, Kanunda gerçek değer yerine sürüm değeri ifadesi kullanılması, daha yerinde olurdu (bkz., age., s. 194).

değerden ne anlaşılması gerektiği, kanunda düzenlenmemiştir. Ancak, bir malın gerçek değerinden piyasadaki olağan şartlarda alım satım değeridir¹¹².

Değerin saptanmasıyla ilgili kurallar emredici değildir. Mirasçılar kendi aralarında belirli bir yöntem belirleyebilirler. Aynı şekilde, mirasbırakanın da yapacağı bir ölüme bağlı tasarrufla böyle bir yöntem belirlemesi mümkündür¹¹³. Diğer taraftan, tenkis ve denkleştirmede terekede yer alan unsurların değerlerinin belirlenmesinde mirasbırakanın ölüm anına göre bir belirleme yapılırken; özgülemeye, özgüleme anına göre bir değerlendirme yapılacaktır. Ancak, bu kural emredici değildir¹¹⁴.

E) ÖZGÜLEMENİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1- Miras Payları İhlâl Edilen Mirasçılara Ödemede Bulunulması

Tarım arazisinin özgülenmesiyle mirasçılar arasındaki hukukî ilişkiler hemen sona ermez. Özellikle tereke içerisinde sadece tarım arazisinin bulunduğu veya tarım arazisinin terekenin büyük bir kısmını oluşturduğu hâllerde, tarım arazisinin özgülenmesi, diğer mirasçılarının¹¹⁵ miras paylarının ihlâlüne sebep olacaktır. Bu nedenle, tarım arazisi kendisine özgülenen mirasçının miras payları ihlâl edilen diğer mirasçılara ödemede bulunması gerekmektedir¹¹⁶.

¹¹² **Özay**, s. 194.

¹¹³ **Gökçe**, s. 871; **Aras**, s. 137; **Özay**, s. 193. İsviçre’de de mirasçılar bir taşınmazın değerini serbestçe belirleyebilirler (**Tunçomağ**, İsviçre, s. 514).

¹¹⁴ **Gökçe**, s. 871; **Aras**, s. 137.

¹¹⁵ Buna karşılık, 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, tarım arazisinin üçüncü kişilere satılması hâlinde tüm mirasçılarının miras payı ihlâl edilmiş olacaktır. Bu durumda, üçüncü kişinin ödediği bedel terekeye girecek ve mirasçılar arasında miras paylarına göre paylaşılacaktır.

¹¹⁶ **Köprülü**, Miras, s. 408; **Zevkliler**, Tahsis, s. 139; **Cin**, s. 130; **Eren**, Tahsis Şartları, s. 184, 185; **Sağlam**, s. 219; **Özay**, s. 132, 195; **Aras**, s. 147; **Tunçomağ**, Ziraî, s. 95; **İnan / Ertaş / Albaş**, s. 571; **Bağatur**, s. 870; **Gökçe**, s. 868. Diğer taraftan, tarım arazisinin mirasçılar tarafından TKAKK.m.8/C/I, b. c gereği kurulan bir limited şirkete devredilmesi hâlinde pay ödenmesi söz konusu olmaz.

Diğer mirasçılara yapılan ödemenin hukukî niteliğinin tespiti, uygulanacak hükümlerin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Öğretideki baskın görüşe göre¹¹⁷, diğer mirasçılara yapılan ödeme, miras payı niteliğindedir. Zira, diğer mirasçılara yapılan bu ödeme, tarım işletmesinin bir mirasçıya özgülenmesi sebebiyle elde edemedikleri miras payı yerine geçen bir değerdir. 6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, tarım arazisinin mirasçılardan birisine devredilmesi hâlinde aynı sonuca ulaşılabilir. Zira, TKAKK.m.8/D'nin başlığı "*Diğer mirasçuların paylarının ödenmesi*" şeklindedir. Buna karşılık, tarım arazisinin üçüncü kişilere satılması hâlinde, üçüncü kişinin ödediği bedel, terekede tarım arazisinin yerine geçecektir. Diğer bir deyişle, burada miras payı değil, ikame değer bulunmaktadır¹¹⁸.

Diğer mirasçılara yapılması gereken ödeme miktarının tespit edilebilmesi için, kendisine özgüleme yapılan mirasçının yasal miras payından ne kadar fazla kazanımda bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir. Bu hesaplamanın yapılabilmesi için, tereke değerinin ve arazinin değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Bulunan net tereke değeri ile tüm mirasçıların yasal miras payı oranlarına göre almaları gereken değerler hesaplanır. Kendisine tarım arazisi özgülenen mirasçının alması gereken değer ile tarım arazisinin özgülendiği değer arasındaki fark, ödenmesi gereken tutar olarak karşımıza çıkacaktır¹¹⁹.

¹¹⁷ **Eren**, Tahsis Şartları, s. 185; **Özay**, s. 134. Öğretideki görüşler ve gerekçeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., **Zevkliler**, Tahsis, s. 141 vd.. **Zevkliler**'e göre, bu kural, Türk-İsviçre Hukukundaki "*tereki mallarının mirasçılara bir bütün hâlinde geçmesi kuralı*"nın bir sonucudur (bkz., Tahsis, s. 143). Zira, Alman Hukukunda özgüleme sonucunda tarım işletmesi terekeden ayrılır ve özgülenen tarım işletmesi nedeniyle diğer mirasçılara tazminat ödenir. Buna karşılık, Türk-İsviçre Hukukunda terekenin bir bütün olarak mirasçılara geçmesi gerektiğinden kendisine özgüleme yapılan kişinin diğer mirasçılara ödediği para miras payı niteliğindedir (**Gökçe**, s. 867, 868; **Aras**, s. 147, 148).

¹¹⁸ **Özay**, s. 196.

¹¹⁹ **Eren**, Tahsis Şartları, s. 185; **Özay**, s. 135; **Sağlam**, s. 220; **Gökçe**, s. 869; **Tunçomağ**, Ziraî, s. 93-95.

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, diğer mirasçılarının paylarının ödenmesi, Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun 8/D maddesinde düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*Sulh hukuk hâkimi, mülkiyetin devrini uygun bulduğu mirasçıya, diğer mirasçılarının miras paylarının bedelini mahkeme veznesine depo etmek üzere altı ay¹²⁰a kadar süre verir. Mirasçı tarafından talep edilmesi hâlinde altı ay ek süre¹²¹ verilebilir. Belirlenen süreler içinde bedelin depo edilmemesi ve devir hususunda istekli başka mirasçı bulunmaması durumunda sulh hukuk hâkimi, tarımsal arazinin veya yeter gelirlili tarımsal arazinin açık artırmayla satılmasına karar verir (f.1). Kendisine yeter gelirlili tarımsal arazi mülkiyeti devredilen mirasçılardan, diğer mirasçılarının paylarının karşılığını öz kaynakları ile ödeyemeyecek durumda olanların bu ödemeleri gerçekleştirmek için bankalardan kullanacakları kredilere Bakanlığın ilgili yıl bütçesine bu amaçla konulacak ödenekten karşılanmak üzere faiz desteği verilebilir. Verilecek kredi miktarı diğer mirasçılarının payları karşılığı tutarın toplamından fazla olamaz. Bu fıkra uyarınca verilecek kredilere ve yapılacak faiz desteğine ilişkin usul ve esaslar Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanın ve Bakanlığın müşterek teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından belirlenir (f.2)*”. Tarım arazisinin mirasçı veya mirasçılara devredilmesinden sonra, kendisine tarım arazisi devredilen mirasçının diğer mirasçılara ödemesi gereken değer ile mirasbırakanın borcu dolayısıyla daha önce yeter gelirlili tarım arazisi üzerinde kurulmuş olan rehin konusu alacaklar birbiriyle denkleştirilmelidir (TKAKK.m.8/Ė¹²²).

¹²⁰ Böyle bir sürenin verilmesiyle uygulamada bazı problemler yaşanabilecektir. Öncelikle, tespit edilen tutarın depo edilmesi her mirasçı tarafından mümkün değildir. Ayrıca, hükümde altı ay boyunca tarım arazisinin ne şekilde işleneceği belirtilmemiştir.

¹²¹ Görüldüğü üzere ek süre alabilmek için herhangi bir haklı sebep aranmamıştır. Burada, mirasçılarının haklı bir sebep göstermelerinin şart olarak aranması daha yerinde olurdu.

¹²² Bu hüküm, MK.m.655 ile paralellik göstermektedir. Anılan hükme göre ise, “*Paylaşmada kendisine mirasbırakanın borçları için rehnedilmiş bir tereke malı düşen mirasçı, o malın güvence altına aldığı borcu üstlenmiş olur*”.

Tarım arazilerinin aile malları ortaklığına devri hâlinde de diğer mirasçılarının ödeme yapılması gündeme gelebilir. Zira, aile malları ortaklığına bütün mirasçılarının katılımı zorunlu değildir. Diğer bir ifadeyle, aile malları ortaklığına katılmayan mirasçılarının miras payları ihlâl edilmektedir. Diğer taraftan, tarım arazilerinin aile malları ortaklığına devrine mahkeme tarafından karar verilemez. Zira, aile malları ortaklığına devir, ancak iradî devir hâllerinde mümkündür. Bu nedenle, diğer mirasçılara ödenmesi gereken miktar ve ödemenin nasıl yapılacağı, mirasçılar tarafından belirlenecektir. Buna karşılık, tarım arazisinin özgülenmesi sonucunda pay ödemesi yapılması, tarım arazisinin limited şirkete intikali ve üçüncü kişilere satışı hâlinde gündeme gelmez. Zira, bu iki hâlde, limited şirkete bütün mirasçılarının katılımı zorunlu olduğu ve üçüncü kişi tarafından ödenen değer tarım arazisinin yerini aldığı için pay ihlâli gerçekleşmeyecektir.¹²³.

2- Mirasçılarının Korunması

Tarım arazilerinin bir bütün hâlinde mirasçılardan birine özgülenmesi hâlinde, kendisine özgüleme yapılmayan mirasçılar güç durumda kalıp yoksulluğa düşebilir. Özellikle, tarım işletmesinin veya arazinin tereke içerisine büyük bir kısmı teşkil ettiği durumlarda, mirasçılar, geçimini dahi sağlayamayabilirler ve iş aramak amacıyla köylerden şehirlere göç etmek zorunda kalabilirler. Bu durum, işsizliğin artmasına sebep olabilir¹²⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi, güç duruma düşen mirasçılarının bakılması ve gözetilmesi gerektiğini bildirmiştir. Türk Hukuku bakımından, tarım işletmesinin birden çok yeter gelirli kısımlara ayrılması mümkünse parçalanarak birden çok mirasçıya özgülenmesi ve tarımdaki fazla nüfusu toprak ve iş sahibi yapabilmek için toprak reformu yapılması bir çözüm olarak ileri sürülebilir¹²⁵.

¹²³ **Özay**, s. 198, 200.

¹²⁴ **İmre / Erman**, s. 505.

¹²⁵ **Aras**, s. 150, 151; **Zevkliler**, Tahsis, s. 181; **Bağatur**, s.875. Toprak Reformunu savunanlar, köylerden şehre göçün önlenmesi ve tarımda istenen üretim düzeyine ulaşmak için verimli ve başarılı aile işletmelerinin kurulması gerektiğini ifade etmektedirler (**Yavuz**, s. 30).

3- Tarım Arazilerinin Korunması

Tarım arazilerinin mirasçılardan birine devrinin yapılması ve mirasçılara ödenmesi gereken tutarın ödenmesinden sonra, mirasçılar arasındaki ilişkiler tarım arazisi bakımından sona ermiş olmaktadır. Ancak, tarım arazisinin mirasçılardan birine devredilmesinden sonra, taşınmazın değerinde bir artış görülebilir. Bu gibi hâllerde, kanunkoyucu, kanundan doğan bir alacak hakkına dayanarak kendilerine özgüleme yapılmayan mirasçıların söz konusu değer artışından faydalanmalarını düzenlemiştir. Gerçekten, TKAKK.m.8/C'nin beşinci fıkrasında, tarım arazisinde meydana gelen değer artışının diğer mirasçılara ödenebilmesi düzenlenmiştir. Buna göre, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde¹²⁶ bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda¹²⁷; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir*”¹²⁸.

¹²⁶ Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununun amacı, tarım arazilerinin ziraî niteliğinin ve üretimin devamlılığını sağlamaktır. Bu nedenle, maddede yirmi yıllık bir sürenin verilmesi yerinde olmamıştır.

¹²⁷ **Özçelik**'e göre, diğer mirasçıların değer artışından pay talep edebilmeleri, söz konusu artışın tarım dışı kullanım nedeniyle meydana gelmiş olması şartına bağlandığından (TKAKK 8/C/V), diğer mirasçıların ehil mirasçının elde ettiği kazançtan pay talep edebilmeleri mümkün değildir (bkz., agm., s. 98).

¹²⁸ **Özçelik**, bu hükmün, tarım arazisinin mülkiyetinin TKAKK 8/C/II'nin (a) ve (b) bentleri uyarınca mahkeme kararıyla mirasçılardan birine devredilmiş olması hâlinde uygulanabileceğini belirtmiştir (bkz., agm., s. 100). Tarımsal Arazilerin Mülkiyetinin Devrine İlişkin Yönetmelik'in 11 inci maddesinde de mirasa konu tarım arazilerinde değer artışı düzenlenmiştir. Anılan hükme göre, “*Yeter gelirli tarımsal arazi mülkiyetinin mirasçılardan birine devredilmesinden itibaren yirmi yıl içinde bu arazilerden tamamının veya bir kısmının tarım dışı kullanım nedeniyle değerinde artış meydana gelmesi durumunda; devir tarihindeki arazinin parasal değeri tarım dışı kullanım izni verilen tarihe göre yeniden*

hesaplanır. Bulunan değer ile arazinin tarım dışı kullanım nedeni ile oluşan yeni değeri arasındaki fark, diğer mirasçılara payları oranında arazinin mülkiyetini devralan mirasçı tarafından ödenir (f.1). Tarım arazilerinin Kanun hükümlerine göre mahkeme kararı ile mirasçılardan birine tarımsal gelir değeri üzerinden devri halinde, devir işleminden itibaren yirmi yıllık süre içinde tarım dışı amaçla kullanım izni sonucu oluşacak değer artışından diğer mirasçıların hak sahibi olacağı konusunda tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur (f.2). Şerh konulan tarım arazilerinin yirmi yıllık şerh süresi dolmadan tarımsal amaçlı kullanılmak üzere satışa konu edilmesi durumunda, diğer mirasçıların muvafakati alındığı takdirde şerh kaldırılarak; muvafakati alınmadığı takdirde şerhli olarak satış yapılabilir. Taşınmaz şerhli olarak satın alan üçüncü kişiler, aynı süre içinde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşacak değer artışlarından diğer mirasçılara karşı sorumludur (f.3). Bu madde kapsamındaki tarımsal arazilere şerh süresi içinde tarım dışı kullanım izni verilmesi durumunda, verilen izin on beş gün içinde Bakanlık tarafından diğer mirasçılara bildirilir. Mirasçıların, bildirim yapıldığı tarihten itibaren altmış günlük süre içinde değer artışına istinaden talepte bulunması zorunludur. Birinci fıkraya göre hesaplanan fark mirasçılara ödenmedikçe tarımsal arazi üzerindeki şerh kaldırılmaz (f.4). Tarım dışı amaçla kullanım nedeniyle oluşan değer artışı sonrasında mirasçılar arasında anlaşma sağlanması halinde, mirasçıların onayı ile tapunun beyanlar hanesindeki şerh kaldırılır. Mirasçılar arasında anlaşma sağlanamaması durumunda, diğer mirasçılara ödenecek değer artış farkı TÜİK tarafından belirlenen Üretici Fiyatları Endeksi kullanılarak Sulh Hukuk Hakimi tarafından belirlenir (f.5). Sulh Hukuk Hakimi tarafından mirasa konu tarım arazilerinin açık artırma yolu ile satılmasına karar verilmesi veya mirasçıların 9 uncu maddenin ikinci fıkrası hükümleri uyarınca anlaşması durumunda, söz konusu arazilerde tarım dışı kullanım nedeniyle oluşabilecek değer artışı konusunda yirmi yıllık şerh konulmaz (f.6). Yirmi yıllık şerh süresi tamamlandıktan sonra şerh kaldırılmış sayılır (f.7)”. Bu hüküm çeşitli açılardan eleştirilebilir. Öncelikle, Medenî Kanun ve Tapu Sicili Tüzüğü’nde düzenlenmeyen bir şerhin yönetmelikte düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Bu nedenle, şerh imkânının TKAKK.m.8/C’de düzenlenmesi yerinde olacaktır. Ayrıca, “tapu kütüğünün beyanlar hanesine şerh konulur” ifadesi bilimsel açıdan isabetsizdir. Diğer taraftan, dördüncü fıkrada, mirasçıların, bildirim yapıldığı tarihten itibaren değer artışına istinaden talepte bulunması için altmış günlük hak düşümü süresi öngörülmesi yerinde

Mahkeme kararıyla tarım arazisinin mülkiyetini kazanan mirasçının, kazandığı mülkiyet hakkı üzerinde tasarruf hakkını kısıtlayan bir hükme Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu durum, ehil mirasçının, kanunun bazı avantajlarından yararlanarak gelir değeri üzerinden kazandığı mülkiyeti, genellikle gelir değerinden daha yüksek olan sürüm değerinden başkalarına devretmesine sebep olabilmektedir. Buna karşılık, İsviçre hukukunda, kendisine tarım arazisinin mülkiyeti verilen mirasçı, tescil veya mahkeme kararının kesinleşmesinden itibaren on yıl içinde ancak diğer mirasçıların onayıyla tarım arazisinin mülkiyetini üçüncü kişilere devredebilmektedir (BGB.m.23/I)¹²⁹.

Diğer taraftan, tarım arazilerinin korunması için Bakanlık'a bazı yetkiler verilmiştir. Gerçekten, TKAKK.m.8/K'ya göre, *“Bakanlık, yeter gelirli tarımsal arazileri ekonomik, ekolojik ve sosyal açıdan azami oranda verimli kılmak ve yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünü artırmak için gerekli tedbirleri alır. Ayrıca; tarım arazilerinin değerinin tespiti, kredi temini, ortakçılık, yarıcılık, kiracılık işlerinin düzenlenmesi, kira bedellerinin tespiti ve üretime yönlendirilmesi, arz talep listelerinin oluşturulması, alıcı, satıcı ve kiracıların anlaşmaları konusunda doğrudan aracılık yapılması, bu alanda ilgili kamu idareleri ile yürütülecek politikalar konusunda iş birliği yapılması ve kredi işlemlerine teknik destek sağlanması gibi iş ve işlemleri yapar veya yaptırır. Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak, ihtiyaç duyulması hâlinde, yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğünün altındaki tarımsal arazileri yeter gelirli tarımsal arazi büyüklüğüne çıkarmak veya mülkiyetten kaynaklanan ihtilafları gidermek amacıyla kamulaştırma, alım ile satım işlemleri Bakanlığın talebi üzerine Maliye Bakanlığınca ilgili mevzuatına göre yerine getirilir. Kamulaştırma ve alım işlemleri gerektiğinde Hazineye ait taşınmazların trampası suretiyle de yapılabilir”*.

olmamıştır. Zira, burada, kanunda öngörülmeleyen bir hak düşümü süresinin yönetmelikte düzenlendiği görülmektedir. Bu nedenle, somut uyuşmazlıklarda hâkimin bu hak düşümü süresini dikkate almadan, mirasçının hakkını kullanmasına izin vermesi gerektiği ileri sürülebilir. Bkz., **Özçelik**, s. 101, 102.

¹²⁹ **Özçelik**, s. 98.

V. SONUÇ

Tarih boyunca önemini kaybetmeyen toprak, günümüzde de büyük bir öneme sahiptir. Artan insan sayısına karşın toprak miktarının sınırlı olması, ülkeleri, toprağın verimli bir şekilde kullanılması konusunda tedbirler almaya zorlamıştır. Toprağı verimsizleştiren faktörlerin başında, tarım arazilerinin küçülmesi gelmektedir. Gerçekten, küçülen tarım arazileri üzerinde tarım yapılması hâlinde, tarım giderlerinin fazla olmasına karşın ziraî gelir bir ailenin geçimini sağlayamayacak kadar az olabilmektedir. Bu durum, tarımla uğraşan ailelerin tarımdan vazgeçerek diğer sektörlere yönelmelerine neden olmaktadır. Böylece, ziraî üretim düşmekte, tarım arazileri âtıl hâle gelmektedir.

Tarım arazilerinin küçülmesine neden olan hâllerden en önemlisi, tarım arazilerinin miras yoluyla mirasçılara intikalidir. Miras hukukuna egemen olan eşitlik ilkesinin mirasın paylaşılmasında kendisini göstermesinin bir sonucu olarak, tarım arazilerinin mirasçılar arasında eşit bir şekilde paylaşılması gerekmektedir. Ancak, birçok ülkede olduğu gibi, ülkemizde de tarım işletmelerinin miras yoluyla intikali miras hukukunun genel paylaşma kurallarından ayrı hükümlere tâbi tutulmuştur. Ancak, söz konusu hükümler, tarım işletmelerinin küçülmesini engelleyemedi. Zira, anılan hükümler, emredici değil, tamamlayıcı hükümlerdi. Bu sebeple, tarım işletmelerinin belirli bir büyüklüğün altına inmesini engellemek için Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanununda asgarî tarım arazisi büyüklükleri belirlenmiş ve tarım arazilerinin bu büyüklüklerin altına bölünmesi engellenmişti. Yine de, tarım işletmelerinin bölünmesi engellenememişti.

Tüm bu nedenlerle, 6537 sayılı Kanun ile Toprak Koruma ve Arazi Koruma Kanununda değişiklik yapılmış ve Medenî Kanunun on maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikte, tarım işletmelerinin yazılı olduğu bir sicilin bulunmaması ve tespitin zorluğu nedeniyle tarım arazileri merkeze alınmıştır. Ancak, kanun tarafından tarım arazilerinin merkeze alınmasından sonra, tarım dışı arazilerin ve bunların üzerindeki yapıların, yan sınaî işletmelerin bu arazi ile ekonomik bütünlük içinde olup olmadığını tespit etmek zorlaşmaktadır. Bu nedenle, tarım arazilerinin merkeze alınması yerine, tıpkı ticarî işletmelerde olduğu gibi, tarım işletmelerinin yazıldığı bir sicilin düzenlenmesi, tarım

işletmelerinin talebe bağlı olunmaksızın bu sicile kaydının zorunlu olması ve nihayet sicile kayıtlı olan tarım işletmelerinin maliki öldüğü zaman kanundaki emredici hükümlere göre devrinin gerçekleşeceği düzenlenebilirdi.

Ayrıca, tarım arazilerinin bölünmeksizin özgülenmesi emredici hâle gelmiştir. Bu kanunla, mirasçılara bir yıllık süre verilmiş ve bu süre içerisinde tarım arazisinin devrinin gerçekleştirilmesi emredilmiştir. Belirtilen süre içerisinde tarım arazisinin özgülenmesi gerçekleşmemişse, mirasçılara süre tanındıktan sonra Gıda, Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı tarafından dava açılacağı düzenlenmiştir. Bu konuda Bakanlığın takdir hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, kanunda belirtilen bir yıllık sürenin dolması, hakkın talep edilmesinin imkânsızlaşmasına veya sona ermesine neden olmaz.

6537 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, tarım arazilerinin satışı hâlinde sınırdaş arazi maliklerine ve aile malları ortaklığına ait bir tarım arazisi üzerindeki payın satılması hâlinde diğer paydaşlara önalım hakkı tanınmıştır. Ancak, aile malları ortaklığında malikler ortaklığa ait olan eşyalar üzerinde elbirliği ile maliktirler. Ayrıca, yasal önalım hakkı, eşya hukukunda paylı mülkiyette söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, tarım arazisine elbirliği ile malik olanlardan birisinin veya sınırdaş arazi malikinin önalım hakkını kullanması, genel prensiplerle tam olarak uyumuna da tarım arazilerinin fiziksel olarak büyümesine katkı sağlayacağı söylenebilir.

KAYNAKLAR***

Acar, Faruk: Miras Hukukunda Paylaşma Kuralı, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 1, 2006, s. 121-159.

Aral, Fahrettin: Türk Medenî Hukukunda Mirasın Taksimi Davası, Ankara 1979.

*** Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıfları ayırmak için kullanılan kısaltmalar ilgili eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

Aras, Bahattin: Yeni Türk Medeni Kanununa Göre Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, *Adalet Dergisi*, S. 18, 2004, s. 134-161.

Atalay, İbrahim Orkun: Avrupa Birliği Ortak Tarım Politikası, *Kazancı Hukuk İşletme ve Maliye Bilimleri Dergisi*, S. 2, 2004, s. 58-82.

Ayan, Mehmet: *Miras Hukuku*, 8. Baskı, Konya 2015.

Aybay, Aydın: Türk Medenî Kanunu'nun Miras Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, 2002, s. 135-143.

Aygün, Mustafa: Bir İnançları Birleştirme Kararı ve Miras Paylaşım Sözleşmesi (MK.m.611/II), *Adalet Dergisi*, S. 1, 1982, s. 43-61.

Bağatur, M. Çağrı: Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Y. 1999, S. 3, Ankara 1999, s. 858-878.

Berki, Şakir: *Toprak Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 1967 (Berki, *Toprak Hukuku*).

Berki, Şakir: *Türkiyede Toprak Davası ve Mevzuat Karşısında Toprak Rejimi*, Ankara 1970 (Berki, *Toprak Rejimi*).

Cansel, Erol: Ziraat İşletmesinin Geçirmekte Olduğu Değişmeler Karşısında İsviçre ve Türk Hukuklarının Durumu, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1-4, 1953, s. 645-665.

Cin, Halil: *Eski ve Yeni Türk Hukukunda Tarım Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali*, Ankara 1979.

Dural, Mustafa / Öz, Turgut: *Türk Özel Hukuku*, C. 4, *Miras Hukuku*, Yenilenmiş 8. Baskı, İstanbul 2015.

Düren, Akın: *Toprak Hukuku Dersleri*, Ankara 1972.

Ekecik, Şükran: *Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu Üzerine Bir İnceleme*, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 2, S. 1-2, 2007, s. 263-290.

Eren, Fikret / Başpınar, Veysel: *Toprak Hukuku*, 3. Baskı, Ankara 2007 (Eren / Başpınar, 3. Baskı).

Eren, Fikret / Başpınar, Veysel: *Toprak Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2014 (Eren / Başpınar, 4. Baskı).

Eren, Fikret: Medeni Kanun ve Toprak-Tarım Reformu Kanunu Açısından Tarım İşletmelerinin Tahsis Şartları, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C. 1, 1975, s. 149-191 (Eren, Tahsis Şartları).

Eren, Fikret: Miras Açıldıktan Sonra Miras Hissesinin Devri Sözleşmesi, Tahsin Bekir Balta'ya Armağan, Ankara 1974, s. 132-151 (Eren, Sözleşme).

Gökçe, Ziya: Tarımsal İşletmenin Tahsisi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 2, 2001, s. 831-893.

Hatemi, Hüseyin: Miras Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 2014.

İmre, Zahit / **Erman**, Hasan: Miras Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2015.

İmre, Zahit: Mirasın Taksimi Sözleşmesinin Şekil Şartı ve Türk Medenî Hukukunun Buna İlişkin Meseleleri, Onar Armağanı, İstanbul 1977, s. 359-382.

İnan, Ali Naim / **Ertas**, Şeref / **Albaş**, Hakan: Miras Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2006.

Kessler, Gerard: Avrupa'da Ziraat Rejimleri ve Ziraat Reformları, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 4, 1944, s. 411-451.

Kılıç, Mehmet: Avrupa Birliği'ne Uyum Sürecinde Türk Tarım Hukuku: Mevcut Durum, Son Gelişmeler ve Yaklaşımlar, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, C. 9, S. 2, 2010, s. 67-92.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2013 (Kılıçoğlu, Miras Hukuku).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Miras Taksim Sözleşmesi, Ankara 1989 (Kılıçoğlu, Taksim).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978.

Köprülü, Bülent: Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1985 (Köprülü, Miras).

Köprülü, Bülent: Toprak Hukuku Dersleri, İstanbul 1958 (Köprülü, Toprak).

Mülayim, Ziya Gökalp: Tarımsal Değer Biçme ve Bilirkişilik, 2. Baskı, Ankara 2001.

Öktem, A. Vural: Türkiye’de Zirai İşletmeler ve Prodüktivite, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 1966, s. 61-89.

Özay, Osman Levent: Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali, Ankara 2015.

Özçelik, Ş. Barış: 5403 Sayılı Toprak Koruma ve Arazi Kullanımı Kanunu’nda 6537 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişiklikler ve Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, S. 1, 2015, s. 87-110.

Öztan, Bilge: Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2008.

Reisoğlu, Safa: İsviçre’de Zirai Gayrimenkullerin Hukuki Rejimi, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 4, 1960, s. 199-224.

Sağlam, İpek: Tarımsal İşletmelerin Özgülenmesi Sorunu ve Bu Sorunun Tarım Reformu Açısından Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16, S. 1-2, 2010, s. 201-231.

Saymen, Ferid H.: Zirai Miras Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 4, S. 4, 1944, s. 355-388.

Serozan, Rona / **Engin**, Baki İlkay: Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.

Tunçomağ, Kenan: İsviçre Zirai Miras Hukuku, İstanbul Barosu Dergisi, C. 23, S. 10, 1954, s. 513-531 (Tunçomağ, İsviçre).

Tunçomağ, Kenan: Zirai Gayrimenkullerin Mirasçılara İntikali Sureti, İstanbul Barosu Dergisi, C. 27, S. 2, 1593, s. 73-97 (Tunçomağ, Zirai).

Ünal, Mehmet: Tarımsal Toprakların Miras Yoluyla Parçalanması ve Bunun Ekonomik Zararları, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 1990, s. 103-108.

Yavuz, Fehmi: Toprak ya da Tarım Reformu, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, C. 22, S. 2, 1967, s. 29-41.

Zevkliler, Aydın: Toprak Reformunun Yeni Medeni Kanunu İlgilendiren Yönleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 26, S. 3-4, 1969, s. 253-270 (Zevkliler, Toprak).

Zevkliler, Aydın: Türk Miras Hukukunda Tarımsal İşletmelerin Tahsisi, Ankara 1970 (Zevkliler, Tahsis).

ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESCİLE ZORLAMA DAVASININ AÇILABİLECEĞİ ÇEŞİTLİ İHTİMALLER

Arş. Gör. Hüseyin TOKAT*

THE VARIOUS SITUATIONS WHERE THE LAWSUIT TO COMPELL REGISTRATION CAN BE FILED IN THE CONSTRUCTION AGREEMENTS IN RETURN FOR LAND SHARE

ÖZET

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle, arsa sahibi, arsa paylarının bir bölümünü müteahhide geçirme borcu altına girmekte buna karşılık müteahhit ise, mülkiyeti kendisine devredilecek olan arsa paylarının karşılığı olarak bağımsız bölümler inşa etmeyi taahhüt etmekte ve bu inşa etmiş olduğu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları teslim etmeyi borçlanmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, kanunla düzenlenmemiş olmasına karşın, borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan, anılan sözleşme, çeşit ve kapsam olarak çeşitli

* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

şekillerde yapılabilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan kişi malikten tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Malikin tescil talebine yanaşmaması hâlinde ise, çeşitli ihtimallere göre arsa sahibi, müteahhit ve üçüncü kişi mülkiyetin geçirilmesi amacıyla tescile zorlama davası açabilir. Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Tescile zorlama davasının taraflarını, tescile zorlama davasının açılabilceği çeşitli ihtimallere göre, arsa sahibi, müteahhit ve üçüncü kişi oluşturur. Tescile zorlama davasının hukukî niteliği ise, bir alacak davasıdır. Bu nedenle, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbidir.

ANAHTAR KELİMELEER: *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Tescile Zorlama Davası, Tescile Zorlama Davasının Açılabilceği Çeşitli İhtimaller, Tescile Zorlama Davasının Tarafları, İnşaat sözleşmesi.*

ABSTRACT

Under construction agreements in return for land share, the land owner undertakes to transfer a certain amount of its land share to the contractor while the contractor undertakes to build condominium units and to deliver such condominium units to the land owner in return for the land shares acquired from the land owner. Although construction agreements in return for land share are not specifically regulated under any piece of legislation, such contracts can be constructed as a result of the principle of freedom of contract which is one of the principles applicable in the sphere of the law of obligations. Therefore, such contracts can be constructed in various ways in terms of their content and scope. It is possible to demand from the land owner the registration of ownership before the land registry relying on construction agreements in return for land share. In the event that the land owner does not procure registration of the ownership of the contractor or a third party, such persons may seek registration of their ownership before a court. A decision to be rendered by a judge in the face of such claim would be deemed as a constructive ruling. The parties of a lawsuit to compel registration would be, depending on the various situations where such lawsuit can be filed, the land owner, contractor and the third party. A lawsuit to compel registration would be classified as a debt enforcement

action and therefore the applicable statute of limitations would be the general statutory statute of limitations of 10 years.

KEYWORDS: *Construction Agreements In Return For Land Share, A Lawsuit To Compell Registration, The Various Situations Where Lawsuit To Compell Registration Can Be Filed, The Parties Of A Lawsuit To Compell Registration, Construction Contract.*

I. GİRİŞ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulamada çok sık başvurulan bir sözleşme olduğu söylenebilir. Zira, anılan sözleşmeyle, arsası olan fakat inşaat yapacak yeterli parası olmayan arsa sahibiyle parası olan fakat arsası olmayan müteahhit anlaşarak karşılıklı çıkarlarını gerçekleştirmektedirler. Anılan sözleşmeyle, arsa sahibi, arsası üzerinde yapılacak bağımsız bölümlerden bir kısmını müteahhide devretme karşılığında bağımsız bölümlere sahip olacaktır. Müteahhit ise, arsa sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmanın karşılığı olarak kendisine devredilen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak gelir elde etmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulamada çok sık başvurulmasının sonucu olarak bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara da çok sık rastlanılmaktadır. Bu uyuşmazlıklardan biri de anılan sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devrinin gerçekleşmemesidir. Bununla birlikte, anılan sözleşmeye, çoğu zaman üçüncü kişilerin de katılmasıyla birlikte sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri devir talebinin kimler tarafından kimlere karşı ileri sürülebileceğinin tespitinde güçlük yaşanmaktadır. Gerçekten, anılan sözleşmede, tescile zorlama davasının taraflarını, tescile zorlama davasının açılabilceği çeşitli ihtimallere göre, arsa sahibi, müteahhit ve üçüncü kişiler oluşturmaktadır.

Bu bakımdan, anılan sözleşmede, borcun ifasının tam olarak gerçekleşip gerçekleşmediği, ifa zamanının gelip gelmediği gibi hususlar önem taşımaktadır. Öte yandan, anılan sözleşmenin, hukukî niteliğinin de tartışmalı olması ve kabul edilecek görüşe göre tescile zorlama davasının açılıp açılmayacağı hususunun değişmesi bu çalışmanın yapılmasında etkili olmuştur.

Bu nedenle, bu çalışma, öncelikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurlarını, hukukî niteliğini, gerçekleştirilme şekillerini ve şeklini konuyla bağlantılı olarak ele almakta olup sonraki bölümde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tescile zorlama davası, bilhassa, tescile zorlama davasının açılabilceği çeşitli ihtimaller incelenmiştir. Fakat hemen ifade edelim ki, tescile zorlama davasının uygulama alanı çalışmada belirtilen ihtimallerle sınırlı değildir. Bu bakımdan, çalışma, tescile zorlama davasının açılabilceği ihtimalleri, sınırlayıcı bir şekilde ele almayıp uygulamada en çok karşılaşılan ihtimalleri ele almayı amaçlamaktadır.

II. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, HUKUKÎ NİTELİĞİ, KURULUŞ ŞEKİLLERİ, ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

A) ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi¹, kanunla düzenlenmemiş olmasına karşılık, borçlar hukukuna hâkim olan ilkelerden sözleşme

¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uygulamada, “inşaat sözleşmesi”, “kat yapım sözleşmesi”, “arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi”, “kat karşılığı inşaat sözleşmesi”, “taşınmaz satışı ve inşaat sözleşmesi” gibi değişik isimlerle ifade edilmektedir. Bkz., **Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014, s. 1066; **Erman**, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010, s. 1, dn. 1; **Kartal**, Bilâl, Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, 1983, s. 96-113, s. 97. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin benzer sözleşmelerden farkı için bkz., **Kaya**, Özgür Katip, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993, s. 29-32; **Arıkan**, Mustafa / **Erdoğan**, Kemal, Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiye Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 34, 2015, s. 145-172, s. 146. Medenî Kanununun 1009 uncu maddesinde, “arsa payı karşılığı inşaat... sözleşmeleri”nden bahsedildiği için bu çalışmada “arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi” terimi tercih edilmiştir.

özgürlüğünün² bir görünümü olan sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır³. Bu nedenle, kanunda düzenlenmiş bir tanımı mevcut değildir. Öğretide, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, tarafların karşılıklı borçları göz önünde bulundurularak tanımlanabileceği ifade edilmektedir⁴.

- ² Sözleşme özgürlüğü için bkz., **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 77-82; **Ayan**, Mehmet, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 32-38; **Yıldırım**, Abdülkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 6; **Tekinay**, Selâhattin Sulhi / **Akman**, Sermet / **Burcuoğlu**, Halûk / **Altıp**, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 59-61; **Oğuzman**, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 11. Baskı, İstanbul 2013, s. 24-29; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 297 vd.; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 14 vd.; **Zevkililer**, Aydın / **Ertaş**, Şeref / **Havutçu**, Ayşe / **Aydoğdu**, Murat / **Cumaloğlu**, Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir 2013, s. 118-120; **İnan**, Ali Naim / **Yücel**, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 76-77; **Antalya**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 53-56.
- ³ **Kanber**, Kemal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1997, s.36-47, s. 36.
- ⁴ **Özmen**, Etem Saba / **Akçura-Karaman**, Tuba, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88. S. 1, 2013, s. 47-75, s. 47; **Yavuz / Acar / Özen**'e göre, "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (arsa sahibinin) arsası üzerinde ve arsadaki belli payların mülkiyetine karşılık bağımsız bölümler inşa etmek suretiyle bütünlük arz eden bina yapma borcu altına girmekte ve bunlar arasında bu hususları konu edinen bir anlaşma yapılmaktadır" (bkz., **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1066-1067). **Erman** ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini, "arsa sahibinin belirli paylarının mülkiyetini, müteahhidin arsa üzerinde inşa edeceği binanın belirlenen bağımsız bölümlerinin teslimi karşılığında, müteahhide devretmeyi taahhüt etmesidir" şeklinde tanımlamaktadır (bkz., **Erman**, Sözleşme, s. 1).

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin, arsa paylarının bir bölümünü müteahhide geçirme borcu altına girdiği buna karşılık müteahhidin ise, mülkiyeti kendisine devredilecek olan arsa paylarının karşılığı olarak bağımsız bölümler inşa etmeyi taahhüt ettiği ve bu inşa etmiş olduğu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları teslim etmeyi borçlandığı sözleşmedir⁵. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları, “*arsa sahibinin belirli arsa paylarının mülkiyetini devir borcu altına girmesi*”, “*müteahhidin inşaat yapma borcu altına girmesi*” ve “*arsa sahibi ile müteahhit arasında anlaşma*”dır⁶.

⁵ **Kırca**, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler - Tartışmalar), Ankara 2007, s. 81; **Kurşat**, Zekeriya, İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2014, s. 752; **Coşkun**, Gürkan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu, Ankara 2010, s. 25; **Yener**, Mehmet Deniz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011, s. 4; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 113; **Sarı**, Suat, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, 2006, s. 273-300, s. 276; **Reisoğlu**, Safa, Arsa Payı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, C. 24, S. 2 (Seza Reisoğlu'na Armağan Sayısı), 2007, s. 5-17, s. 5; **Erman**, Sözleşme, s. 1-2; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1066-1067; **Kocaağa**, Köksal, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, s. 86-104, s. 86; **Durak**, Yasemin, Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 (Özel Sayı), 2015, s. 207-252, s. 208; **Yücel**, Özge, Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz Veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 2, 2013, s. 539-563, s. 541; **Özmen / Akçura-Karaman**, s. 47.

⁶ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin unsurları için bkz., **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1067-1069; **Erman**, Sözleşme, s. 2-4; **Durak**, s. 209-211.

B) ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ifade edilebilir. Anılan sözleşmeyle, arsa sahibi, arsa paylarının bir bölümünü müteahhide geçirme borcu altına girmekte buna karşılık müteahhit ise, mülkiyeti kendisine devredilecek olan arsa paylarının karşılığı olarak bağımsız bölümler inşa etmeyi taahhüt etmekte ve bu inşa etmiş olduğu bağımsız bölümlerden arsa sahibine ait olanları teslim etmeyi borçlanmaktadır⁷. Bu nedenle, sözleşme ile aksi kararlaştırılmamışsa, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, taraflardan birinin borcunun diğer tarafın borcunun karşılığını oluşturduğu ve bu bakımdan, anılan sözleşmenin her iki tarafının da hem alacaklı hem de borçlu olduğu ifade edilmektedir⁸.

Öte yandan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, “*taşınmaz satım sözleşmesi*” ve “*eser sözleşmesi*”ne ilişkin unsurlar birleştiği için,

⁷ **Durak**, s. 213; **Erman**, Sözleşme, s. 1-2; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1066-1067; **Kırca**, s. 81; **Kurşat**, s. 752; **Coşkun**, s. 25; **Yener**, Temerrüt, s. 4; **Gümüş**, II, s. 113; **Sarı**, s. 276; **Kanber**, s. 37; **Reisoğlu**, s. 5.

⁸ **Durak**, s. 213; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1073; **Erman**, Sözleşme, s. 4. Karşılıklı sözleşmelerin bu özelliği için bkz., **Kaneti**, Selim, Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962, s. 47. Ayrıca bkz., 14.HD. 3.7.2003, E.2003/4696 K.2003/5639, “... Kural olarak kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici kendisine karşı edimini yerine getirdiğinde de edimi karşılığı yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu ona devretmek ile yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektedir. ...” (**Yavuz / Acar / Özen**, s. 1074, dn. 30); 15.HD. 14.2.1994, E.1993/5253 K.1994/764, “... Her iki dava aynı inşaat sözleşmesinden kaynaklanmakta olup karşılıklı edimleri içeren bu sözleşmeden dolayı her iki taraf karşılıklı olarak birbirlerinden edimlerinin ifasını istemişlerdir. Bu nedenle, bir tarafın edimi diğer tarafın alacağını oluşturduğundan her iki davanın birlikte görülüp hükme bağlanması edim ve karşı edim ilişkisinin zorunlu bir sonucudur. ...” (www.hukukturk.net, Erişim Tarihi: 15.12.2015). Ayrıca bkz., **Erman**, Sözleşme, s. 4.

anılan sözleşmenin, karma bir sözleşme olduğu söylenebilir⁹. Gerçekten, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin borcu, “*taşınmaz mülkiyetini geçirmek*” iken, müteahhidin borcu ise “*eser yapmak ve yapılan bağımsız bölümü devretmek*”tir. Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, “*taşınmaz satım sözleşmesi*” ve “*eser sözleşmesi*”ne ilişkin unsurların kanunun öngörmediği bir tarzda birleştiği söylenebilir¹⁰. Dolayısıyla, taşınmaz satım sözleşmesi veya eser sözleşmesinden yalnız birine ait unsurların olması hâlinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Zira, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, bağımsız bölümler

⁹ **Erman**, Hasan, Karar İncelemesi: Arsa Payı İnşaat sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 507-517, s. 511; **Yaşar**, Halis, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 289-322; s. 291; **Erman**, Sözleşme, s. 4; **Kanber**, s. 36; **Ayan**, Borçlar, s. 161; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1071-1072; **Durak**, s. 211; **Coşkun**, s. 26; **Gümüş**, II, s. 113; **Kartal**, I, s. 112; **Sarı**, s. 276; **Kırca**, s. 81; **Kurşat**, s. 752; **Reisoğlu**, s. 9; **Özmen / Akçura-Karaman**, s. 50. Yargıtay anılan sözleşmeyi “*iki tipli karma sözleşme*” olarak ifade etmektedir. Bkz., 15.HD. 17.5.1982, E.1982/573 K.1982/1184, “... Taraflar arsa karşılığında kat yapımı konusunda anlaşarak sözleşme yapmış olup, bu gibi sözleşmeler iki tipli karma sözleşmelerdir. ...” (**Erman**, Sözleşme, s. 5, dn. 8; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1071, dn. 22). 14.HD. 14.3.2011, E.2011/1958 K.2011/3194, “... arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, bina yapım işini üstlenmekte, yüklenicinin finansını sağlayarak yapacağı bu binaya karşılık arsa sahibi de ona arsa payı mülkiyeti geçirmektedir. Bu niteliği itibarıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, iki tipli karma bir sözleşmedir. Burada eser sözleşmesinin konusu olan inşaat yapımı edimi ile gayrimenkul satım sözleşmelerindeki mülkiyet nakli edimi bir araya gelmektedir. ...” (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 16.12.2015).

¹⁰ **Özmen / Akçura-Karaman**, s. 50-51; **Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015, s. 19; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1071; **Erman**, Sözleşme, s. 4-5; **Arıkan / Erdoğan**, s. 147; **Durak**, s. 211.

tamamlanmadan arsa paylarının satışını istememekte, müteahhit de arsa payları olmadan bir inşaat yapmayı taahhüt etmemektedir¹¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi karma bir sözleşme olarak kabul edildiği için, anılan sözleşmeye hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda öğretide çeşitli görüşler söz konusudur¹². Öğretideki baskın görüşe göre, karma sözleşmelere, kanunda düzenlenmiş sözleşmelere ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir¹³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin anî edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususu öğretide tartışmalıdır. Bu tartışmaya tescile zorlama davasının açılacağı ihtimaller başlığında değinildiği için bu husustan burada bahsedilmemiştir.

¹¹ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1071; **Erman**, Sözleşme, s. 6; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 19; **Durak**, s. 211.

¹² Karma sözleşmelere uygulanacak hükümler konusundaki görüşler için bkz., **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 877-881; **Gümüş**, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 12-13; **Aydoğdu**, Murat / **Kahveci**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gözönüne Alınarak Şema ve Tablolarla Açıklamalı Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2014, s. 40-41; **Kartal**, Bilâl, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (II), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 3, 1983, s. 329-353, s. 329-330; **Oktay**, Saibe, İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296, s. 276-277; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 21; **Ayan**, Borçlar, s. 162; **Erman**, Sözleşme, s. 7, dn. 7; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 28-29.

¹³ **Eren**, Özel, s. 881; **Coşkun**, s. 26; **Aydoğdu / Kahveci**, s. 41; **Erman**, Sözleşme, s. 7; **Durak**, s. 212. Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde inşaat yapımına ilişkin hususlarda eser sözleşmesine ait hükümlerin, arsa payının devrine ilişkin hususlarda satım sözleşmesinin uygulanacağı yönündeki kararları öğretide eleştirilmektedir. Eleştiriler için bkz., **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1072, **Erman**, Sözleşme, s. 8; **Kartal**, I, s. 113.

C) ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN KURULUŞ ŞEKİLLERİ

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, sözleşme özgürlüğünün bir görünümü olan sözleşmenin içeriğini belirleme serbestisinin sonucu olarak ortaya çıktığı için, çeşit ve kapsam olarak çeşitli şekillerde yapılabilir. Öncelikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, belirli arsa paylarının müteahhide devri suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu ihtimalde arsa sahibi, kat irtifakı¹⁴ kurulmuş olan veya olmayan arsasından ileride bağımsız bölümlere özgülenecek belli payların mülkiyetini tapuda müteahhide devretmektedir¹⁵. Bu ihtimalde arsa sahibinin, belirli arsa paylarının mülkiyetini başlangıçta müteahhide devretmek suretiyle edimini ifa etmektedir. Bu bakımdan, uygulamada, arsa sahibinin haklarının güvence altına alınabilmesi için, müteahhide devredilen belirli paylar üzerinde arsa sahibi lehine ipotek kurulmaktadır. Tesis edilen bu ipotek ise, inşaatın ulaştığı aşamalara paralel olarak kısım kısım kaldırılmaktadır¹⁶.

¹⁴ Kat irtifakı, kat mülkiyeti kurma borcunun eşyaya bağlı borç hâline getirilip aynileştirilmesi olarak ifade edilmektedir (bkz., **Serozan**, Rona, Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul 2014, s. 52).

¹⁵ **Kartal**, I, s. 104; **Gümüş**, II, s. 115; **Erman**, Sözleşme, s. 12; **Gümüş**, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Baskı, 2007, s. 117; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1074; **Coşkun**, s. 29; **Durak**, s. 215.

¹⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1074; **Gümüş**, Şerh, 117; **Kartal**, I, s. 104; **Erman**, Sözleşme, s. 12; **Durak**, s. 215; **Gümüş**, II, s. 115. Ayrıca bkz., 14.HD. 17.6.1980, E.1980/2442 K.1980/3414, "... Davacılar 1554 ada 294 parsel sayılı taşınmazlarında kat irtifakı tesis ederek 1.kata tekabül eden 102/498 payı davalıya satmışlar, arta kalan paya karşılık olan daireleri uhdelelerinde bırakmışlardır. Bu arada ana taşınmazın 1/4 payının intifa hakkı H. 'ye ait olup adı geçeni herhangi bir isteğini karşılamak ve haleflerini zararlandırıcı eylemden korumak için davalı banka lehine kendi daireleri üzerine 350.000 liralık teminat ipoteği tesis etmişlerdir. Davacılar vekili, mevcut teminat ipoteği nedeniyle müvekkillerinin dairelerini satamadıklarını, bu yüzden zarar gördüklerini bildirerek davalı lehine olan ipoteğin bir daire üzerinde toplanmasını ve diğer dairelerin takyidden kurtarılması istemiştir. Bugünkü ekonomik koşullar karşısında, bir veya iki dairenin değeri dava konusu ipoteğin bedelini karşılayabilir. F. davalılara

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsanın tamamının müteahhide devri suretiyle de gerçekleştirilebilir¹⁷. Bu ihtimalde, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmasına gerek yoktur¹⁸. Anılan sözleşmede, müteahhit ve arsa sahibi, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler, bu bağımsız bölümlerin niteliği, inşaatın yapılması gereken süre ve diğer hususlar hakkında anlaşmaktadırlar¹⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsa sahibinin, arsa paylarının devrini müteahhide vaat etmesi ve müteahhidin de, arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir²⁰.

D) ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ VE ŞEKLE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi, kararlaştırılan bağımsız bölümlerin mülkiyetini müteahhide geçirmekte veya geçirilmesini taahhüt etmektedir. Bu nedenle, anılan sözleşmenin, Medenî Kanununun 706 ncı maddesinin birinci fıkrası, “*Taşınmaz*

ait daireler üzerinde ipotek kaydının bulunması, o dairelerin satışını engeller veya satış değerlerinin düşmesine neden olur. Bu durum ise, davacıları ekonomik bakımdan zarara uğrattır. Kendilerinden ipotek sözleşmesi koşullarına aynen uymalarını ve zararlandırıcı sonuçlarına katlanmalarını istemek, hak ve nesafet kuralları ile bağdaşamaz. Bu bakımdan davanın dinlenilmesi doğrudur. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 17.12.2015). Ayrıca bkz., **Kartal**, I, s. 104, dn. 12; **Erman**, Sözleşme, s. 12, dn. 23.

¹⁷ **Kartal**, I, s. 104-105; **Gümüş**, II, s. 114; **Erman**, Sözleşme, s. 11-12; **Gümüş**, Şerh, 115-116; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1075; **Arıkan / Erdoğan**, s. 148; **Durak**, s. 214.

¹⁸ **Gümüş**, II, s. 114; **Gümüş**, Şerh, 115; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1075; **Kartal**, I, s. 104; **Durak**, s. 214.

¹⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1075; **Gümüş**, Şerh, 115; **Kartal**, I, s. 104; **Erman**, Sözleşme, s. 12; **Gümüş**, II, s. 114; **Coşkun**, s. 28; **Durak**, s. 214-215.

²⁰ **Gümüş**, II, s. 114; **Gümüş**, Şerh, 119-120; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1076-1077; **Kartal**, I, s. 105-106; **Erman**, Sözleşme, s. 15; **Coşkun**, s. 31; **Arıkan / Erdoğan**, s. 148; **Durak**, s. 214.

mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmî şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.”, Türk Borçlar Kanununun 237 nci maddesinin birinci fıkrası “*Taşınmaz satışının geçerli olabilmesi için, sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi şarttır.*” ile Tapu Kanununun 26 ncı maddesi ve Noterlik Kanununun 60 ve 89 uncu maddelerinin birlikte değerlendirilmesi sonucunda resmî şekilde yapılması gerektiği ifade edilebilir²¹. Resmî şekli gerçekleştirecek olan makam, kural olarak tapu müdürlüğüdür. Buna karşılık, Noterlik Kanununun 60 ncı maddesinde noterin genel olarak yapabileceği işler arasında “*gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi yapmak*” da sayılmıştır²². Bu nedenle, Kat Mülkiyeti Kanunu çerçevesinde gerçekleştirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine ilişkin ön sözleşmenin de noterler tarafından yapılabileceği ifade edilebilir²³. Yargıtay ise, 24.04.1978 tarihli E.1978/3 K.1978/4 sayılı bir İçtihadı Birleştirme Kararı ile noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti²⁴ ya da

²¹ **Öz**, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 6; **Gümüş**, II, s. 116; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1077; **Sarı**, s. 279; **Erman**, Sözleşme, s. 17; **Durak**, s. 216; **Arıkan / Erdoğan**, s. 148. 15.HD. 15.11.2001, E.2001/3091 K.2001/5233, “...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bedel olarak arsanın (taşınmazın) muayyen bir payının mülkiyeti müteahhit üzerine geçirildiğinden veya geçirilmesi taahhüt edildiğinden Medeni Kanununun 634, Borçlar Kanununun 213, Tapu Kanununun 26, Noterlik Kanununun 60, 89 ve 634 Sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun 1, 10 ve 14. maddelerine göre sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 18.12.2015).

²² **Ulukapı**, Ömer / **Atalı**, Murat, Noterlik Hukuku, 3. Baskı, Konya 2013, s. 168.

²³ **Yener**, Mehmet Deniz, Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, 2007, s. 371-382, s. 372; **Kartal**, Bilâl, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 4, 1983, s. 551-568, s. 551-552; **Gümüş**, II, s. 116; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1078-1079; **Sarı**, s. 279; **Erman**, Sözleşme, 17-18; **Reisoğlu**, s. 9-10; **Kırca**, s. 81; **Arıkan / Erdoğan**, s. 148; **Durak**, s. 216.

²⁴ **Serozan**, kat mülkiyetini, “Arsanın ve yapının bütünleyici parçası niteliğini taşıyan ve bağımsızca oturmayaya elverişli sayılan yapı bölümleri ve onların

kat irtifakı satış vaatlerinin de geçerli olduğu, bu tür satış vaadi sözleşmelerinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmıştır²⁵.

Müteahhidin, arsa payı karşılığında kendisine devri öngörülen arsa paylarını isteme şeklindeki alacak hakkını, adına tescil yapılmadan önce üçüncü kişilere devretmesi hâlinde üçüncü kişi ile yapılacak olan bu sözleşmenin, âdi yazılı şekilde yapılmasının yeterli olduğu ifade edilebilir²⁶. Zira, müteahhit ile arsa sahibinin yaptığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının devrini müteahhide vaat etmesi durumunda müteahhidin sadece bir alacak hakkı vardır. Müteahhit, anılan sözleşme gereği sahip olduğu arsa paylarının temlikini isteme hakkını üçüncü bir kişiye çoğu zaman temlik etmektedir. Bu nedenle, Türk Borçlar Kanununun 184 üncü maddesinin, “*Alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır. Alacağın devri sözü verme, şekle bağlı değildir.*” şeklindeki hükmü gereğince müteahhidin üçüncü kişi ile yapacağı bu sözleşmenin adı yazılı şekilde yapılmasının yeterli olacağı söylenebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, resmî şekle uyulmadan yapılması hâlinde ise, kural olarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilir²⁷.

eklentileri üstünde, ortak yerlerdeki ve özellikle arsa üstündeki müşterek mülkiyet payı ile bağlantılı kendine özgü mülkiyet türüdür” şeklinde ifade etmiştir (bkz., **Serozan**, Eşya, s. 51).

²⁵ YİBK. 24.04.1978, E.1978/3 K.1978/4, “... 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra, ana taşınmazda henüz kat mülkiyeti ya da irtifakı kurulmadan önce, bağımsız bölüme ilişkin ve arsa payı ile bağlantılı veya bağlantısız, eş deyişle arsa payı belirlenmiş veya belirlenmemiş olarak noterlerce düzenlenen kat mülkiyeti ya da kat irtifakı satış vaadi sözleşmesinin geçerli olduğuna, bu tür bir satış vaadi sözleşmesinin tapu memurunca düzenlenmesinin zorunlu bulunmadığına. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 19.12.2015).

²⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1079; **Erman**, Sözleşme, s. 21; **Reisoğlu**, s. 13; **Arıkan / Erdoğan**, s. 149-150.

²⁷ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1082-1083; **Erman**, Sözleşme, s. 17-18; **Gümüş**, II, s. 116; **Yener**, Devir, s. 372; **Erman**, Karar, s. 507; **Arıkan / Erdoğan**, s. 149. YİBK. 30.9.1988, E.1987/2 K.1988/2, “... Gerçekten, Borçlar Kanununun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir

Bu husus, emredici nitelik taşır ve bu nedenle taraflar aksini kararlaştıramaz²⁸. Öte yandan, her ne kadar sözleşme kesin hükümsüzlük nedeniyle geçersiz olsa da şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, anılan sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyecektir. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı hususu ise, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.

Bu bakımdan, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin yerine getirilmesi hâlinde sonradan şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir²⁹. Ayrıca, geçersiz sözleşmeye

şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanunun 634. maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen "butlan" görüşüne karşı son yıllarda "kendine özgün geçersizlik görüşü" de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def'i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hakim tarafından re'sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de; İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hakim şekil noksanlığını (taraflar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re'sen gözönüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez, ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti gözönünde tutulamaz. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 20.12.2015).

²⁸ 14.HD. 14.3.2011, E.2011/1958 K.2011/3194, “... Kanun, sözleşmenin geçerliliği (sıhhati) için resmi şekil aradığından, emredici kural gereği, resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. ...” (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 20.12.2015).

²⁹ YİBK. 30.9.1988, E.1987/2 K.1988/2, “... Öncelikle "ifa sözüyle, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunu doğuran sözleşmede şekil noksanlığı veya

dayanarak müteahhidin kendisine teslim edilen arsa üzerinde inşaatı bitirmesine karşılık arsa sahibine ait olması gereken bağımsız bölümleri teslim etmeyip sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi de hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir³⁰.

şekilsizlik bulunmasına rağmen tapuda tescil işleminin yapılmış olması amaçlanmaktadır. Çünkü, taşınmaz mülkiyetini geçirme borcunun ifası tapuda yapılan bir tescil işlemi ile yerine getirilmiş olur. Taraflar şekle aykırı bir sözleşmeden doğan edimlerini her türlü yanılığın uzak bir şekilde bilerek ve isteyerek tümüyle yerine getirmişlerse (tapuda tescil işlemi yapılmışsa), bunun iadesinin istenmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği Yargıtay uygulamasıyla kabul edilmektedir (HGK.nun 11.3.1953 gün ve 2/9 sayılı; 10.9.1955 gün ve 1/62-63 sayılı Kararları...). Hukuk Genel kurulunun 21.3.1986 gün ve 14/541-257 sayılı kararında da aynı ilke benimsenmektedir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 22.12.2015).

³⁰ YİBK. 30.9.1988, E.1987/2 K.1988/2, "... 1965 yılında Kat Mülkiyeti Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra ülkemiz inşaat sektöründe hızlı bir ilerleme kaydedilmiş, eskiden hiç görülmeyen "kat karşılığı inşaat sözleşmesi" olarak adlandırılan yaygın bir sözleşme türü doğmuştur. Bu sözleşmelerle müteahhit (yüklenici), arsa (iş) sahibinin arsası üzerinde inşaat yapmayı üstlenmekte, buna karşılık inşaat bitince kendisine devir edilecek olan bazı daireleri (bağımsız bölümleri) bedel almaktadır. Ancak, müteahhit daha inşaat başlar başlamaz ileride mülkiyeti iş sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı inşaatın finansmanı için üçüncü kişilere geçersiz sözleşmelerle satmaktadır. Veyahutta bazı müteahhitler mülkiyeti kendilerine ait bulunan taşınmaza Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere inşaat yapımı sırasında inşaatı tamamlayabilmek için gerekli parayı temin amacıyla aynı şekilde geçersiz sözleşmelerle ve ileride satışa konu bağımsız bölümün tapusunu vereceği hususunda karşı tarafta tam bir güvence yaratarak satışlar yapmaktadırlar. İşte bu şekilde Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması; genellikle, aslında bağımsız bölümün satış bedeli satım tarihi itibarıyla uygun bulunduğu ve satıcı satış bedelinden inşaat sırasında yararlandığı halde, bu arada alıcının ödemiş olduğu para

III. ARSA PAYI KARŞIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESCİLE ZORLAMA DAVASI

A) GENEL OLARAK TESCİLE ZORLAMA DAVASI

Tescilin kendisinden beklenen sonucu sağlayabilmesi için, “geçerli bir hukukî sebebin mevcut olması” ve “yetkili kişi tarafından tescil talebinde bulunulması” gerekir³¹. Hukukî sebep çoğu zaman

değerinin enflasyon nedeniyle oldukça düşmesinden, buna mukabil satılan bağımsız bölümlerin değerlerinin tapuda devir edileceği zamanda fahiş oranda artmış bulunmasından ileri gelmektedir. Başka bir anlatımla, bunları düşünen satıcı (müteahhit) sözleşmeden sıyrılmanın yollarını aramakta ve yasanın öngördüğü resmi şekil şartına sığınarak mülkiyeti devir borcundan kaçınmaktadır. Satıcının bu tutumu ise; açıkca, şekil mecburiyeti koyan yasa hükmünden bu hususta korunmaya layık bir yararı olmaksızın yararlanmaya çalışma teşkil eder ve onun hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralını duraksamaya yer vermeyecek şekilde ihlal ettiğini gösterir. Oysa MK.nun 2 nci maddesinin ikinci fıkrasıyla, suistimal karakteri doğrudan doğruya aşıkâr olan hallerde hakların istimali kanuni mayeden mahrum bırakılmıştır. Böyle uyuşmazlıklarda, hakkın kötüye kullanılması yasağı kuralı değil, şekil şartı kuralı ihmal edilebilir. Zira İsviçreli Prof. MERZ'in de dediği gibi (Medeni Kanun Şerhi art. 2, Nr.21), şekli hukuktaki hakkı maddi adalet düşüncesi ve gerekleri sınırlar onu gerçek ölçülerine götürebilir, gerçek hak korunur, şekli veya görünen hak korunmaz. Gerçekten şekle ilişkin hükmün gayesi dışında menfaat temini yoluna gidilmek istenildiği durumlarda yargı hassas olmaya mecburdur. Zira hukuk ancak, meşru menfaatlerin tatminine yarar; başka bir şeye yaradığı takdirde ise mevcudiyet sebebini kaybeder. Öte yandan Medeni Kanununun 4. maddesi hükmüyle de hakim, adalete uygun karar vermeye çağrılmaktadır. O, menfaatların doğru ve adil bir muvazenesini yapmak ve gerçekleri gözetmek zorundadır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 23.12.2015).

³¹ **Oğuzman**, M. Kemal / **Özer**, Seliçi / **Oktay-Özdemir**, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 196; **Nomer**, Haluk Nami / **Ergüne**, Mehmet Serkan, Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2014, s. 107-111; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara 2015, s. 493; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016, s. 367-369. Tescilin kendisinden beklenen sonucu sağlayabilmesi için gerekli olan şartlar hususunda farklı bir

karşımıza hukukî işlem şeklinde çıkar³². Hukukî sebebe örnek olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gösterilebilir. Buna karşılık, tescile dayanak oluşturan hukukî sebebin hukukî işlem olmadığı durumlar da vardır³³. Örnek olarak, açılan tescile zorlama davası sonucunda verilen mahkeme ilâmı (MK.m.716) gösterilebilir. Aynî hakkın tescilden önce kazanıldığı hâllerde, tescil talebi aynî hakkı kazanan kişi (TST.m.17/I, c. 2) ya da onun adına resmî bir makam tarafından yapılır³⁴. Meselâ, açılan tescile zorlama davası sonucunda verilen mahkeme ilâmında tescil talebinin yetkili resmî makam tarafından yapılacağı ifade edilebilir³⁵.

Taşınmaz mülkiyetinin tescilden önce kazanılmasını sağlayan hâllerden birisi, Medenî Kanununun 716 ncı maddesi kapsamında açılmış bir tescile zorlama davası sonucunda verilen ve kesinleşen mahkeme kararıdır³⁶. Bu davaya “*ferağa icbar davası*” ya da “*tapu iptali ve tescil*”

sınıflandırma için bkz., **Akıntürk**, Turgut, Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009, s. 287; **Sirmen**, A. Lâle, Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015, s. 168; **Esener**, Turhan / **Güven**, Kudret, Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 130.

³² **Esener / Güven**, s. 131, 136; **Ayan**, I, s. 369; **Akıntürk**, s. 288; **Sirmen**, s. 177; **Eren**, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 208.

³³ **Ayan**, I, s. 368-370; **Akıntürk**, s. 288; **Esener / Güven**, s. 131. **Esener / Güven**, açıklayıcı tescillerde hukukî sebebin hukukî işlemten daha geniş bir kavram olan bir hukukî olay olduğunu ifade etmektedir (bkz., **Esener / Güven**, s. 136).

³⁴ **Ayan**, I, s. 379; **Akıntürk**, s. 297; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 199.

³⁵ **Ayan**, I, s. 379.

³⁶ **Esener / Güven**, s. 224; **Ayan**, Mehmet, Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 222; **Akıntürk**, s. 476; **Eren**, Mülkiyet, s. 251. YİBK. 11.2.1959, E.1958/10 K.1959/12, “... O halde şufa davasında davacının haklı olduğunu bildiren ilam, Medeni Kanununun 642. maddesi gereğince verilmiş bir hükmü ihtiva etmektedir. Bir gayrimenkul temlik borcunu doğuran akte dayanılarak ve Medeni Kanununun 642. maddesi hükmünce açılan bir dava sonunda verilen ilam ile mülkiyet, davalıdan davacıya geçer; zira, Medeni Kanununun 633. maddesi hükmünce hak sahibi mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verilmesini istemiş olduğu cihetle hakim de mülkiyetin davada haklı çıkan davacıya ait olduğuna karar verir.

davası” adı da verilmektedir³⁷. Medenî Kanununun 716 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “*mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir*”. Söz konusu maddede mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebep şeklinde genel bir ifade kullanıldığı için, malik aleyhine mülkiyeti devir yükümlülüğü öngören arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi de bu davaya esas teşkil edebilir³⁸. Bu bakımdan, mülkiyetin devri borcunu doğuran sözleşmelerden birine, meselâ, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan kişi, malikten tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanunun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Malik, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, malik, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda, alıcı ya da herhangi bir kazanma sebebi sahibi olan kimse, hâkimden mülkiyetin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte mülkiyet tescilden önce alıcı ya da herhangi bir kazanma sebebi sahibi olan kimseye geçer³⁹.

Öte yandan, MK.m.716’ya dayanan tescile zorlama davasının taşınmaz mülkiyetini devir borcunun borçlusuna karşı açılabilmesi için

Bu izahlardan anlaşılıyor ki, Medeni Kanunun 642. maddesi uyarınca hakimin verdiği hüküm, hukuki mahiyetçe yenilik doğuran (inşai veya ihdasi) bir hükümdür ve böyle bir hükme dayanan davacı, her zaman tapu kaydının kendi adına düzeltilmesini sağlamak üzere İcra Memuruna veya Medeni Kanunun 642. maddesinin ikinci fıkrası hükmünce doğrudan doğruya tapu memuruna başvurabilir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 25.12.2015).

³⁷ **Ayan, II**, s. 222-223.

³⁸ **Ayan, II**, s. 222-223.

³⁹ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404. **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, MK.m.716’ya göre açılan tescile zorlama davasının bir eda davası olduğunu; buna karşılık, verilen hükmün bir eda ilâmı olmayıp bir yenilik doğuran karar niteliğinde olduğunu ifade etmektedir (bkz., **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 405).

davanın açıldığı anda onun taşınmaza malik olması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰.

B) TESCİLE ZORLAMA DAVASININ AÇILABİLECEĞİ ÇEŞİTLİ İHTİMALLER

1- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, arsa sahibinin arsa paylarının devrini müteahhide vaat etmesi ve müteahhidin de arsa üzerinde bağımsız bölümler inşa ederek kararlaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmeyi taahhüt etmesi suretiyle gerçekleştirilebileceği ifade edilmiştir⁴¹.

Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin aslı borcunun anılan sözleşmede kararlaştırılan arsa paylarının müteahhide devredilmesi olduğu söylenebilir⁴². Müteahhit ve arsa sahibi, arsa sahibinin borcunu ifa edeceği zamanı sözleşmede kararlaştırabilirler. Taraflar ifa zamanı olarak, belirli bir tarihin yanı sıra inşaatın belirli bir aşamaya gelmesini⁴³ de kararlaştırabilirler⁴⁴. Bu bakımdan, anılan

⁴⁰ Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 404.

⁴¹ Bkz., II, D.

⁴² Erman, Sözleşme, s. 52; Yavuz / Acar / Özen, s. 1068; Kartal, I, s. 98-99.

⁴³ 15.HD. 29.5.1989, E.1988/3481 K.1989/2549, "... Davacı yüklenici, taraflar arasındaki sözleşme gereğince kendisine ayrılan 55/100 paya ilişkin tapunun iptali ile adına tescilini istemiştir. Gerçekten taraflar arasındaki 8.9.1986 tarihli sözleşmede davacının yapacağı inşaata karşılık kendisine 55/100 arsa payının verileceği öngörülmüş ise de daha sonra taraflar arasında yapılan 11.9.1987 tarihli protokolün 2/a maddesine inşaatın 5. normal katında tavan betonunun tamamen dökülmesinden sonra tahsis edilen dairelerden dördünün, (b) bendinde ise inşaatın dış sıvalarının tamamen bitirilmesi, astar sıvalarının tamamlanması, kapı ve pencere doğramalarının takılmasından sonra gereği kalan 7 daireden 2 sinin ipotekten ari olarak davacıya verileceği belirtilmiştir. Böylece sözleşmede kararlaştırılan arsa payının tesciline ilişkin hüküm tarafların iradeleri ile değiştirilmiş olduğundan uygulanma olanağı kalmamış bulunmaktadır. Bilirkişi aracılığı ile yapılan inceleme inşaatın % 67 sinin tamamlandığı

sözleşmede söz konusu ihtimal için arsa sahibi açısından ifa zamanı, müteahhidin borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkânının başladığı zamanı ifade eder⁴⁵.

Öte yandan, arsa maliki ve müteahhit, anılan sözleşmede, arsa paylarının devrinin ifa edileceği zaman bakımından bir karşılaştırma yapmamış olabilirler⁴⁶. Bu durumda, TBK.m.479 hükmünün uygulanması gerektiği söylenebilir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanununun 479 uncu maddesine göre, “*İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur (f.1). Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur (f.2)*”. Bu nedenle, arsa sahibinin arsa paylarını müteahhide devri borcunun, müteahhidin anılan sözleşmede karşılaştırılan bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesiyle birlikte muaccel olduğu diğer bir deyişle ifa zamanının geldiği kabul edilebilir⁴⁷. Yargıtay, müteahhidin borcunu ifa etmiş sayılabilmesi

anlaşılmaktadır. Buna rağmen taraflar arasındaki sözleşmenin taraflarca aynen ifası talep edilmiş olup feshi yolunda herhangi bir girişim yapılmamıştır. Öte yandan tarafların Kadıköy 8. Noterliğinde düzenledikleri 22.9.1987 tarih ve 56930 sayılı liste ile irtifak haklarını belirlemiş, hangi bağımsız bölümlerin kime isabet edeceği ayrı ayrı gösterilmiştir. O halde mahkemece tüm bu kanıtlar gözönünde tutularak inşaatın bulunduğu aşamaya göre davacı yükleniciye protokolde belirtildiği üzere hangi bağımsız bölümlerin verilmesi gerektiği saptanmalı ve sonucuna uygun bir karar verilmelidir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 25.12.2015).

⁴⁴ **Erman**, Sözleşme, s. 52.

⁴⁵ **Oğuzman / Öz**, s. 320-330.

⁴⁶ **Erman**, Sözleşme, s. 54. **Nomer**, ifa zamanının taraflarca karşılaştırılmaması hâlinde borcun borçlu tarafından hemen ifası edilebileceğini ve alacaklının da hemen borcunun ifasını isteyebileceğini ifade etmektedir (bkz., **Nomer**, Halûk N., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, 2015 İstanbul, s. 294).

⁴⁷ **Erman**, Sözleşme, s. 54. 15.HD. 10.12.2001, E.2001/4000 K.2001/5695, “... Taraflar arasındaki uyuşmazlık 11.5.1993 günlü "Gayri Menkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat" sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Buna göre davacı yüklenici davalı arsa sahibine ait 10 parsel üzerine tasdikli plan ve

için iskân ruhsatının alınmasını ve inşaatın imara uygun olmasını da ayrıca aramaktadır⁴⁸.

projesine uygun olarak 8 adet iş yeri yapımını üstlenmiş, davalı ise, 4 adet bağımsız bölüme karşılık gelen arsa payı devrini davacıya vadetmiştir. Anılan sözleşmenin 7. maddesi hükmünce binanın teslimi iskan koşuluna bağlanmıştır. Karşılıklı borç yükleyen bu tür sözleşmelerde aslolan sözleşmenin eksiksiz ifasıdır. Aksi takdirde uygulamada sıkça görüldüğü üzere sözleşmeden beklenen yararlar dengesi bir taraf aleyhine bozulur. Somut olayda, bilirkişiler saptanan eksiklikler pek çok malzeme ve imalat kalemlerini içerdiği halde, 1996 fiyatlarıyla bunların tutarını 236.569.000 TL olarak hesaplamıştır. Bu tutarla sayılan iş kalemlerinin hükmün infaz tarihine göre giderilme olanağı bulunduğundan söz edilemez. Başka bir deyişle, yükleyici sözleşmeyle üslendiği edimini düşük bir bedel ödeyerek ve kendi borcunu arsa sahibi olan davalıya yükleyerek borcundan kurtulmuş, sözleşme onun yönünden ifa ile sonuçlandırılmış sayılmaz. Kaldı ki, az yukarıda vurgulandığı üzere yapının teslimi iskan koşuluna bağlanmış olup arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin iskanın alınmadığı Belediyenin 29.4.1999 günlü yazısı ile anlaşılmaktadır. BK.81. maddesi uyarınca iki taraflı akitlerde bir akdin ifasını talep eden kimse kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif eylememiş ise karşı taraftan ifa isteyemez. Öte yandan eser sözleşmesinde iş sahibinin borcu olan eser bedelinin ödenmesi eserin yapılıp teslim edilmesi koşuluna bağlıdır (BK. md. 364). Aksi kararlaştırılmadığı sürece yüklenicinin kendi edimini yerine getirmesi ve daha sonra eser bedelini istemesi gerekir. İstenilen arsa payı yapılan binanın bedeli olduğuna göre yüklenici noksanlıkları giderip sözleşme uyarınca oturma iznini de aldığı anda istemde bulunma hakkı saklı kalmak koşulu ile bu aşamada açılan davanın reddi yerine delillerin takdirinde yanılığa düşerek yazılı şekilde kabulü bozma nedenidir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 25.12.2015).

⁴⁸ **Durak**, s. 230. Ayrıca bkz., 15.HD. 10.10.1995, E.1995/2696 K.1995/5427, “... Taraflar arasında düzenlenen 23.9.1985 tarihli eser sözleşmesi uyarınca, eserin teslim ettiğini ileri süren yüklenici bu davasında, binada bulunan 11-12 ve 15 no'lu bağımsız bölümlerin davalı arsa sahibi üzerinde bulunan tapu kayıtlarının iptali ile kendi adına tescilini talep ve dava etmiş, mahkemece davanın kabulüne dair verilen karar, davalı arsa sahibince temyiz edilmiştir. Yanlar arasındaki sözleşmenin 11. maddesinde, binanın genel iskan ruhsatının alınmasının yükleniciye ait olduğu yazılıdır. Dosya kapsamından binanın 1990 yılında bitirilmesine karşın şu ana kadar hala iskan ruhsatının alınmadığı ve yüklenicinin bu

İfa zamanının gelmesiyle birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, arsa sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Gerçekten, Medenî Kanununun 716 ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “*mülkiyetin kazanılmasına esas olacak bir hukukî sebebe dayanarak malikten mülkiyetin kendi adına tescilini istemek hususunda kişisel hakka sahip olan kimse, malikin kaçınması hâlinde hâkimden, mülkiyetin hükmen geçirilmesini isteyebilir*”. Bu bakımdan, malik aleyhine mülkiyeti devir yükümlülüğü öngören arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bu davaya esas teşkil edebilir⁴⁹.

vecibesini yerine getirmediği ortadadır. Yine aynı sözleşmenin 6. maddesinde, tapu devrinin yapılacağı aşamalar gösterilmiş ve maddede belirtilen sürelerin geçmesi ve işlerin yapılması sebebiyle yüklenici şeklen tapu almaya hak kazandığı görülüyor ise de, dava tarihine kadar tapular devredilmemiş olup bu davada da iskanın alınmasına inşaatın projesine aykırı yapılmasının etken olduğu savunulduğundan, bu konunun açıklığa kavuşturulması zorunludur. Sözleşme uyarınca davalı tapu vermekle mükellef ise de, binanın açıkça imara aykırı olması ya da iskan ruhsatı alınmasına ciddi engellerin bulunması halinde temerrüde düştüğünden sözedilemeyeceği için, bizzatıhi 6. maddeye dayanılarak davanın kabulünde isabet yoktur. Öte yandan, mahkemenin iskanla ilgili yaptığı araştırma da hüküm kurmaya yeterli bulunmamaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş, gerektiğinde mahallinde keşif yapılarak ve belediyeden iskanın ne sebeple alınmadığı, iskan alınmasına engel bir durumun mevcut olup olmadığı araştırılıp, sonucuna göre iskan alınmasına engel kesin bir durum varsa, davanın reddedilmesi, iskan alınmasına engel bir durum yoksa yükleniciye mahkemece uygun bir mehil verilmesi, bu mehil sonucunda iskan alındığı anlaşıldığı takdirde davanın kabulüne karar verilmesi, aksi halde yeni mehil sonunda iskanın alınmaması halinde keza dava reddedilmelidir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile verilen karar usul ve yasaya aykırı bulunmakla bozulmalıdır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 26.12.2015).

⁴⁹ **Ayan, II**, s. 222-223.

Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar ise, yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhide devredileceği kararlaştırılan arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer⁵⁰. Müteahhit, kesinleşmiş mahkeme kararını ibraz ederek, kural olarak her zaman, kendi üzerine açıklayıcı tescil işlemini yaptırabilir. Zira, mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte müteahhit kararlaştırılmış olan bağımsız bölümlerin mülkiyetini kazanır. Bu kazanılan hak da aynî nitelik taşıdığı için, müteahhidin açıklayıcı tescil işlemini her zaman yaptırabileceği söylenebilir.

2- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi ve Bağımsız Bölümlerin Mülkiyetini Talep Hakkını Üçüncü Kişiyeye Devretmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kural olarak tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve anılan sözleşmeyle arsa sahibinin, arsa paylarının bir bölümünü müteahhide geçirme borcu altına girdiği, buna karşılık müteahhidin ise, mülkiyeti kendisine devredilecek olan arsa paylarının karşılığı olarak bağımsız bölümler yapmayı taahhüt etmekte ve bu yapacağı bağımsız bölümlerden⁵¹ arsa sahibine ait olanları devretmeyi borçlanmakta olduğu ifade edilmişti⁵².

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşmenin tarafları müteahhit ve arsa sahibi olmakla birlikte müteahhit, çoğu zaman arsa sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı bağımsız bölümlerin finansmanını sağlamak için üçüncü kişilere satma yoluna başvurmaktadır⁵³. Müteahhidin, arsa sahibi

⁵⁰ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

⁵¹ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile, müteahhide bırakılması öngörülen yerlerin, ancak bağımsız bölümler olabileceği hususunda bkz., **Reisoğlu**, s. 6.

⁵² II, B.

⁵³ **Arıkan**, Mustafa, Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2005, s. 129-155, s. 130; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1080; **Durak**, s. 213. Müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan alacak hakkının üçüncü kişiyeye devri

tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişiler ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir⁵⁴. Müteahhidin, arsa sahibi ile düzenlediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkının nisbî niteliğe sahip bir alacak hakkı olduğu öğretide ve uygulamada ifade edilmektedir⁵⁵. Bu bakımdan müteahhit, kendisine düşecek olan bağımsız bölümlerin maliki değildir. Bu nedenle, müteahhidin maliki olmadığı bağımsız bölümler üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Buna karşılık, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümleri isteme hakkı bulunmaktadır. Müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümleri isteme hakkını üçüncü kişiye devredebilir.

için ayrıca (bkz., **Arıkan / Erdoğan**, s. 145-172). 15.HD. 16.111989, E.1989/889 K.1989/4799, "... Davacı ile davalı yüklenici arasında yapılan sözleşmede dükkanın satıldığı yazılıdır. Her ne kadar sözleşme, satış vaadi niteliğinde olmasına karşın haricen düzenlenmiş ise de hukuksal ilişkinin BK. m. 162 ve bunu izleyen maddeleri gereğince alacağın temlik olarak değerlendirilmesi gerekir. Çünkü satıcı yüklenici, anılan parsel üzerinde kat karşılığı inşaat yapmak üzere Maliye Bakanlığı ile usulüne uygun sözleşme yapmış ve dava konusu dükkân ile birlikte kararlaştırılmış bağımsız bölümlerin kendisine ferağ edileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle davalı yüklenici kendisine özgülenen bağımsız bölümleri üçüncü kişilere temlik etmek hakkına sahiptir. Temlikin yazılı biçimde olması yeterlidir. ..." (**Arıkan**, s. 130, dn. 4).

⁵⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1064, dn. 1; **Yaşar**, s. 294.

⁵⁵ **Arıkan**, s. 131. 14.HD. 13.09.1988, E.1988/3849 K.1988/5572, "... Kural olarak arsa sahibi ile yüklenici arasında kat karşılığı inşaat yapılması hususunda sözleşme düzenlendiğinde ve sözleşme koşulları yerine getirildiğinde yüklenici, kişisel hak kazanır. Yüklenici bu kişisel hakka dayanarak arsa sahibinden inşaat sözleşmesi uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir, veyahutta Borçlar Yasasının 162 ve onu izleyen maddeleri hükmüncü yazılı olmak koşulu ile arsa sahibinin rıza ve muvafakatını almadan söz konusu kişisel hakkını üçüncü kişilere temlik edebilir. Üçüncü kişi, gerek akidi olan yükleniciye ve gerekse arsa sahibine karşı temellük ettiği kişisel hakkı ileri sürme olanağına sahiptir. Kendisine satılan bağımsız bölüm veya bölümlerin mülkiyetlerinin adına nakledilmesini isteyebilir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 29.12.2015)

Müteahhidin, bağımsız bölümleri isteme hakkını üçüncü kişiye devretmesi ise, alacağın temlik olarak kabul edilmektedir⁵⁶. Türk Borçlar Kanununun 184 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, “*alacağın devrinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmış olmasına bağlıdır*”. Bu bakımdan, alacağın devrinin adı yazılı şekilde yapılması gerekir. Buna karşılık, taraflar devir sözleşmesini resmî şekilde de yapabilirler⁵⁷.

⁵⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1080; **Arıkan**, s. 131; **Yener**, Devir, s. 374; **Erman**, Sözleşme, s. 189; **Arıkan / Erdoğan**, s. 151; **Durak**, s. 213. YHGK. 21.01.2009, E.2008/817 K.2009/19, “... Dava, yüklenicinin temlik işlemine dayalı mülkiyet aktarımı, ikinci kademedeki istem ise, bağımsız bölümün rayiç bedelinin tahsiline ilişkindir. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK.364.madde) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazanacağı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162.maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (B.K. 163.madde) devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişide alacağın temlik hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira, alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur. Fakat, temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan kimse temlik işlemi ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlu (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve defilerde bulunmak imkanına sahiptir. Gerçekten Borçlar Kanununun 167.maddesine göre Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir. Buna göre temlik öğrenen borçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya (yükleniciye) karşı ne tür defiler ileri sürecekse, aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürülebilir hale gelir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 01.01.2016).

⁵⁷ 14.HD. 18.2.2008, E.2008/518 K.2008/1796, “... alacağın temlikinde aranan yazılı şekil temlik sözleşmesinin resmi şekilde yapılmasına engel değildir. Nitekim uygulamada yükleniciden şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişilerin temlik sözleşmesini adı yazılı satış sözleşmesi veya

Bununla birlikte, alacağın devri sözleşmesi için aranan yazılı şekil, geçerlilik şartıdır⁵⁸. Bu nedenle, yazılı şekilde yapılmayan devir geçersizdir. Öte yandan, üçüncü kişilerin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarından bağımsız bölümü satın alan kişilerden bağımsız bölümü satın alan kişilerin de olabileceği ifade edilebilir⁵⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin arsa sahibine karşı ileri sürebileceği bağımsız bölümleri isteme hakkı, nisbî niteliğe sahip bir alacak hakkı olarak kabul edildiği için sadece müteahhit tarafından ileri sürülebilir. Müteahhidin bu hakkını ileri sürebilmesi için arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölüm yapma borcunu yerine getirmelidir. Bu bakımdan, müteahhidin hakkının başlangıçta çıplak bir hak olduğu ve borcunu yerine getirdikçe, diğer bir deyişle bağımsız bölümün inşasını yaptıkça bu çıplak hakkın içinin dolacağı ifade edilebilir. Müteahhidin, bağımsız bölümün inşası devam ederken alacak hakkını teşkil eden bağımsız bölümleri satması alacağın temliki olarak kabul edilir. Bu anlamda alacağın temliki ile birlikte, müteahhidin, arsa sahibinden bağlarının koptuğu ise söylenemez. Zira, üçüncü kişinin müteahhitten alacağın temliki yoluyla kazandığı hakkını

noterde düzenleme şekilde taşınmaz satış vaadi sözleşmesi olarak yaptıkları görülmektedir. ...” (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 01.01.2016).

⁵⁸ **Arıkan**, s. 139. 15.HD. 30.11.2011, E.2010/5099 K.2011/7046, “... BK'nın 163.maddesi uyarınca alacağın temliki yazılı şekle tabidir ve şekil sıhhat (geçerlilik) şartıdır. ...” (Uyap-Mevzuat Programı, Erişim Tarihi: 02.01.2016).

⁵⁹ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1064, dn. 1; **Yaşar**, s. 295. YHGK. 02.07.2003, E.2003/452 K.2003/456, “... Her ne kadar, davacı ile yüklenici arasında doğrudan bir sözleşme ilişkisi yok ise de, yüklenicinin akidi durumundaki dava dışı Vahittin S.'dan harici sözleşmeyle dava konusu daireyi satın alan davacının, bu sözleşme nedeniyle, yukarıda açıklanan şekilde alacağın temliki hükümleri çerçevesinde temlik alan konumuna girdiği açıktır. Dolayısıyla, temlik alan durumundaki davacı, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesindeki edimlerini ifa ettiği andan itibaren, alacağın temliki hükümleri çerçevesinde bu kişisel hakkını arsa sahibi ve yükleniciyi hasım göstermek suretiyle ileri sürüp, o bağımsız bölümün kendisi adına tescilini isteme hakkını kazanmıştır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 02.01.2016).

arsa sahibine karşı ileri sürebilmesi için müteahhidin bağımsız bölümleri devir borcunu arsa sahibine karşı yerine getirmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, müteahhidin arsa sahibine karşı borcunu yerine getirmediği durumlarda, üçüncü kişi, arsa sahibinden kendi adına bağımsız bölümlerin mülkiyetinin tescilini isteyemez⁶⁰. Zira, arsa sahibi, müteahhide karşı ileri sürebileceği her türlü def'i ve itirazı müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilir⁶¹.

⁶⁰ 14.HD. 04.11.1993, E.1993/7851 K.1993/8361, "... Davacı; yüklenici ile yaptığı satış vaadi sözleşmesine dayanarak, arsa sahibi ile yüklenici arasında yapılmış eser sözleşmesine konu taşınmazda yapılan inşaatın aldığı dairenin adına tescilini istemektedir. Önceki bozmamızda da değinildiği üzere, yüklenici eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirirse sözleşme uyarınca kendisine düşen dairelerin tescilini arsa sahibinden isteyebilir. Ya da bu hakkını B. Kanununun 162 ve devamı maddeleri uyarınca üçüncü kişiye temlik edebilir. Bozmamızda da yüklenicinin arsa sahibine karşı edimlerini yerine getirip getirmediğinin tahkiki gerektiği ve bunun sonucuna göre yüklenicinin ve ondan temellük eden davacının dava konusu daireyi arsa sahibinden talep etme hakkının doğup doğmadığının tesbiti gerektiğine işaret edilmiştir. Mahkemece yapılan incelemede yüklenicinin arsa sahibine karşı olan edimlerinden ancak % 76 'sını ifa ettiği bilirkişi raporunda belirlenmiştir. Edimini bu oranda yerine getiren yüklenicinin kendisine düşen daireyi arsa sahibinden isteyebilme hakkının doğduğundan bahsedilemez. Dolayısıyla davacıya yaptığı temlik dolayısıyla davacı da buna dayanarak tescil isteyemez. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 03.01.2016).

⁶¹ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1081. 14.HD. 29.11.2007, E.2007/13130 K.2007/15128, "... arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicisi olan taraf, sözleşmede yasaklanmamış ise teslim borcunu (BK. m. 364) yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kazandığı kişisel hakkını (bağımsız bölüm tapusunun devrini) arsa sahibi ile mevcut sözleşmesine dayanarak doğrudan ondan isteyebileceği gibi Borçlar Kanununun 162. maddesi hükmünden yararlanarak arsa sahibinin rızası da gerekmeden üçüncü kişilere yazılı olmak koşuluyla (BK. m. 163) devir ve temlik edebilir. Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişide alacağın temlik hükümlerinden yararlanarak bu hakkını arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Zira, alacağı devralan kişi evvelki alacaklının yerine geçer. Borçludan ifayı istemek, gerektiğinde de borçluyu ifaya zorlamak artık onun hakkı olur...Fakat temlik alanın ifa talebine muhatap olan borçlu (

Alacağın devrinin kapsamına nelerin girip girmeyeceğini ise taraflar belirleyebilirler. Ancak tarafların, devir sözleşmesine, devrin kapsamına nelerin girdiğini kararlaştırmamaları hâlinde Türk Borçlar Kanununun 189 uncu maddesinde düzenlenen yedek hukuk kuralının uygulanması gündeme gelecektir. Gerçekten, Türk Borçlar Kanununun 189 uncu maddesine göre, “*alacağın devri ile devreden (müteahhidin) kişiliğine özgü olanlar dışındaki öncelik hakları ve bağlı haklar da devralana (üçüncü kişiye) geçer (f.1). Asıl alacakla birlikte işlemiş faizler de devredilmiş sayılır (f.2)*”. Bu bakımdan, üçüncü kişinin, şartları dâhilinde arsa sahibinden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin tescilini isteyebileceği ifade edilebilir⁶².

Yargıtay’ın, müteahhidin borcunu ifa etmiş sayılabilmesi için iskân ruhsatının alınmasını ve inşaatın imara uygun olmasını da aramakta olduğu ifade edilmişti. Yargıtay, aynı zamanda müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler bakımından da iskân ruhsatının

arsa sahibi) bu talebe hemen uymak zorunda değildir. Devralan kimse temlik işlemini ve kendisinin yeni alacaklı sıfatını ispat etmiş olsa bile borçlu (arsa sahibi) ona karşı bir takım itiraz ve defilerde bulunmak imkanına sahiptir. Gerçekten BK m. 167'ye göre "Borçlu temlike vakıf olduğu zaman temlik edene karşı haiz olduğu defileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir". Buna göre temlik öğrenen borçlu temlik olmasaydı önceki alacaklıya karşı ne tür defiler ileri sürebilecekse, aynı defiler yeni alacaklıya (temlik alan üçüncü kişiye) karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Bir bakıma denilebilir ki, temlik işleminin öğrenildiği ana kadar temlik sözleşmesinin dışında olan ve işlemin tarafı olmayan arsa sahibi temlik işleminden haberdar olunca temlik işleminin tarafı olur ve arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklarını ona karşı (üçüncü kişiye) ileri sürer hale gelir ve ifa isteğini reddedebilir. Örneğin, karşılıklı borç yükleyen eser sözleşmesinden kaynaklanan borç kısmen veya tamamen yüklenici tarafından yerine getirilmeden yüklenici şahsi hakkını üçüncü kişiye temlik etmiş ve üçüncü kişi ifa istemişse arsa sahibi yüklenicinin öncelikli borcunun varlığını bildirerek temlik yoluyla kazanılan borcunu ifadan kaçınabilir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁶² **Erman**, Sözleşme, s. 190.

alınmasını aramaktadır⁶³. Buna karşılık, iskân ruhsatı alma yükümlülüğünün müteahhidin bir borcu olduğu ifade edilebilir. Bu

⁶³ YHGK. 3.11.2004, E.2004/551 K.2004/571, "...Kural olarak, kat karşılığı inşaat sözleşmeleri karşılıklı edimleri içeren tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Sözleşmenin taraflarından arsa sahibi, sözleşmeye uygun koşullarda arsasını yükleniciye teslim etmek, yüklenici edimini yerine getirdiğinde edimi karşılığı kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunu devretmekle yükümlüdür. Sözleşmenin diğer tarafı olan yüklenicinin edim borcu ise, sözleşmede kararlaştırılan koşullarda binayı yapıp arsa sahibine teslim etmektir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye bırakılan bağımsız bölümler üzerinde yüklenici kişisel hak sahibidir ve bu hakkını ancak edimini yerine getirdiğinde kazanır, bir başka anlatımla bu kişisel hakkını edimini tam olarak yerine getirmesi koşuluyla arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Ancak sözleşmeden kaynaklanan bu kişisel hakkın üçüncü kişilere devredilmesi de mümkündür. Burada Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temlikî hükümleri kıyasen uygulanır. Bu hükümler uyarınca borçlunun onayı aranmaksızın, yazılı olması koşuluyla alacak üçüncü kişilere devredilebilir. Devredilen alacak, sözleşme anında mevcut olabileceği gibi ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin alacağı edimini tam olarak yerine getirmesi halinde doğacak olan bir alacaktır ve temlikî mümkündür. Yazılı sözleşme ile bu hakkı temellük eden kişi, yüklenicinin edimini yerine getirmesi halinde ona tapuyu devretmekle yükümlü borçlu arsa sahibine karşı temellük ettiği hakkı ileri sürebilir. Yükleniciden temellük edilen hakkın, dava yoluyla arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde de mahkemece yapılacak iş, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin edim borcunu tam olarak yerine getirip getirmediğini araştırmaktır. Bina sözleşmeye uygun olarak tamamlanmışsa tescil kararı verilmelidir. Ancak; eksik bırakılan iş var ise, bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta olduğu takdirde, yüklenicinin edim borcunu tamamen yerine getirmediği sonucunu doğuracak aksi düşünce iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağından, bu eksikliğin yüklenici yada halefi olan davacı tarafından tamamlanması olanağı tanınmalıdır. Eksiklik fiilen tamamlanmasa bile saptanacak bedelin ödenmesi halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır. Somut olayda; yüklenici tarafından yapılan işhanı ile ilgili 27.11.1987 tarihli inşaat sözleşmesinde iskan raporunun yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmıştır. İskan ruhsatı yüklenici veya onun halefi durumunda olan

nedenle, müteahhidin iskân ruhsatı alma yükümlülüğünün müteahhitten bağımsız bölümü satın alan üçüncü kişiye geçecek nitelikte bir hak olarak değerlendirilemez. Kaldı ki, böyle bir borcu üçüncü kişiye yüklemek de hakkaniyete uygun olmayacağı ifade edilebilir.

Müteahhidin, bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim etmesiyle birlikte arsa sahibi açısından ifa zamanının geldiği söylenebilir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan üçüncü kişi, arsa sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir⁶⁴. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda üçüncü kişi, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile

davacı tarafından alınması gerekir. Dosya içeriğinden bu edimin yerine getirilmediği anlaşılmaktadır. Bu nedenle yukarıda belirtilen esaslar dahilinde arsa sahibine karşı sözleşme ile yükümlenen tüm edimler yerine getirilmeden tescil kararı verilmesi doğru değildir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁶⁴ YHGK. 25.10.2000, E.2000/1280 K.2000/1554, “... yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için edimini yerine getirmesi gerekir. Edim ise binayı imal ve teslimidir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanununun 358. maddesi uyarınca arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteyebilme hakkı doğar. Hemen belirtmek gerekir ki; yüklenicinin hakkını temellük eden üçüncü kişi onun ardılı (halefi) olacağından selefinin haiz olduğu hakkı arsa sahibine karşı ileri sürebilir. Öte yandan, arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer. ...” (Yavuz / Acar / Özen, s. 1076, dn. 38).

birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce üçüncü kişiye geçer⁶⁵. Müteahhitten bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişi de kesinleşmiş mahkeme kararını ibraz ederek, kural olarak her zaman, kendi üzerine açıklayıcı tescil işlemini yaptırabilir.

3- Şerh Edilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi ve Arsa Sahibinin Arsayı Üçüncü Kişiye Devretmesi

Müteahhidin arsa sahibi ile düzenlediği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan hakkının nisbî niteliğe sahip bir alacak hakkı olduğu öğretide ve uygulamada ifade edilmektedir⁶⁶. Bu bakımdan, müteahhidin nisbî nitelik taşıyan alacak hakkını kural olarak sadece arsa sahibine karşı ileri sürebileceği ifade edilebilir. Buna karşılık, arsanın mülkiyetinin arsa sahibinde kalmaya devam ettiği durumlarda arsa sahibi, arsanın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devredebilmektedir. Bu durumda, arsa sahibinin müteahhide yönelik gerçekleştireceği bağımsız bölümlerin devri borcunun imkânsız olacağı, bununla birlikte, üçüncü bir kişi, müteahhidin bağımsız bölüm yapma borcunu engel olması hâlinde müteahhit bakımından sözleşmenin yerine getirilmesi arsa sahibinin sözleşmeye aykırı kusurlu davranışı nedeniyle imkânsızlık yaratacağı ifade edilmektedir⁶⁷.

Öte yandan, arsa sahibi ile müteahhit, düzenledikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapuya şerh ettirebilirler. Gerçekten, Medenî Kanununun 1009 uncu maddesine göre, “*arsa payı karşılığı inşaat... tapu kütüğüne şerhdilebilir*”. Şerh ile birlikte şerh edilen alacak hakkı taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle gelmektedir⁶⁸. Bu bakımdan, arsa sahibi ile müteahhit arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi ve sonradan arsa sahibinin, arsanın mülkiyetini üçüncü bir kişiye

⁶⁵ Eren, Mülkiyet, s. 252; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 404.

⁶⁶ Arıkan, s. 131.

⁶⁷ Gümüş, Şerh, s. 122; Erman, Sözleşme, s. 10.

⁶⁸ Ayan, I, s. 401-402.

devretmesi durumunda, müteahhidin bağımsız bölümlerin devrini isteme hakkını üçüncü kişiye karşı ileri sürebileceği ifade edilebilir⁶⁹.

Üçüncü kişinin arsa paylarını müteahhide devri borcunun, müteahhidin anılan sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri üçüncü kişiye teslim etmesiyle birlikte muaccel olduğu diğer bir deyişle ifa zamanının geldiği ifade edilebilir⁷⁰. İfa zamanının gelmesi ile birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, üçüncü kişiden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibinden arsanın mülkiyetini devralan üçüncü kişi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, üçüncü kişi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer⁷¹.

4- Şerh Edilen Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi ve Arsa Sahibinin Arsayı Üçüncü Kişiye Devretmesi ve Müteahhidin de Bağımsız Bölümleri İsteme Hakkını Üçüncü Kişiye Devretmesi

Arsa sahibi ile müteahhidin düzenledikleri arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini tapuya şerh ettirebilecekleri ve şerh ile birlikte şerh edilen alacak hakkının taşınmaz üzerinde sonradan hak sahibi olan kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle geleceği ifade edilmişti. Bu bakımdan, arsa sahibi ile müteahhit arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapuya şerh edilmesi ve sonradan arsa sahibinin, arsanın mülkiyetini üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, müteahhidin

⁶⁹ **Gümüş**, Şerh, s. 123; **Erman**, Sözleşme, s. 10.

⁷⁰ **Erman**, Sözleşme, s. 54. 15.HD. 10.12.2001, E.2001/4000 K.2001/5695 (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁷¹ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

bağımsız bölümlerin devrini isteme hakkını üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği söylenebilir⁷².

Öte yandan, müteahhidin de, çoğu zaman arsa sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı bağımsız bölümlerin finansmanını sağlamak için satma yoluna başvurmakta olduğu görülmektedir⁷³. Müteahhidin, arsa sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişiler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir⁷⁴. Bu bakımdan müteahhit, kendisine taahhüt edilen bağımsız bölümlerin maliki değildir. Bu nedenle, müteahhidin, maliki olmadığı bağımsız bölümler üzerinde tasarruf etmesi ise mümkün değildir. Buna karşılık, müteahhidin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep hakkı bulunmaktadır. Müteahhit, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep hakkını üçüncü kişiye devredebilir ve bu devir alacağın temlik kapsamında değerlendirilir.

Bu bakımdan, arsa sahibi, arsayı üçüncü kişi durumundaki (Ü1)'e devreder ve müteahhit de arsa sahibinden olan alacak hakkını başka bir üçüncü kişi olan (Ü2)'ye temlik edebilir. Bu anlamda, alacağın temlik ile birlikte müteahhidin, arsa sahibinin arsayı devrettiği üçüncü kişi (Ü1) ile bağlarının koptuğu söylenemez. Zira, müteahhidin alacak hakkını (Ü2)'ye temlik ettiği sırada hakkının içeriği boş olduğu için borcunu yerine getirdiği oranda bu hakkın içeriğini doldurmaya devam etmektedir. Bu bakımdan, müteahhitten alacak hakkını temlik alan (Ü2) de müteahhidin borcunu yerine getirdiği; diğer bir deyişle başlangıçta çıplak olan hakkın içeriğini doldurduğu oranda alacak hakkına sahiptir⁷⁵. Bu bakımdan, müteahhidin arsa sahibinin arsayı devrettiği üçüncü kişi (Ü1)'e karşı borcunu yerine getirmediği durumlarda müteahhidin alacak hakkını temlik ettiği (Ü2)'ye arsa sahibinin arsayı devrettiği (Ü1)'den kendi adına bağımsız bölümlerin mülkiyetinin tescilini isteyemez

⁷² **Gümüş**, Şerh, s. 123; **Erman**, Sözleşme, s. 10.

⁷³ **Arıkan**, s. 130; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1080. YİBK. 30.9.1988, E.1987/2 K.1988/2 (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 04.01.2016).

⁷⁴ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1064, dn. 1; **Yaşar**, s. 294.

⁷⁵ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1080-1081.

Müteahhidin, bağımsız bölümleri, arsa sahibinin arsayı devrettiği (Ü1)'e teslim etmesiyle birlikte (Ü1) açısından ifa zamanının geldiği söylenebilir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan, yani müteahhitten alacak hakkını temlik alan (Ü2), arsa sahibinin arsayı devrettiği (Ü1)'den tescil işleminin yapılmasını isteyebilir⁷⁶. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibinin arsayı devrettiği (Ü1), bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibinin arsayı devrettiği üçüncü kişi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhidin alacak hakkını temlik ettiği (Ü2), hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce (Ü2)'ye geçer⁷⁷.

5- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Ettikten Sonra İnşaatı Tamamlamadan Terk Etmesi Durumunda Masrafı Müteahhide Ait Olmak Üzere Arsa Sahibi Tarafından İnşaatın Bitirilmesi

Türk Borçlar Kanununun 113 üncü maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır*”. Bu hüküm, öğretinin çoğunluğu tarafından kabul edilen görüşe göre, yapma borcunun aynen ifası olarak kabul edilmektedir⁷⁸. Buna karşılık ikinci bir görüşe göre, yapma borcunu ifa etmemeden doğan

⁷⁶ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1076, dn. 38.

⁷⁷ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

⁷⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 921; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014, s. 1033; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 644-645; **Serozan**, Rona, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Baskı, İstanbul 2014, s. 222-224; **Erman**, Sözleşme, s. 98-99.

zararın özel bir tarzda tazmini olarak kabul edilmektedir⁷⁹. Ayrıca, TBK.m.473/II'de, eser sözleşmesinde müteahhidin yapma edimini gerçekleştirmeden inşaatı terk ettiği hâllerde iş sahibine, hâkimden karar almaya gerek olmaksızın masrafı müteahhide ait olmak üzere inşaatı tamamlama hakkı tanınmıştır.

Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, müteahhidin yapma edimini tamamlamadan inşaatı terk etmesi hâlinde arsa sahibi, TBK.m.113/I gereğince masrafı müteahhide ait olmak üzere arsa sahibi tarafından veya başkası tarafından inşaat bitirilebilir. Bu durumda, TBK.m.113 hükmünü yapma borcunun aynen ifası olarak kabul edilen görüşün benimsenmesi durumunda, arsa sahibi tarafından veya başkası tarafından masrafı müteahhide ait olmak üzere inşaatın bitirilmesi hâlinde müteahhidin karşı edim alacağı olan bağımsız bölümlerinin mülkiyetinin devrini arsa sahibinden isteyebileceği ifade edilebilir⁸⁰. Zira, arsa sahibinin masrafı müteahhide ait olmak üzere

⁷⁹ **Oğuzman / Öz**, s. 440-441.

⁸⁰ **Erman**, Sözleşme, s. 98-99. 15.HD. 06.04.1989, E.1988/2909 K.1989/1783, "... Davacılar, esas ve tevhit edilen dava ile 28.6.1979 ve 2.9.1980 tarihli sözleşmelere dayanarak yaptıkları inşaat karşılığı bakiye 120/240 arsa payının adlarına tescilini dava etmişlerdir. Bu sözleşmelerin konusu olan inşaatın tamamına yakın bölümün ikmal edildiği ve bir kısım arsa payının da davacılar veya onların sattıkları kişilere verilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Öte yandan, davalı arsa sahipleri yükleniciler aleyhine açmış oldukları 1985/662 Esas sayılı davada B.K. 97. madde hükmü doğrultusunda inşaatın kendilerince ikmal edilmesi için izin istemiş olup mahkemece dava kabul edilmiş ve hüküm temyiz aşamasından geçerek kesinleşmiştir. Davacıların sözleşmede öngörülen süre içinde inşaatı ikmal ve davalılara ait bağımsız bölümleri eksiksiz şekilde teslim etmedikleri ihtilafsızdır. Böylece davacı yükleniciler borçlu temerrüdüne düşmüş olduklarından, davalı iş sahiplerinin B.K. 106. maddesinde düzenlenen seçimlik haklardan birini kullanmak olanağı doğmuştur. Anılan seçimlik haklar, karşı tarafa ulaşması ile hüküm ifade ettiğinden artık tek yönlü olarak bundan dönülemez. Yukarıda açıklandığı üzere arsa sahipleri açtıkları 1985/662 Esas sayılı dava ile seçimlik haklarını akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduklarından ve bu irade beyanlarının rızayı bozan bir sebebe dayandığını ileri sürmediklerinden, artık bununla bağlı sayılmaları gerekir. Mahkemenin bu yönü gözetmeksizin ve ayrıca

inşaatı tamamlaması veya üçüncü bir kişiye tamamlatması hâlinde müteahhitin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan bağımsız bölümleri isteyebileceği kuşkusuzdur. Aksi yöndeki düşüncenin hâkkaniyete uygun olmayan sonuçlar doğuracağı açıktır. Eğer müteahhit bağımsız bölüm alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmiş ise üçüncü kişinin de bağımsız bölümün kendi adına tescilini isteyebileceğinin kabulü gerekmektedir.

Arsa sahibi tarafından veya başkası tarafından masrafi müteahhide ait olmak üzere inşaatın tamamlanması ile birlikte müteahhit açısından alacağının ifa zamanının geldiği kabul edilebilir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, arsa sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir

24.1.1984 tarih 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararına aykırı bir şekilde her iki sözleşmenin feshine karar vermesi yanlıştır. Bu aşamada mahkemece yapılacak iş, davacıların temerrüde düştükleri tarihteki rayiç fiyatlara göre eksik iş bedellerini saptamak, bu bedelin davalılara ödenmesi kaydı ile sözleşme gereğince davacılar verilmesi gereken arsa payının tesciline ve böylece birlikte ifaya karar vermektir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 05.01.2016). 15.HD. 12.11.1981, E.1981/2098 K.1981/2240, “... O halde, mahkemece yapılacak iş, uzman bilirkişier aracılığı ile yerinde inceleme yapılarak davacı yüklenicinin davalı arsa sahiplerine vermesi gereken ve uyuşmazlık konusu bulunmayan bağımsız bölümlerle, ortak yerlerde mevcut kusurlu ve eksik işleri saptamak, bunların yapıldığı tarihteki parasal değerleri biçilmek ve davalı arsa sahiplerine ait daire ve işyerlerine düşen değerlerin tamamı ile ortak yerlerdeki noksan ve kusurlu işlerden davalıların payına düşen miktarının parasal değeri olan tazminatın davacı yükleniciden alınarak davalı arsa sahiplerine ödenmesine ve davacıya düşen dava konusu bağımsız bölümlerin davacı adına tesciline ve bunların aynı anda yerine getirilmesine karar vermektir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 05.01.2016).

(TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer⁸¹.

6- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Müteahhidin İnşaat Yapmayı Taahhüt Etmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin İleriye Etkili Olarak Feshedilmesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin anî edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu hususu öğretilerde tartışmalıdır:

Birinci görüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin anî edimli bir sözleşme olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, anî edimli borç ilişkilerinde edimin ifası ile borcun sona ermesi aynı zamanda gerçekleşir. Bu nedenle, edime yönelik hareketler uzun sürse bile alacaklının çıkarı eserin teslimi ile bir anda gerçekleştiği için anılan sözleşmenin anî edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir⁸².

İkinci görüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğine sahip olduğunu ifade etmektedir. Bu görüşe göre, eserin meydana getirilmesi için uzun süre gereken faaliyetler edimin dışında sayılamaz. Anılan sözleşmede, bir bütün teşkil eden sonucun meydana gelmesinden önce de edimler bir zaman dilimi içinde ve bölüm bölüm ifa edilmektedir. Bu bakımdan, taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurulduğu için anılan sözleşmenin sürekli edimli bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerekir⁸³.

⁸¹ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

⁸² **Akkayan Yıldırım**, Ayça, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 2004, s. 49-86, s. 61, 62; **Yaşar**, s. 291; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1072; **Kurşat**, s. 753; **Öz**, s. 181; **Nomer**, s. 371; **Durak**, s. 212.

⁸³ **Erman**, Hasan, Karar İncelemesi: Arsa Payı İnşaat sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 516-517; **Erman**, Sözleşme, s. 9; **Kartal**, I, s. 111; **Serozan**, Rona, Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975, s. 174; **Acar**, Faruk, Eser Sözleşmesinde Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, E-Akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 134, Aralık 2013,

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşıdığını ifade etmektedir. Bu husus, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 gün ve E.983/3, K.984/1 sayılı kararında belirtilmiştir.

Bu tartışma, önemini, müteahhidin anılan sözleşmede kararlaştırılan inşaatın büyük bölümünü tamamlamasına karşılık teslim günü gelmesine rağmen bağımsız bölümleri arsa sahibine teslim edememesi nedeniyle temerrüde düşmesi ve arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde sözleşmenin geçmişe etkili mi yoksa ileriye etkili mi ortadan kalkacağı noktasında göstermektedir. Eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesin anî edimli olduğu kabul edilirse, sözleşme geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacak ve bunun sonucunda müteahhit o ana kadar bağımsız bölüm için yaptığı harcamaları sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde arsa sahibinden isteyebilecektir⁸⁴. Eğer arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi olduğu kabul edilirse, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle, müteahhit bağımsız bölüme yapmış olduğu harcamaları inşaatın geldiği düzeyle orantılı olarak talep edebilecektir⁸⁵.

<http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2015).

⁸⁴ 15.HD. 21.7.2005, E.2005/2182 K.2005/4441, “... sözleşmenin geriye etkili olarak feshi halinde taraflar fesihden önce edimde bulunmuşlarsa bunları geri vermeleri gerekir. Davalı arsa sahibinin yükleniciye ödediği bedel ve üzerine geçirdiği arsa payı yoktur. Yüklenici ise fesihle ilgili mahkeme kararında kabul edildiği üzere proje ve ruhsatına göre inşaatı % 45 seviyesinde yapmıştır. Belli aşamaya gelen inşaatın arsadan sökülüp yükleniciye iadesi düşünülemeyeceğinden imara, projesi ve ruhsatına uygun yararlanılması mümkün ve arsa sahibinin mal varlığında artışa neden olan imalat bedelinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yükleniciye verilmesi gerekir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 07.01.2016).

⁸⁵ **Buz**, sürekli bir borç ilişkisi doğuran sözleşmenin ifasına başladıktan sonra, borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde, sözleşmenin sona erdirilmesinin kural olarak ileriye etkili sonuçlar doğurduğunu ve bu nedenle, borçlunun daha önce yerine getirdiği sürekli edimlerin geçerliliklerini koruduğunu ve alacaklının da, bu edimlerin sözleşmede kararlaştırılan karşılıklarının ödenmesi gerektiğini ifade etmektedir (bkz.,

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, müteahhidin inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmasına rağmen inşaatı bitirmeyerek borçlu temerrüdüne düştüğü hâllerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda sona ermenin ileriye etkili bir sonuç doğuracağı görüşündedir⁸⁶. Buna karşılık, Yargıtay, inşaatın, büyük bir bölümünün tamamlanmamış olması nedeniyle müteahhidin borçlu temerrüdüne düşmesi ve arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi

Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 322). 15.HD. 8.7.1988, E.3800 K.2612, "... Yargıtay'ın 25.1.1984 gün ve 3/1 sayılı inancıları birleştirme kararı ile belirlenen görüş çerçevesinde sözleşmenin bozulduğu anda inşaatın tamamlanan bölümünün kapsamı ve durumun özelliği, iyi niyet kurallarına göre sözleşmenin bozulmasının ileriye etkili sonuç yaratması durumunda, mahkemece, yüklenicinin işten el çektiği tarihte yaptığı işin, tüm işe olan fiziksel oranı saptanarak, bulunacak oran yükleniciye verilmesi kararlaştırılan ve bağımsız bölüm ya da arsa payı olarak belirlenen inşaat miktarına uygulanmak, böylece yükleniciye düşecek bağımsız bölüm ve arsa payını saptamak, dava konusu dışında bırakılan bağımsız bölümler de hesaba katılarak bir karar verilmek gerekir. ...” (Akkayan Yıldırım, s. 70).

⁸⁶ YİBK. 25.1.1984, E.1983/3 K.1984/1, "... olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır. ... İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla işi muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106-108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 08.01.2016).

durumunda ise sözleşmenin geçmişe etkili bir şekilde ortadan kalkacağı görüşündedir⁸⁷.

⁸⁷ 15.HD. 30.1.1990, E.5139 K.267, "... Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre iki ayrı parsel üzerinde iki ayrı blok halinde yapılacak inşaatlardan yükleniciye ait kısmın tamamlanmış olmasına karşılık, arsa sahibine ait bloğun %36 oranında tamamlanmış ve sözleşme süresi de sona ermiş bulunmakla temerrüde düşülen yüklenici hakkında sözleşmeden dönme geriyeye etkili sonuç doğurur. ..." (Akkayan Yıldırım, s. 71, dn. 134); 15.HD. 01.05.2006, E.2006/756 K.2006/2546, "... Taraflar arasındaki sözleşme 21.07.1994 tarihli olup davacılar a ait 5 ve 7 nolu parseller üzerine kat karşılığı inşaat yapılacak, 7 parseldeki bina tümüyle arsa sahiplerine, 5 parseldeki bina ise tümüyle davalı yükleniciye ait olacaktır. Sözleşmeye göre 3 ay içinde inşaat ruhsatı alınarak inşaat başlanacak ve ruhsat tarihinden itibaren inşaat 30 ay içinde bitirilip teslim edilecektir. Buna göre inşaatın 21.04.1997 tarihinde bitirilerek teslim edilmesi gerekirken arsa sahiplerine ait 7 nolu parsel üzerindeki inşaat %60 seviyesinde, yüklenici şirkete ait olacak 5 nolu parsel üzerindeki inşaat ise %38 seviyesinde iken inşaat terkedilmiş, binaların İmar Kanunu'na aykırı yapılması nedeniyle Belediyece yıkımına karar verildiği saptanmıştır. İnşaatların getirilmiş olduğu seviye ve imara aykırı olarak yapılması nedeniyle sözleşmenin arsa sahipleri tarafından feshinin talep edilmesi haklı nedenlere dayalı ise de, feshin ileriye veya geriyeye etkili sonuç doğuracağına tespiti somut olayda önem taşımaktadır. Davalı yüklenici, dava tarihinden önce arsa sahipleri tarafından kendisine devredilen 5 nolu parselden tapuda kat irtifakının kurulmasından sonra 3. kişilere pay devrinde bulunmuş, arsa sahipleri bu durumu bildikleri halde 3. kişileri davalı olarak göstermedikleri gibi, davalı şirket temsilcisi adına olan tapunun iptalini de istemeden sözleşmenin feshini talep ederek sair dava ve talep haklarını da saklı tutmuşlardır. Mahkemece 11.06.2002 tarihli celsede davacılar mehil verilmesi nedeniyle yükleniciye düşen parselden pay iktisap eden 3. kişiler davaya dahil edilmiş iseler de, davacıların fazlaya ilişkin dava ve talep haklarını saklı tutmuş olmaları inşaatın getirilmiş olduğu seviye ve imara aykırı olarak yapılmış olması karşısında Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 25.01.1984 gün 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca arsa sahipleri vekilinin 02.03.2004 tarihli celsede zapta geçen beyanları da nazara alınarak sözleşmenin geriyeye dönük olarak feshi yerine, dahili davalılar hakkında hüküm kurulamayacağı da gözetilmeyerek ve MK'nın 2. maddesinden söz edilerek sözleşmenin ileriye dönük olarak

Yargıtay, ileri etkili fesih için inşaatın % 90 ve üzeri bir seviyede olmasını aramaktadır⁸⁸. Fesih anında inşaat, % 90 ve üzeri olması durumunda müteahhidin yaptığı işin para olarak değeri yerine, inşaatı getirdiği seviyeye orantılı olarak bağımsız bölümün devrini isteyebileceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Bu bakımdan, öncelikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde inşaat hangi seviyede olursa olsun anılan sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin müteahhide devredilmeyeceği kararlaştırılabilir. Anılan sözleşmede, kararlaştırılan bağımsız bölümlerin müteahhide devredilmeyeceğine ilişkin bir hüküm varsa öncelikle bu hükmün uygulanması gerektiği söylenebilir⁹⁰.

feshine karar verilmesi dahilî davalılar hakkında da hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 09.01.2016).

⁸⁸ 15.HD. 10.6.1999, E.1999/1658 K.1999/2437, “... Davadan önce yaptırılan delil tespitine göre, inşaatın %73 seviyesinde olduğu saptanmış ve bu tespiti dayanılarak, eldeki fesih davası açılmıştır. Ne var ki, delil tespitini takiben ihtiyari tedbir kararı alınmadığı ve dava dilekçesi de böyle bir talep içermediği için yüklenici işe devam etmek suretiyle inşaatı %92 seviyesine getirmiş ve bu husus, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine dairesinin uygulamasına göre, davadan sonra inşaatın %90 üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde, artık geriye etkili biçimde fesih (dönme) kararı verilemez. Bu fesih, ileriye etkili olmalıdır. ...” (Erman, Sözleşme, s. 117, dn. 124).

⁸⁹ Erman, Sözleşme, s. 117. 15.HD. 16.1.2009, E.2008/69 K.2009/103, “... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 25.01.1984 gün, 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, ileriye etkili olarak feshine karar verilmiş olması veya sözleşmenin taraflarının iradelerinin birleşmesi sonucu taraflarca ileriye etkili olarak sonuç doğurur şekilde feshi halinde yüklenici, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölüm ya da bölümlerin adına tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında bedelini arsa sahibinden talep edebilir. ...” (Erman, Sözleşme, s. 115, d. 122). Aksi görüş için bkz., Yavuz / Acar / Özen, s. 1095.

⁹⁰ Erman, Sözleşme, s. 119.

Öte yandan, sözleşmede bir hüküm bulunmaması hâlinde, müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde bu sona ermenin geçmişe etkili olabilmesi için müteahhidin inşaatın büyük bir bölümünü tamamlamamış olması gerekir. Bu bakımdan, müteahhidin yaptığı inşaatın % 90 ve altı bir seviyede olması inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmadığına işaret edebilir. Buna karşılık, müteahhidin inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmasına rağmen inşaatı bitirmeyerek borçlu temerrüdüne düştüğü hâllerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda sona ermenin ileriye etkili bir sonuç doğurması gerektiği ifade edilebilir.

Bu bakımdan, müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde bu sona ermenin ileriye etkili olduğu durumlarda, müteahhide, yapılan işle orantılı bağımsız bölüm mü verileceği yoksa bedel mi verileceği hususu öğretilmelidir. 25.1.1984 tarih ve E.1983/3 K.1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da bu husus hakkında herhangi bir açıklık yoktur⁹¹. Öğretildeki bir görüş, müteahhidin, yapılan kısım ile orantılı olarak bağımsız bölüm talep hakkı olmadığını ifade etmektedir⁹². Öğretildeki diğer bir görüş, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibinin borcunun, anılan sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devri olduğundan, müteahhidin talep edebileceği orantılı bedelin de bağımsız bölüm şeklinde anlaşılacağı ifade etmektedir⁹³.

⁹¹ YİBK. 25.1.1983, E.1983/3 K.1984/1, "... Ancak, olayın niteliği ve özelliğinin (uyuşmazlığa 106-108. maddeler hükümlerinin uygulanmasının doğuracağı adalete aykırı sonuçlarının) haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek sözleşmenin feshinin (sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi) ileriye etkili sonuç doğuracağı kabul edilmelidir. Böyle bir çözümün sonucu olarak da, mütemerrit müteahhit, kısmi ifasının bedelini iş sahibinden ve iş sahibi de; müteahhidin kusuruna bağlı tüm zararlarını müteahhitten talep edebilecekler ve bu suretle tarafların yararları arasında karşılıklı bir denge kurulmuş olacaktır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 10.01.2016).

⁹² **Tandoğan**, Halûk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010, s. 160; **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1095.

⁹³ **Erman**, Sözleşme, s. 115.

Bu bakımdan, müteahhidin, inşaatı % 90 ve üzerinde tamamlamasına rağmen teslim günü geldiğinde inşaatı bitirmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve bu nedenle, arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde, bu sona ermenin ileriye etkili sonuç doğuracağı ve müteahhidin inşaatı bitirme oranı ölçüsünde bağımsız bölüm talep edebileceği söylenebilir. Zira, 25.1.1984 tarih ve E.1983/3 K.1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bahsi geçen bedel ifadesinin, MK.m.2 ışığında yorumlanmak suretiyle bağımsız bölüm olarak anlamak mümkündür⁹⁴.

Müteahhidin inşaatı % 90 ve üzerinde tamamlamasına rağmen teslim günü geldiğinde inşaatı bitirmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve bu nedenle arsa sahibinin sözleşmeden dönmesi diğer bir deyişle sözleşmeyi ileriye etkili sonuç doğuracak bir şekilde sona erdirmesiyle birlikte ifa zamanının geldiği söylenebilir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, arsa

⁹⁴ 15.HD. 16.01.2009, E.2008/69 K.2009/103, "... Yanlar arasındaki 31.10.1988 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geriye etkili olarak feshine ilişkin İzmir 7. Asliye Hukuk Mahkemesi'nce verilen 2000/776 Esas ve 2000/838 Karar sayılı hüküm, dosyası kapsamındaki tebliğ bilgilerine göre 02.01.2001 tarihinde kesinleşmiş bulunmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 108. maddesi gereğince, sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; taraflar, kendilerine düşen borcu ödemekten kaçınabilir ve aynı kanunun 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve haksız iktisap kuralları uyarınca da verdiklerini geri isteyebilir ve bu kapsamda yüklenici de yasa ve sözleşme hükümlerine uygun şekilde yapmış olduğu inşaatın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshinin kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre belirlenecek bedelini arsa sahibi ya da sahiplerinden talep edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 25.01.1984 gün, 1983/3 Esas ve 1984/1 Karar sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca, ileriye etkili olarak feshine mahkemece karar verilmiş olması veya sözleşmenin, taraflarının iradelerinin birleşmesi sonucu taraflarca, ileriye etkili olarak sonuç doğurur şekilde feshi halinde yüklenici, sözleşme uyarınca kendisine verilmesi gereken bağımsız bölüm ya da bölümlerin adına tapuya tescilini veya ifa yerine geçen olumlu zarar kapsamında bedelini, arsa sahibinden talep edebilir. ..." (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.01.2016). Söz konusu karar için ayrıca bkz., **Erman**, Sözleşme, s. 115, dn. 122.

sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer⁹⁵.

Öte yandan, müteahhit, çoğu zaman arsa sahibi tarafından kendisine devri taahhüt edilmiş olan bağımsız bölümleri, yapacağı bağımsız bölümlerin finansmanını sağlamak için üçüncü kişilere satmaktadır. Bu bakımdan, alacağın temlikinin söz konusu olduğu ifade edilmişti. Bu nedenle, müteahhidin, inşaatı % 90 ve üzerinde tamamlamasına rağmen teslim günü geldiğinde inşaatı bitirmemesi sebebiyle temerrüde düşmesi ve bu nedenle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde, bu sona ermenin ileriye etkili sonuç doğuracağı ve müteahhidin orantılı bedel olarak bağımsız bölümleri talep edebileceğinden müteahhidin bu bağımsız bölümleri isteme hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmesi hâlinde üçüncü kişinin, arsa sahibine karşı tescile zorlama davası açabileceği ifade edilebilir⁹⁶.

⁹⁵ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

⁹⁶ 14.HD. 01.04.2009, E.2009/1031 K.2009/4125, "... Somut olayda; sözleşmenin ileriye etkili biçimde feshine karar verildiği, feshin kesinleştiği tarihteki binanın getirildiği fiziki seviyenin %92 olduğu kesinleşen mahkeme kararı ile sabittir. Bunun anlamı, yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerde yüklenicinin %92 oranında pay sahibi olduğudur. Kısaca, ileriye etkili feshedilen sözleşme sebebiyle yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerin %92'si yükleniciye, işin getirilmiş olan seviyesine nazaran %8'i ise arsa sahibine aittir. İleriye etkili feshin tasfiyesi bu sonucu gerektirir. Diğer taraftan, tapuda arsa niteliğinde kayıtlı kat irtifakı kurulmamış taşınmazlardan kaynaklanan hakların alacağın temlik suretiyle üçüncü bir kişiye geçirilmesi de 24.04.1978 tarihli ve 3/4 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca mümkündür. Tapuda arsa niteliğinde kayıtlı olmasına rağmen ileride kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulduğunda arsa payına bağlanacak bağımsız

7- Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin Arsa Paylarının Satışını Vaat Etmesi Hâlinde Arsa Sahibinin Temerrüde Düşen Müteahhitten Aynen İfa Talebinden Vazgeçerek Müspet Zararının Tazminini İstemesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borcunu ifa etmemesi dolayısıyla temerrüde düşmesi hâlinde arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir⁹⁷. Aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibi, müspet zararının “*mübadele teorisine*” veya “*fark teorisine*” göre hesaplanmasını isteyebilir⁹⁸. Bu bakımdan, arsa sahibinin müspet zararının hesaplanmasında seçimlik bir hakkından bahsedilebilir.

bölümün ayrı bir taşınmaz niteliği kazanmadan önce satışının vaat edilmesi veya alacağın temlik suretiyle hakkın üçüncü bir kişiye nakli halinde temlik işlemine değer tanımak ve temlik edilen bağımsız bölümün nitelikleri gözetilerek yapıda ileride kurulacak kat irtifakına esas bağımsız bölüme düşecek arsa payının bilirkişiye belirlenmesi suretiyle bu payın temlik alacaklısı adına tesciline olanak vardır. Bütün bunlardan sonra mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle davacılaran Gürsel'e dayandığı yazılı temlik sözleşmelerini dosyaya vermek üzere uygun bir süre tanımak, yapıya iskan raporu (oturma izni) alındığı gözetilerek dava konusu bağımsız bölümün bulunduğu yapıda kat irtifakı kurulmamışsa yerinde keşif yapmak ve bilirkişiden rapor almak suretiyle binada kat irtifakı kurulacakmış gibi bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarını bilirkişilere hesap ettirmek, davalılar hakkındaki sözleşme ileriye etkili feshedildiğinden feshin tasfiyesinde yükleniciye düşecek arsa payını onun temlik ettiği üçüncü kişi adına tescil etmek olmalıdır. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.01.2016).

⁹⁷ **Erman**, Sözleşme, s. 100. İnşaat sözleşmesi bakımından müspet zarar için bkz., **Öz**, s. 164-165. **Öz**, inşaat sözleşmelerinde ifadan vazgeçip tazminat istemenin, TBK.m.113/I uyarınca “*masrafi borçludan alınmak üzere borçlu yerine ifaya izin verme*” ile aynı anlama geldiğini ifade etmektedir (bkz., **Öz**, s. 165).

⁹⁸ **Ayan**, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 231. Mübadele ve fark teorileri hakkında ayrıntılı bilgi için (bkz., **Eren**, Genel, 1117-1118; **Kılıçoğlu**, Borçlar, s. 735-737; **Tandoğan**, Halûk, Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes’uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul 2010, s. 517-520). Aynen ifadan

Arsa sahibi, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını tercih ederse, müteahhit, alacağını tamamen arsa sahibinden talep edebilir. Bu bakımdan, müteahhidin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devrini arsa sahibinden isteyebileceği ifade edilebilir⁹⁹. Arsa sahibi ise, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafları ve gecikme tazminatını müteahhitten talep edebilir¹⁰⁰.

vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibi, müspet zararının mübadele veya fark teorisine göre hesaplanması arasında seçimlik hakka sahip olduğu hususunda (bkz., **Ayan**, İnşaat, s. 233). **Öz**, mübadele teorisi yerine değişim kuramı ifadesini kullanmaktadır (bkz., **Öz**, s. 168).

⁹⁹ **Ayan**, İnşaat, s. 236; **Öz**, s. 167-168. **Öz**, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedel yerine arsa payı verileceğinden, arsa payı verme ediminin tazminatla takas edilmesinin mümkün olmadığını, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borcunu ifa etmemesi dolayısıyla temerrüde düşmesi hâlinde arsa sahibin tazminat alacağı karşılığında sözleşmedeki arsa payını tam olarak müteahhide devretmesi gerektiğini ifade eder. Yazar, arsa sahibiyle yarı yarıya paylaşmak üzere arsa sahibinin arsasında 20 daireli bir bina yapmayı taahhüt eden fakat bu binayı yapmada temerrüde düşen müteahhit, kalan işi başkasına yaptırma masrafını ve gecikmeden kaynaklanan tüm zararını arsa sahibine tazmin edince işi kendisi yapmış gibi bu arsanın yarı payının adına tescilini isteyebileceğini ifade etmektedir. Yazar, tazminat borcunun tüm inşaatı yapma borcunun yerine geçtiğini, bu tazminatı tam olarak ödediğinde sanki tüm inşaat bitmiş gibi müteahhidin arsa paylarının devrini isteyebilmesi gerektiğini belirtir (bkz., **Öz**, s. 167-168). **Tandoğan**, mübadele nazariyesinin seçilmesi hâlinde, ifadan vazgeçip müspet zararını isteyen alacaklı, mutlaka kendi edimini yerine getirmelidir. Kendi edimini yerine getirmeyip sadece bu edimin kıymetiyle müspet zararı arasındaki farkın tazminini isteyemez (bkz., **Tandoğan**, Mes'uliyet, s. 518-519).

¹⁰⁰ **Öz**, s. 167-168; **Ayan**, İnşaat, s. 237. **Erman**, teslimi gereken dairelerin aynen ifadan vazgeçme tarihindeki rayiç değeri, inşaatın tamamlanması için gereken meblağ ve gecikmeden doğan zararın tazminin müteahhitten talep edebileceği görüşündedir (bkz., **Erman**, Sözleşme, s. 103). **Ayan** ise, hem bağımsız bölümlerinin değerinin hem de tamamlama masraflarının aynı anda arsa sahibine verilmesinin bir kuzudan iki post çıkarılması anlamına geleceğini ifade etmektedir (bkz., **Ayan**, İnşaat, s. 237, dn. 293).

Arsa sahibi, müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını tercih ederse, arsa sahibi, müteahhidin ifa etmediği ediminin değeri ile arsa sahibinin karşı ediminin değeri arasındaki farkın tazminini talep edebilir. Bu bakımdan, arsa sahibinin, kendi edimini yerine getirmek zorunda kalmayacaktır¹⁰¹. Bu nedenle, müteahhidin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan bağımsız bölümlerin devrini arsa sahibinden talep edebilmesi söz konusu değildir.

Bu nedenle, arsa sahibi, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını tercih ederse, müteahhidin, arsa sahibinin müspet zararını karşılmasıyla birlikte arsa sahibinin de sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümleri devir borcunu ifa etmesi gerekir. Zira, müteahhidin

15.HD. 23.11.2011, E.2011/5829 K.2011/6795, "... Borçlar Yasası'nın 106/II. maddesinde düzenlenen akdin icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyana talep etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, davacılara düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye geçirilmesi karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin (müspet zarar)istenmesi demektir. Başka bir anlatımla; mülkiyet hakkı, eksik ayıplı işler bedeli, kira mahrumiyeti ve cezai şart yerine, davacılara isabet eden dairelerin bitirilmiş haldeki rayiç bedeline ve dairelerin de yüklenici adına tesciline hükmedilir. ..."

(www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.01.2016).

¹⁰¹ **Erman**, Sözleşme, s. 101. **Öz**, mübadele teorisinin uygulanmasını kabul etmekle birlikte, fark teorisinin uygulanması hâlinde, müteahhidin inşaatı yapmakta temerrüde düşmesi üzerine arsa sahibinin ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini istemesiyle birlikte, her iki tarafın edim borçların sona ereceğini ve varsa aradaki fark kadar tazminat borcunun doğacağını ifade etmektedir. Yazar, ayrıca tazminat borcunun hesabında, işin bitirilme maliyeti ve arsa sahibinin diğer zararları toplamı ile müteahhide verilecek arsa payının değerinin farkının bulunmasındaki zorluk ve ayrıca bu hesabın yapılmasında çıplak arsa payının mı yoksa inşaat tamamlandığı zaman bu payla birlikte müteahhide düşecek bağımsız bölümlerin müstakbel değerlerinin mi dikkate alınması gerekeceği gibi belirsizliklerden dolayı fark teorisinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmasının sorun yaratacağını ifade etmektedir (bkz., **Öz**, s. 168-169).

borcunu ifa etmesiyle birlikte arsa sahibi açısından ifa zamanı gelmektedir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, arsa sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer¹⁰².

Öte yandan, müteahhit, çoğu zaman arsa sahibi tarafından kendisine devri taahhüt edilen bağımsız bölümleri, yapacağı bağımsız bölümlerin finansmanını sağlamak için üçüncü kişilere satmaktadır. Bu nedenle, arsa sahibi, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını tercih etmesi ve müteahhidin, arsa sahibinin müspet zararını karşılamasıyla birlikte üçüncü kişinin arsa sahibinden bağımsız bölümün tescilini isteyebilir.

8- Arsanın Müteahhide Devredilmesi Hâlinde İnşaatı Tamamlayan Müteahhidin Arsa Sahibine Düşen Bağımsız Bölümleri Devretmemesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, arsanın tamamının müteahhide devri suretiyle de gerçekleştirilebilir¹⁰³. Bu ihtimalde, arsa üzerinde kat irtifakı kurulmasına gerek yoktur¹⁰⁴. Anılan sözleşmede, müteahhit ve arsa sahibi, arsa sahibine ait olacak bağımsız bölümler, bu bağımsız bölümlerin niteliği, inşaatın yapılması gereken süre ve diğer hususlar hakkında anlaşmaktadırlar¹⁰⁵.

¹⁰² Eren, Mülkiyet, s. 252; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 404.

¹⁰³ Kartal, I, s. 104-105; Gümüş, II, s. 114; Erman, Sözleşme, s. 11-12; Gümüş, Şerh, 115-116; Yavuz / Acar / Özen, s. 1075.

¹⁰⁴ Gümüş, II, s. 114; Gümüş, Şerh, 115; Yavuz / Acar / Özen, s. 1075; Kartal, I, s. 104.

¹⁰⁵ Yavuz / Acar / Özen, s. 1075; Gümüş, Şerh, 115; Kartal, I, s. 104; Erman, Sözleşme, s. 12; Gümüş, II, s. 114; Coşkun, s. 28.

Burada, arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümlerin devri borcunu müteahhit inşaaata başlamadan önce ifa etmektedir. Bu bakımdan, arsanın maliki artık müteahhittir. Müteahhidin borcu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan inşaatı tamamlamak ve arsa sahibine düşecek bağımsız bölümleri devretmektir.

Müteahhit ve arsa sahibi, çoğu zaman müteahhidin borcunu ifa edeceği zamanı sözleşmede kararlaştırabilirler. İfa zamanı olarak, belirli bir tarihin yanı sıra inşaatın belirli bir aşamaya gelmesi de kararlaştırılabilir¹⁰⁶. Anılan sözleşmede söz konusu ihtimal için ifa zamanı, arsa sahibinin (arsanın önceki maliki) borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkânının başladığı zamanı ifade eder¹⁰⁷.

Müteahhidin inşaatı yapması ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin gelmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan arsa sahibi, müteahhitten, tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Müteahhit, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, müteahhit, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda eski arsa sahibi, hâkimden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte bağımsız bölümlerin mülkiyeti tescilden önce arsa sahibine geçer¹⁰⁸.

9- Arsanın Müteahhide Devredilmesi ve Müteahhidin İnşaatı Yapması Hâlinde Arsa Sahibinin Alacak Hakkını Üçüncü Kişiyeye Temlik Etmesi

Arsa sahibi, müteahhit tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri üçüncü bir kişiyeye satabilir. Arsa sahibinin, müteahhit tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri sattığı üçüncü kişiler arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafı değildir. Zira arsa

¹⁰⁶ Erman, Sözleşme, s. 52.

¹⁰⁷ Oğuzman / Öz, s. 320.

¹⁰⁸ Eren, Mülkiyet, s. 252; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, s. 404.

sahibi, kendisine düşecek olan bağımsız bölümlerin maliki değildir. Bu nedenle, arsa sahibinin maliki olmadığı bağımsız bölümler üzerinde tasarruf etmesi mümkün değildir. Buna karşılık, arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep hakkı bulunmaktadır. Arsa sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep hakkını üçüncü kişiye devredebilir ve bu devir alacağın temliki olarak kabul edilmektedir.

Müteahhit ve arsa sahibi, çoğu zaman müteahhidin borcunu ifa edeceği zamanı sözleşmede kararlaştırabilirler. İfa zamanı olarak, belirli bir tarihin yanı sıra inşaatın belirli bir aşamaya gelmesi de kararlaştırılabilir¹⁰⁹. Anılan sözleşmede söz konusu ihtimal için ifa zamanı, arsa sahibinden bağımsız bölümleri isteme hakkını temlik alan üçüncü kişinin borcun ifasını talep yetkisini kullanma imkânının başladığı zamanı ifade eder¹¹⁰.

Müteahhidin inşaatı yapması ve sözleşmede kararlaştırılan sürenin gelmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan üçüncü kişi, müteahhitten, tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Müteahhit, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, müteahhit, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda üçüncü kişi, hâkimden bağımsız bölümlerin mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte bağımsız bölümlerin mülkiyeti tescilden önce eski arsa sahibine geçer¹¹¹.

Buna karşılık, müteahhitten inşaatı yapmaması sebebiyle üçüncü kişinin bağımsız bölümün kendi adına tescilini sağlayamayacağı ifade edilebilir. Bu durumda, arsa sahibi, ivaz karşılığı müteahhitten olan alacağını devredince, devralan üçüncü kişiye alacağın varlığını ve

¹⁰⁹ **Erman**, Sözleşme, s. 52.

¹¹⁰ **Oğuzman / Öz**, s. 320.

¹¹¹ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

borçlunun ödeme gücünü garanti etmiş sayılır. Nitekim, TBK.m.191/1'e göre¹¹², “*alacak, bir edim karşılığında devredilmişse devreden, devir sırasında alacağın varlığını ve borçlunun ödeme gücüne sahip olduğunu garanti etmiş sayılır*”. Bu bakımdan, üçüncü kişi müteahhitten alacağını tam olarak tahsil edememişse, tahsil edemediği tutarı arsa sahibinden talep edebilecektir. Ancak, üçüncü kişinin bu yola başvurabilmesi için devrin ivazlı olması ve müteahhidin ödeme gücündeki eksikliği sebebiyle borcun ifa edilmemiş olması gerekmektedir.

10- Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekilde yapılması gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, resmî şekle uyulmadan yapılması hâlinde kural olarak kesin hükümsüz olduğu kabul edilir¹¹³. Bu husus, emredici nitelik taşır ve bu nedenle, taraflar aksini kararlaştıramaz¹¹⁴. Öte yandan, her ne kadar sözleşme kesin

¹¹² **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**'a göre, bu kural, bir yedek hukuk kuralı olduğu için aksi kararlaştırılabilir. Hattâ, bazı hâllerde garanti yükümlülüğünün zımnen kaldırıldığı kabul edilmektedir. Devralanın alacağın çekişmeli olduğunu bilmesi hâli buna örnek olarak gösterilebilir (bkz., age., s. 260).

¹¹³ **Yavuz / Acar / Özen**, s. 1082-1083; **Erman**, Sözleşme, s. 17-18; **Gümüş**, II, s. 116; **Yener**, Devir, s. 372; **Erman**, Karar, s. 507.YİBK. 30.9.1988, E.1987/2 K.1988/2, “... Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sıhhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, "geçersizlik" müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanununun 634. maddesi ile Borçlar Kanununun 11 ve 213. maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re'sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. ...” (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.01.2016).

¹¹⁴ 14.HD. 14.3.2011, E.2011/1958 K.2011/3194, “... Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tarihsiz ve adi yazılı olarak düzenlenmiştir. Bir tanımlama yapmak gerekirse; arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi "yüklenicinin finansı kendisi tarafından sağlanarak arsa malikinin arsası üzerine bina yapım işini üstlendiği, arsa malikinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölüm mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği" sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmelerde, ücret (bedel)

hükümsüzlük nedeniyle geçersiz olsa da şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, anılan sözleşmenin geçersizliğinden bahsedilemeyecektir. Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı hususu ise somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Bu bakımdan, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin yerine getirilmesi hâlinde sonradan şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilir.

Bu bakımdan, resmî şekilde yapılmayan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhit arsa sahibinin arsası üzerinde inşaatı yapma ve arsa sahibine inşaatı teslim etme borcunu yerine getirmesine karşılık arsa sahibinin müteahhide düşen bağımsız bölümlerin devri borcunu yerine getirmeyerek şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır. Zira, arsa sahibi, inşaatın yapılması süresince şekil eksikliğı hususunda bir itirazda bulunmayıp inşaatın yapılmasına ses çıkarmamaktadır. Bu bakımdan, müteahhidin borcunu ifa etmesinden sonra arsa sahibinin kendi borcunu yerine getirmekten kaçınmak için şekil eksikliğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir¹¹⁵.

arsa sahibi tarafından ayın olarak ödenmektedir. Burada, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde şekil sorunu üzerinde de durulması gerekmektedir. Gerçekten, Borçlar Kanunumuzda kural olarak sözleşmelerin yapılışı, bir şekle tabi tutulmamıştır. B.K. m. 11/1 hükmüne göre "akdın sıhhati kanunda serehat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir şayet kanun "tarafılardan birinin veya her ikisinin bazen de üçüncü kişinin veya kamunun menfaatini korumayı, hukuki güvenliğı sağlamayı" amaçlamışsa şekil zorunluluğı getirebilir. BK. m. 11/1 uyarınca "kanunun emrettiğı şeklin şümul ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz", bu hükme göre aksine açıklık bulunmadıkça uyulması emredilen şekil bir sıhhat-geçerlilik şartıdır. ... (www.hukukturk.com, Erişim Tarihi: 11.01.2016).

¹¹⁵ 15.HD. 7.2.1995, E.1994/3473 K.1995/587, "... Davacı yüklenici ile davalı arsa sahibi arasında düzenlenen 22.09.1987 tarihli adi yazılı kat karşılığı inşaat sözleşmesinde davalıya ait arsa üzerinde bir bodrum, bir zemin üzerine beş normal ve bir çekme kat inşaa edileceğı ve bodrum katta bir dükkan, zemin katta bir dükkan, ikinci katın tamamı, üçüncü katın ön

Bu nedenle, resmî şekilde yapılmayan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine rağmen müteahhidin borcunu ifa etmesi ile birlikte

cepheye bakan dairesi, dördüncü beşinci katın arkaya bakan birer dairesinin arsa sahibine verileceği geriye kalan dükkan ve dairelerin yükleniciye kalacağı kararlaştırılmıştır. Ancak, inşaatın tasdikli projesinde bir bodrum ve bir zemin kat üzerine bir normal kat olarak yapılacağı gösterilmiş isede; yukarıda açıklanan ilave katların yüklenici tarafından sözleşme doğrultusunda yapıldığı ve taraflar arasında sözleşmeye uygun olarak paylaştırıldığı, taraflara düşen bağımsız bölümlerin teslim olunduğunu 28.02.1989 tarihli eksözleşmede belirtilmiş ve arsanın 100/200 hissesinin tapuda yükleniciye devir ve temlik edileceği de ilk sözleşmede kararlaştırılmıştır. Bu durumda davacı yüklenicinin, sözleşme gereğince inşaatı tamamen yapıp bitirdiği ve davalı arsa sahibine düşen bağımsız bölümleri teslim ettiği anlaşılmakta ise de; inşaatın bu haliyle henüz tasdikli projesinin yaptırılmadığı ve iskan ruhsatının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmeye göre, inşaatın tasdiki projesini ve iskan ruhsatını almak davacı yükleniciye aittir. Sözleşme adi yazılı şekilde düzenlenmişse de, yüklenici sözleşmede öngörülen inşaatı tümüyle yapıp bitirmiş ve arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümleri de teslim etmiş olduğundan artık bu aşamadan sonra sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek MK.nun 2. maddesindeki iyi niyet kuralı ile bağdaşmaz. Ne varki davacı yüklenici de tapu hissesinin devir ve temlikini isteyebilmesi için sözleşmede öngörülen tasdikli projeyi yaptırmak, iskan ruhsatını almak ve kat irtifakını kurmak edimlerini yerine getirmekle yükümlüdür. Öyleyse mahkemece, davacı yükleniciye bu edimlerini yerine getirebilmesi için mehil verilmesi ve davalı iş sahibinin bu konuda davacı yükleniciye yardımcı olmasına ve bundan kaçındığı takdirde mahkemece davacıya mehil ile birlikte bu işlerin yapılması için yetki verilmesi, böylece sözleşmenin ifasının sağlanması verilecek uygun mehil içerisinde anılan yükümlülükler yerine getirildiği takdirde dava konusu hissenin davacı adına tapuya tesciline karar verilmesi, tersi durumda, yani inşaatın mevcut durumuna göre ruhsat alınmasının mümkün olmadığı anlaşıldığı takdirde, ne şekilde ruhsat alınabileceğinin belediyeden sorulması ve gerektiğinde mahallinde bilirkişi marifeti ile keşif yapılarak inşaatı nasıl ruhsat alınabileceği saptanarak, davacı yükleniciye ruhsat alınabilecek hale getirmesi için mehil verilmesine ve böylece yapılacak inceleme ve araştırma sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken sözleşmenin geçersiz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir. ...” (Yavuz / Acar / Özen, s. 1086, dn. 56).

arsa sahibinin bağımsız bölümleri devretme borcunun ifa zamanı geldiği ifade edilebilir. İfa zamanının gelmesi ile birlikte arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayanan müteahhit, arsa sahibinden tescil işleminin yapılmasını isteyebilir. Zira, Medenî Kanununun 1013 üncü maddesine göre tescil, malikin yazılı tescil talebi üzerine yapılabilir. Arsa sahibi, bu isteği yerine getirerek yazılı tescil talebinde bulunursa bir sorun çıkmaz. Buna karşılık, arsa sahibi, yazılı tescil talebine yanaşmayabilir. Bu durumda müteahhit, hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesini isteyebilir (TMK.m.716). Hâkimin bu talep üzerine vereceği karar yenilik doğurucu nitelik taşır. Kararın kesinleşmesi ile birlikte arsa paylarının mülkiyeti tescilden önce müteahhide geçer¹¹⁶.

Öte yandan, müteahhit, çoğu zaman arsa sahibi tarafından kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri, yapacağı bağımsız bölümlerin finansmanını sağlamak için satmaktadır. Resmî şekilde yapılmayan arsa payı karşılığı sözleşmesine rağmen, müteahhidin, inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmesiyle birlikte üçüncü kişi bağımsız bölümlerin devrini arsa sahibinden isteyebilir. Bu bakımdan, arsa sahibi, müteahhit ile yaptıkları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçersiz olduğunu üçüncü kişiye karşı ileri süremez. Çünkü, müteahhit inşaatı tamamlayarak arsa sahibine teslim etmiştir ve artık arsa sahibinin şekil eksikliğini üçüncü kişiye ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. Üçüncü kişi, arsa sahibinin tescile yanaşmaması durumunda tescile zorlama davası açabilir¹¹⁷.

¹¹⁶ **Eren**, Mülkiyet, s. 252; **Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir**, s. 404.

¹¹⁷ 1.HD. 3.4.1989, E.1989/1154 K.1989/4070, "... Kat karşılığı inşaat sözleşmesi; ister resmi, ister yazılı veya sözlü olarak düzenlensin, üstlenici (müteahhit) edimini yerine getirdiği takdirde, sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin adına tescilini isteme hakkı kazanır. Bu kişisel haktır. Borçlunun istek ve onayına bakılmaksızın, üçüncü kişilere temlikî olanaklıdır ve temlik işleminin de yazılı yapılması yeterlidir. Kişisel hakkı temellük eden kişi ise; bu hakkı üstleniciye ve arsa sahibine karşı ileri sürme olanağını kazanır ve koşulların oluştuğunu kanıtlaması halinde de mülkiyetin kendisine nakledilmesini isteyebilir. ..." (**Erman**, Sözleşme, s. 28, dn. 23).

C) TESCİLE ZORLAMA DAVASININ TARAFLARI

Tescile zorlama davasının taraflarını, tescile zorlama davasının açılacağı çeşitli ihtimallere göre, arsa sahibi, müteahhit ve üçüncü kişi oluşturur.

Bu bakımdan, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı müteahhit iken davalı arsa sahibidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve bağımsız bölümün mülkiyetini talep hakkını üçüncü kişiye devretmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, arsa sahibi ve üçüncü kişi oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı üçüncü kişi iken davalı arsa sahibidir.

Şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve arsa sahibinin arsayı üçüncü kişiye devretmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, üçüncü kişi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı müteahhit iken davalı üçüncü kişidir.

Şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve arsa sahibinin arsayı üçüncü kişiye devretmesi ve müteahhidin de bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep hakkını üçüncü kişiye devretmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, arsa sahibinden arsayı devralan (Ü1) ve müteahhitten arsa sahibinden olan alacak hakkını temlik ettiği (Ü2) oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı müteahhitten alacak hakkını temlik alan Ü2) iken davalı arsa sahibinin arsayı devrettiği (Ü1)dir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt ettikten sonra inşaatı tamamlamadan terk etmesi durumunda masrafi müteahhide ait olmak üzere arsa sahibi tarafından inşaatın bitirilmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, kural olarak, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı

müteahhit iken davalı arsa sahibidir. Bununla birlikte, müteahhidin, arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmesi durumunda davacı üçüncü kişi iken davalı arsa sahibidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve müteahhidin sözleşmede kararlaştırılan inşaatı tamamlamaması hâlinde şartları dâhilinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ileriye etkili olarak feshedilebilir ve müteahhit bağımsız bölüme yapmış olduğu harcamaları inşaatın geldiği düzeyle orantılı olarak isteyebilir. Bu durumda, tescile zorlama davasının taraflarını, kural olarak, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı müteahhit iken davalı arsa sahibidir. Bununla birlikte, müteahhidin, arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmesi durumunda davacı üçüncü kişi iken davalı arsa sahibidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde arsa sahibinin temerrüde düşen müteahhitten aynen ifa talebinden vazgeçerek müspet zararının tazminini mübadele teorisine göre istemesi hâlinde tescile zorlama davasının taraflarını, kural olarak, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı müteahhit iken davalı arsa sahibidir. Bununla birlikte, müteahhidin, arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmesi durumunda davacı üçüncü kişi iken davalı arsa sahibidir.

Arsanın tamamının müteahhide devredilmesi hâlinde inşaatı tamamlayan müteahhidin arsa sahibine düşen payları devretmemesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı arsa sahibi iken davalı müteahhittir.

Arsanın tamamının müteahhide devredilmesi ve müteahhidin inşaatı yapması hâlinde arsa sahibinin alacak hakkını üçüncü kişiye temlik etmesi ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, üçüncü kişi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı üçüncü kişi iken davalı müteahhittir.

Şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayılması ihtimalinde, tescile zorlama davasının taraflarını, genellikle, arsa sahibi ve müteahhit oluşturmaktadır. Söz konusu ihtimalde, davacı

müteahhit iken davalı arsa sahibidir. Bununla birlikte, müteahhidin, arsa sahibinden olan alacak hakkını üçüncü bir kişiye temlik etmesi durumunda davacı üçüncü kişi iken davalı arsa sahibidir.

D) TESCİLE ZORLAMA DAVASINDA YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Yetkili mahkeme konusunda, kural olarak, genel esaslar geçerlidir. Bu nedenle, tescile zorlama davasında, hukuk düzeninin öngördüğü istisnalar hariç, taşınmazın bulunduğu yer (HMK.m.12) mahkemesi yetkilidir¹¹⁸. Buna karşılık, müteahhitten ve bazı ihtimallerde arsa sahibinden bağımsız bölüm alacağını temlik alan kişilerin konut ve tatil amaçlı taşınmaz edinen kişilerden olması durumunda tüketici mahkemesi görevli olduğundan yetkili mahkeme tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi de olacaktır.

Görevli mahkeme ise kural olarak, asliye hukuk mahkemesi (HMK.m.2) olmakla birlikte tüketici mahkemesi ve ticaret mahkemesinin de görevli olabileceği ifade edilebilir. Bu bakımdan, davanın taraflarının her ikisinin de tacir olmadığı veya sadece bir tarafın tacir olduğu durumlarda asliye hukuk mahkemesinin görevli olacaktır. Buna karşılık, davanın taraflarının her ikisinin de tacir olması durumunda anılan sözleşmenin ticarî işletmeyi ilgilendirdiği ve bu nedenle, TTK.m.4 gereğince ticaret mahkemesinin görevlidir. Öte yandan, müteahhitten ve bazı ihtimallerde arsa sahibinden daire alacağını temlik alan kişilerin konut ve tatil amaçlı taşınmaz edinen kişilerden olması durumunda tüketici mahkemesi görevlidir. Zira, konut edinme amaçlı olarak bir taşınmaza ilişkin girişimci ve tüketici arasında akdedilen satış sözleşmesi bir tüketici işlemi sayılır¹¹⁹ ve tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir¹²⁰. Öte yandan, müteahhitten ve bazı ihtimallerde arsa sahibinden bağımsız bölümün devrine ilişkin alacağı temlik alan kişilerin konut ve tatil amaçlı olmayan bir bağımsız bölüm alması hâlinde

¹¹⁸ Ayan, II, s. 223-224.

¹¹⁹ Gümüüş, Mustafa Alper, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi C. 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014, s. 28.

¹²⁰ Aydoğdu, Murat, Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015, s. 354.

dava genel yetkili mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülecektir¹²¹.

E) TESCİLE ZORLAMA DAVASINDA İSPAT

Medenî Kanununun 6 ncı maddesine göre, “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”. Bu bakımdan, tescile zorlama davasını açan davacının, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatlaması gerekir. Bu nedenle, davacı, geçerli bir şekilde kurulmuş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin varlığını ispatlamadır. Zira, davacının, hakkını geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayandırması durumunda davanın kural olarak reddedilmesi gerekir. Buna karşılık, müteahhit, geçersiz bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine rağmen müteahhit borcunu yerine getirmiş ve davalı tarafından şekil eksikliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması hâlinde davanın reddedilmemesi gerektiği ifade edilebilir. Öte yandan, davacının, ifa zamanının gelmesiyle birlikte davalıdan tescil işleminin yapılmasını istediğini buna karşılık, davalının tescil talebine yanaşmadığını da ispatlaması gerektiği ifade edilebilir.

F) TESCİLE ZORLAMA DAVASININ AÇILABİLECEĞİ SÜRE

Tescile zorlama davasının hukukî niteliğinin bir alacak davası olduğu ifade edilebilir¹²². Bu nedenle, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbidir (TBK.m.146). Zamanaşımı süresi ise, alacağın muacceliyet kazandığı tarihten itibaren işler¹²³. Öte yandan, açılan tescile zorlama davası sonucunda verilen mahkeme kararının yerine getirilmesinde zamanaşımı söz konusu olmaz. Çünkü, mahkemenin kararı aynî nitelik gösterir. Bu nedenle, davacı, kesinleşmiş mahkeme kararıyla, kural olarak her zaman, kendi üzerine açıklayıcı tescil işlemini yaptırabilir¹²⁴.

¹²¹ Yaşar, s. 317.

¹²² Ayan, II, s. 224.

¹²³ Ayan, II, s. 224.

¹²⁴ Ayan, II, s. 224.

IV. SONUÇ

Nüfusun hızlı artışıyla birlikte konut ihtiyacının artması ve arsa sahiplerinin inşaat yapacak yeterli paraya sahip olmaması uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak bilinen sözleşme tipini ortaya çıkartmıştır. Anılan sözleşme ile birlikte arsa sahibi, arsası üzerinde inşaat yapacak yeterli parası olmamasına rağmen arsasında yapılacak inşaatın bazı bağımsız bölümleri müteahhide devretmek karşılığında arsası üzerinde yapılan ve kendisine düşen bağımsız bölümlere sahip olabilmektedir. Müteahhit ise anılan sözleşmeyle birlikte hem yeni iş imkânı elde etmekte hem de arsa sahibinden yaptığı inşaat karşılık kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri üçüncü kişiye satarak kâr elde etmektedir. Diğer bir deyişle, ortada kazan-kazan (win-win) durumu söz konusu olmaktadır. Bu nedenle, anılan sözleşmeye, uygulamada çok sık başvurulduğu görülmektedir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine uygulamada çok sık başvurulmasına paralel olarak bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıklara da çok sık rastlanıldığı bir gerçektir. Bu uyuşmazlıklardan biri de, borçlunun ifa zamanı gelmesine rağmen tescile yanaşmamasıdır. Anılan sözleşmede tescile yanaşması gereken borçlu çeşitli ihtimallere göre arsa sahibi ya da müteahhit olabilir. Buna karşılık, üçüncü kişinin de borçlu olabileceği ifade edilmelidir. Zira, şerh edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahibinin, arsa paylarının satışını vaat etmesi hâlinde müteahhidin inşaat yapmayı taahhüt etmesi ve arsa sahibinin arsayı üçüncü kişiye devretmesi ve müteahhidin de arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi durumunda tescil talebinde bulunması gereken arsa sahibinden arsayı devralan üçüncü kişidir.

Müteahhidin yapma edimini tamamlamadan inşaatı terk etmesi hâlinde, TBK.m.113 hükmünü yapma borcunun aynen ifası olarak kabul edilen görüşün benimsenmesiyle birlikte arsa sahibi tarafından veya başkası tarafından inşaatın bitirilmesi durumunda, müteahhidin karşı edim alacağı olan bağımsız bölümlerinin mülkiyetinin devrini arsa sahibinden isteyebilir. Eğer müteahhit bağımsız bölüm alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmiş ise üçüncü kişinin de bağımsız bölümün kendi adına tescilini isteyebileceği ifade edilebilir.

Müteahhidin temerrüde düşmesi nedeniyle arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi hâlinde bu sona ermenin geçmişe etkili

olabilmesi için müteahhidin inşaatın büyük bir bölümünü tamamlamamış olması gerekir. Bu bakımdan, müteahhidin yaptığı inşaatın % 90 ve altı bir seviyede olması inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmadığına işaret edebilir. Buna karşılık, müteahhidin inşaatın büyük bir bölümünün tamamlanmasına rağmen inşaatı bitirmeyerek borçlu temerrüdüne düştüğü hâllerde arsa sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda sona ermenin ileriye etkili bir sonuç doğurması gerektiği ifade edilebilir. Bu nedenle, müteahhit arsa sahibinden inşaatı bitirme oranı ölçüsünde bağımsız bölümler talep edebilir. Zira, 25.1.1984 tarih ve E.1983/3 K.1984/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında bahsi geçen bedel ifadesinin, MK.m.2 ışığında yorumlanması isabetli olacaktır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müteahhidin borcunu ifa etmemesi dolayısıyla temerrüde düşmesi hâlinde arsa sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir. Aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden arsa sahibi, müspet zararının “*mübadele teorisine*” göre hesaplanmasını isteyebilir. Arsa sahibi, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını isterse, müteahhit, alacağını tamamen arsa sahibinden talep edebilir.

Resmî şekilde yapılmayan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle müteahhit arsa sahibinin arsası üzerinde inşaatı yapma ve arsa sahibine inşaatı teslim etme borcunu yerine getirmesine karşılık arsa sahibinin müteahhide düşen bağımsız bölümlerin devri borcunu yerine getirmeyerek şekil eksikliğini ileri sürmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır. Zira, arsa sahibi, inşaatın yapılması süresince şekil eksikliği hususunda bir itirazda bulunmayıp inşaatın yapılmasına müsaade etmektedir. Bu bakımdan, müteahhidin borcunu ifa etmesinden sonra arsa sahibinin kendi borcunu yerine getirmekten kaçınmak için şekil eksikliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinin ve bu nedenle, müteahhidin, karşılaştırılan bağımsız bölümlerin devrini arsa sahibinden isteyebileceğinin kabulü gerekir.

KAYNAKLAR**

Acar, Faruk: Eser Sözleşmesinde Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, E-Akademi Hukuk, Ekonomi Ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S. 134, Aralık 2013, <http://www.e-akademi.org/makaleler/facar.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.12.2015).

Akkayan Yıldırım, Ayça: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, 2004, s. 49-86.

Akıntürk, Turgut: Eşya Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2009.

Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.

Arıkan, Mustafa: Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, 2005, s. 129-155.

Arıkan, Mustafa / **Erdoğan**, Kemal: Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Alacak Hakkının Üçüncü Kişiyi Devri, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 34, 2015, s. 145-172.

Ayan, Serkan: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008 (Ayan, İnşaat).

Ayan, Mehmet: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, Borçlar).

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, I, Zilyetlik ve Tapu Sicili, 13. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, I).

Ayan, Mehmet: Eşya Hukuku, II, Mülkiyet, 9. Baskı, Ankara 2016 (Ayan, II).

Aydoğdu, Murat / **Kahveci**, Nalan: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Gözönüne

** Aynı yazarın birden fazla eserine ve aynı soyadı taşıyan farklı yazarlara yapılan atıfları ayırmak için belirlenen kısaltmalar, eserin sonunda parantez içinde verilmiştir.

Alınarak Şema ve Tablolarla Açıklamalı Ders Kitabı, 2. Baskı, Ankara 2014.

Aydoğdu, Murat: Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara 2015.

Buz, Vedat: Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.

Coşkun, Gürkan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukukî Durumu, Ankara 2010.

Durak, Yasemin: Arsa Payı Karşılığı Kat Yapımı Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6 (Özel Sayı), 2015, s. 207-252.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (Eren, Genel).

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2015 (Eren, Özel).

Eren, Fikret: Mülkiyet Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014 (Eren, Mülkiyet).

Erman, Hasan: Karar İncelemesi: Arsa Payı İnşaat sözleşmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 50, S. 1-4, 1984, s. 507-517 (Erman, Karar).

Erman, Hasan: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 3. Baskı, İstanbul 2010 (Erman, Sözleşme).

Esener, Turhan / **Güven**, Kudret: Eşya Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015.

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 1, 3. Baskı, İstanbul 2013 (Gümüş, I).

Gümüş, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C. 2, 3. Baskı, İstanbul 2014 (Gümüş, II).

Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Şerhler, 2. Baskı, 2007 (Gümüş, Şerh).

Gümüş, Mustafa Alper: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Şerhi C. 1 (Madde: 1-46), İstanbul 2014 (Gümüş, Tüketici).

İnan, Ali Naim / **Yücel**, Özge: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

Kanber, Kemal: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, 1997, s. 36-47.

Kaneti, Selim: Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962.

Kartal, Bilâl: Arsa Payı Karşılığı Bağımsız Bölüm Yapma Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (I), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 1-2, 1983, s. 96-113 (Kartal, I).

Kartal, Bilâl: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (II), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 3, 1983, s. 329-353 (Kartal, II).

Kartal, Bilâl: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi ve Özellikle Biçimi (III), Yargıtay Dergisi, C. 9, S. 4, 1983, s. 551-568 (Kartal, III).

Kaya, Özgür Katip: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1993.

Kırca, Çiğdem: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (Bildiriler - Tartışmalar), Ankara 2007.

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2014 (Kılıçoğlu, Borçlar).

Kılıçoğlu, Ahmet M.: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, 5. Baskı, Ankara 2015 (Kılıçoğlu, Medeni).

Kocaağa, Köksal: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan "İlave İş" ve "İlave Bağımsız Bölüm" Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, 2009, s. 86-104.

Kurşat, Zekeriya: İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2014.

Nomer, Haluk Nami / **Ergüne**, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, Zilyetlik ve Tapu Sicili, İstanbul 2014.

Nomer, Halûk N.: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.

Oğuzman, M. Kemal / **Öz**, M. Turgut: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, 11. Baskı, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal / Özer, Seliçi / Oktay-Özdemir: Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.

Oktay, Saibe: İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, s. 263-296.

Öz, Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013.

Özmen, Etem Saba / Akçura-Karaman, Tuba: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri Konusunda Uygulama Hataları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 88. S. 1, 2013, s. 47-75.

Reisoğlu, Safa: Arsa Payı İnşaat Sözleşmesine İlişkin Bir Kısım Sorunlar, BATİDER, C. 24, S. 2 (Seza Reisoğlu'na Armağan Sayısı), 2007, s. 5-17.

Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul 2014 (Reisoğlu, Borçlar).

Serozan, Rona: Eşya Hukuku I, 3. Baskı, İstanbul 2014 (Serozan, Eşya).

Serozan, Rona: İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 6. Baskı, İstanbul 2014 (Serozan, İfa).

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Serozan, Dönme).

Sirmen, A. Lâle: Eşya Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2015.

Sarı, Suat: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Hakkın Şerhi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 64, S. 2, 2006, s. 273-300.

Tandoğan, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 5. Baskı, İstanbul 2010 (Tandoğan, Özel).

Tandoğan, Halûk: Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet), 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Baskı, İstanbul 2010 (Tandoğan, Mes'uliyet).

Tekinay, Selâhattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

Ulukapı, Ömer / Atalı, Murat: Noterlik Hukuku, 3. Baskı, Konya 2013.

Yaşar, Halis: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde 3. Kişinin (Alıcı) Hak ve Sorumlulukları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 102, 2012, s. 289-322.

Yavuz, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul 2014.

Yener, Mehmet Deniz: Müteahhidin Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Haklarını Üçüncü Şahıslara Devri ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 65, S. 2, 2007, s. 371-382 (Yener, Devir).

Yener, Mehmet Deniz: Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları, İstanbul 2011 (Yener, Temerrüt).

Yıldırım, Abdülkerim: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2014.

Yücel, Özge: Yargıtay Kararı Işığında Geçersiz Veya Feshedilmiş Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi İlişkisinde Haksız Yapı Hükümlerinin Uygulanabilirliği, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 62, S. 2, 2013, s. 539-563.

Zevkliler, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Baskı, Ankara 2015.

Zevkliler, Aydın / **Ertaş**, Şeref / **Havutçu**, Ayşe / **Aydoğdu**, Murat / **Cumaloğlu**, Emre: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku, Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, 2. Baskı, İzmir 2013.

YAYIN ŞARTLARI

Dergide yayınlanması talebiyle editöre gönderilen eserler, gizli tutulan hakemlerin (iki hakem) olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde eser üçüncü bir hakeme gönderilir.

1. Hazırlanan çalışmalar (01 Ocak 2017 tarihinden itibaren), DERGİPARK üzerinden (<http://dergipark.gov.tr/suhfd>) sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar dergipark sistemi üzerinden yürütülecektir.

2. Gönderilen makalelerin başına, makalenin yabancı dildeki adı, en fazla 100 kelimelik Türkçe ve yabancı dilde özetlerinin ve beş adet anahtar kelimenin (Keywords) eklenmesi gerekmektedir. Çalışmanın sonunda kaynakça yer almalıdır.

3. Sayfa yapısı: Üst ve alttan 6'şar cm; yanlardan 4,5'ar cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar kural olarak 35 sayfadan fazla olmamalıdır.

4. Metin yazıları: Times New Roman karakteri ile **11,5 punto tek satır** aralığı, ilk satırı özel **1,25 cm** değerinde **paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk** olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. **Başlık 1 biçimi sadece yazının ana başlığı için** kullanılmalıdır. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber "adı SOYADI" biçiminde yazılmalı, gerekli açıklamalar * işareti kullanılarak dipnotta yapılmalıdır.

5. Dipnotlar: Times New Roman yazı karakteri, **10,5 punto, Tek satır** aralığı, **0,7 asılı**, paragraf **sonrası 3 nk** boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda **dipnotlar** otomatik olarak ve her sayfa altında verilmeli, dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, (yayın yılı), Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri, yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı (yayın yılı), "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı (Yayın yılı) ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

6. Makalenin daha önce hiçbir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

7. Yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayımlanan yazılar üzerinde Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin, her türlü formatta yayımlamak dâhil, tüm yayın haklarına sahip olduğunu kabul ederler.

BU ŞARTLARI TAŞIMAYAN BAŞVURULAR KABUL EDİLMEMEYECEKTİR.

Haberleşme Adresi: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi Editörlüğü
Alaaddin Keykubat Kampüsü 42079 **KONYA**

İnternet adresi: <http://www.selcuk.edu.tr/hukuk/tr>

e-posta: hukukdergi@selcuk.edu.tr