

ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ





ERCIYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

CİLT: XIII

SAYI: 2

YIL: 2018

EKİM – 2018
KAYSERİ

SAHİBİ (Owner)

Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı Adına
Prof. Dr. Murat DOĞAN

SORUMLU MÜDÜR (Responsible Manager)

Fatma İLHAN

<u>HABERLEŞME ADRESİ</u>	<u>TLF</u> : +90 352 438 06 61 +90 352 437 49 01 / 38000
ERCİYES ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ	<u>FAKS</u> : +90 352 438 06 62
38039 / MELİKGAZI- KAYSERİ	<u>E-MAİL</u> : eruhukukdergisi@gmail.com
	<u>ISSN</u> : 1306-3839
	<u>Basım Tarihi:</u> KASIM 2018

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

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

Dizgi ve Mizanpaj

Arş. Gör. Mustafa UYANIK

Baskı:

Erciyes Üniversitesi Matbaası, MELİKGAZI/ KAYSERİ

YAYIN İLKELERİ

1. Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (ERÜHFD) ULAKBİM tarafından taranan, Nisan ve Ekim aylarında olmak üzere yılda iki defa yayımlanan hakemli bir dergidir. Yayımlanması istenen çalışmaların Nisan ayında çıkan sayı için 31 Mart; Ekim ayında çıkan sayı için 30 Eylül tarihine kadar Fakültemize teslim edilmesi gereklidir.
2. Dergide yayımlanmak üzere gönderilen bilimsel nitelikli çalışmaların kamu hukuku, özel hukuk ve ekonomi-maliye alanlarına ilişkin ve daha önce başka bir yerde yayımlanmamış olması gerekir. Çevirilerin yayımlanmış olduğu dildeki asıl nüshası ile birlikte gönderilmesi şarttır.
3. Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılara da yer verilmektedir. Yazılar Türkçe veya yabancı dillerden herhangi birinde yazılmış olsalar dahi, her bir yazıda, metnin amacını en iyi ifade edecek şekilde, en az 100, en çok 200 sözcükten oluşan Türkçe ve İngilizce, Almanca, Fransızca yabancı dillerinden herhangi biri olmak üzere özetlerin; her iki dilde yazı başlığı ile beşer anahtar sözcüğün yazının başına eklenerek, gönderilmesi gereklidir.
4. Çalışmalar, editörlüğe bir nüsha çıktı ile beraber cd veya e-posta yollarından biriyle gönderilmelidir. Yazarlar, unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adreslerini, telefon numaralarını ve e-posta adreslerini bildirmelidir.
5. Yayımlanmak üzere gönderilecek çalışmalar azami 9000 sözcük olmalıdır. Çalışmalar, bir nüsha çıktısı ile birlikte Office 2000 ve üstü bir versiyonda yazılmış ve sayfa marjları A4 boyutu üzerinden üstten 6 cm., alttan 5 cm., sağ ve soldan 4,5 cm. olarak ayarlanmış bir şekilde dergiye gönderilmelidir. Gönderilen makalelerin İngilizce başlığı da yazılmalıdır. Word programındaki otomatik başlıklandırmalar kullanılmamalıdır.
6. Yayın Komisyonunca ilk değerlendirilmesi yapılarak, yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar yazarına iade edilir, yayımlanması uygun görülen çalışmalar ise hakem ya da hakemlere gönderilir. Çalışmalar, isimleri saklı tutulan hakem heyeti içinden, yazarın akademik unvanına göre daha üst unvanlı bir hakemin görüşü alınarak, aynen veya değiştirilmek suretiyle yayımlanır. Hakemden "düzeltmesi kaydıyla yayınlanabilir" şeklinde gelen eserlerin yayımlanabilmesi için eser sahibinin hakem raporunda belirtilen düzeltmeleri yapması ve buna ilişkin bir dilekçeyi yayın komisyonuna vermesi zorunludur. Hakem incelemesi sonucunda yayımlanması uygun görülmeyen çalışmalar ise yazarına iade edilir.

7. Süresi içerisinde hakem incelemesinden geri gelmeyen çalışmalar, yazarı tarafından aksi yönde bir talepte bulunulmadıkça derginin bir sonraki sayısında değerlendirilir.
8. Dergide yayımlanan eserleri değerlendiren hakemlerin isimleri iki sayıda bir yayınlanır.
9. Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmaların yanı sıra kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlara da yer verilir. Bu nitelikteki yazıların kabulü veya geri çevrilmesi, Yayın Komisyonu tarafından yapılır.
10. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, yazarlar elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dahil olmak üzere tüm telif haklarını devretmiş sayılır, yazarlara ayrıca telif ücreti ödenmez.
11. Çalışmaların sonunda, çalışmalarda kullanılan kaynakların yazar soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir. Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir.
12. Dergide yayınlanan çalışmalarda ileri sürülen görüşlerden dolayı doğabilecek tüm sorumluluklar yazarlara aittir.

DANIŞMA KURULU (Advisory Board)

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cem BAYGIN

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

Prof. Dr. Enver BOZKURT

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

Prof. Dr. Erdal ONAR

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Cumhuri ŞAHİN

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

Prof. Dr. Mehmet ÜNAL

Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Feridun YENİSEY

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

Prof. Dr. Turan YILDIRIM

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

YAYIN KURULU (Editorial Board)

Prof. Dr. Murat DOĞAN – Erciyes Üniversitesi
Prof. Dr. Şafak NARBAY – Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Prof. Dr. Yücel OĞURLU – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Ayhan DÖNER – Atatürk Üniversitesi
Prof. Dr. Muzaffer ŞEKER – İstanbul Ticaret Üniversitesi
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA – Akdeniz Üniversitesi
Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL – Erciyes Üniversitesi
Doç. Dr. Cengiz GÜL – Erciyes Üniversitesi
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ – Erciyes Üniversitesi

EDİTÖRLER (Editors)

Prof. Dr. Murat DOĞAN
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ
Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU
Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN

EDİTÖR YARDIMCILARI (Editors Assist.)

Arş. Gör. Mustafa UYANIK
Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY
Arş. Gör. Ayşe KARAKIMSELİ SEZGİN

DERGİNİN SÜREKLİ YAZARLARI*

Prof. Dr. Murat DOĞAN, Doç. Dr. Burak ADIGÜZEL, Doç. Dr. Fatih BİRTEK, Doç. Dr. Cengiz GÜL, Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANEÇİ ARICI, Dr. Öğr. Üyesi Gündüz Alp ASLAN, Dr. Öğr. Üyesi İsmail ATAMULU, Dr. Öğr. Üyesi Ramazan AYDIN, Dr. Öğr. Üyesi Aynur HASOĞLU, Dr. Öğr. Üyesi Özlem İLBASMIŞ HIZLISOY, Dr. Öğr. Üyesi Selman ÖZDAN, Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ŞAHAN, Dr. Öğr. Üyesi GülDen ŞİŞMAN, Dr. Öğr. Üyesi Akın ÜNAL, Dr. Öğr. Üyesi Ertuğrul YUVALI, Öğr. Gör. Emrah ÖZDEMİR, Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU, Arş. Gör. Alpaslan BALCI, Arş. Gör. Büşra BEYDÜZ, Arş. Gör. Zeynep AYAR BİRKİN, Arş. Gör. Harun BODUR, Arş. Gör. Ranegül CAMIZ, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK, Arş. Gör. Eylem ÇAKMAZ, Arş. Gör. Osman DURAN, Arş. Gör. Alı YEŞİLYURT DURAN, Arş. Gör. Abdalbaki GİYİK, Arş. Gör. Harun Mirsad GÜNDAY, Arş. Gör. Onur HAMURCU, Arş. Gör. Arif KALKAN, Arş. Gör. İsmail Özgün KARAAHMETOĞLU, Arş. Gör. Beyza KATIRCIGİL, Arş. Gör. Hasan KAYIRGAN, Arş. Gör. Emre KÖROĞLU, Arş. Gör. Burak KÜPELİOĞLU, Arş. Gör. Alperen POLAT, Arş. Gör. Sema Nur ÖÇALAN, Arş. Gör. Çiçek ÖZGÜR, Arş. Gör. Abdulkadir SAKA, Arş. Gör. Şenel SARSIKOĞLU, Arş. Gör. Ayşe KARAKİMSELİ SEZGİN, Arş. Gör. Hilal ŞENOL, Arş. Gör. Oğuz USTA, Arş. Gör. Mustafa UYANIK, Arş. Gör. Hakan YILDIRIM, Arş. Gör. Merve Nur YILMAZ, Arş. Gör. Aydın Alber YÜCE.

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

İÇİNDEKİLER*

ÖZEL HUKUK

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN

İslâm ve Türk Borçlar Hukukunda İbra..... 1

Dr. Öğr. Üyesi Aşlı NANECİ ARICI

Grevin Sona Ermesi.....97

Dr. Öğr. Üyesi Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN

Aile Konutu Niteliğinin Sona Ermesi ile Diğer Eşin Rızası Alınmadan Yapılan
Tasarruf İşlemi Kendiliğinden Geçerli Hale Gelir Mi? 135

Dr. Öğretim Üyesi Hatice Duygu ÖZER

Toplu İş Hukuku Açısından İşçinin Yıllık Ücretli İzin Hakkı..... 169

KAMU HUKUKU

Doç. Dr. Cengiz GÜL

Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Sisteminin Dinamikleri ve Yürütmenin Yeni
Konumu.....235

Prof. Dr. Georg KÜPPER

(Absicht und Irrtum)

Çev: Dr. Öğr. Üyesi İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI/

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

Amaç ve Hata263

Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL

Evi Terk Eden Çocuğu Evlenmek Amacıyla Yanında Tutan Kişinin
Fiiline İlişkin Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararının Değerlendirilmesi289

Dr. Öğr. Üyesi Müzeyyen EROĞLU DURKAL

Terörden ve Terörle Mücadeleden Doğan Tazminat Sorumluluğunun Dayanağı.....315

Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK

Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebepleri371

* Dergideki isim sıralamaları unvan ve soyadı esas alınarak yapılmaktadır.

Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ/

Arş. Gör. Figen TABANLI

Deniz Güvenliğinin Sağlanmasında Bölgesel Bir Düzenleme Örneği: Cibuti Kodu ...413

Arş. Gör. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Dinsel Ritüel ve Uygulamaların
Sınırlandırılması447

Arş.Gör. Ali Erdem DOĞANOĞLU

Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda "Başvurunun Reddi Kararı"497

CONTENTS

PRIVATE LAW

Assist. Prof. Dr. Ahmet AKMAN

Release Agreement In Islamic and Turkish Obligations Law 1

Assist. Prof. Dr. Ash NANECİ ARICI

End of Strike.....97

Assist. Prof. Dr. Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN

Does An Act of Disposal Performed Without Consent of the Ot-her Spouse Become Valid Automatically Upon Residence Ends Being Matrimonial Home? 135

Assist. Prof. Dr. Öğretim Üyesi Hatice Duygu ÖZER

Right to Annual Paid Permit For The Workers According to Collective Labour Law 169

PUBLIC LAW

Assoc. Prof. Dr. Cengiz GÜL

Dynamics of Presidential System in Turkey and New Position of Executive 235

Prof. Dr. Georg KUPPER

(Absicht und Irrtum)

Translation:Dr. Öğr. Üyesi İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI/

Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ

Intendment and Fault..... 263

Assist. Prof. Dr. Muhammed DEMİREL

Evaluation of The Republic of Turkey Court of Cassation Crime General Assembly Decision About Action of A Human Who Detain Child That Abandoned Home On The Purpose of Marry..... 289

Assist. Prof. Dr. Müzeyyen EROĞLU DURKAL

The Matter of Compensation of Damages Caused Terrorism and Counter Terrorism. 315

Assist. Prof. Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK

Grounds of Justification In Ottoman Criminal Law 371

Assist. Prof. Dr. Yasin POYRAZ/

Res. Asst. Figen TABANLI

An Example of Regional Regulation For The Provision of Sea Security: Djibouti Code 413

Res. Asst. Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU

Limiting the Religious Ritual and Practices under the

European Court of Human Rights Decisions447

Res. Asst. Ali Erdem DOĞANOĞLU

Rejection of Application in Individual

Application to The Constitutional Court of the Republic of Turkey497

Özel Hukuk/ Private Law

İSLÂM VE TÜRK BORÇLAR HUKUKUNDA İBRA

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet AKMAN**

ÖZET:

Kişiler arasında hukukî anlamda kurulan borç ilişkilerinin çeşitli şekillerde sona ereceği de hukuk düzenlerinin öngördüğü hususlardandır. Borcun en doğal sona erme şekli ifa olmakla birlikte, kişiler arası hukukî ilişkilerde sözleşmelerin farklı sebeplerle sona ermeleri de pek tabii mümkün olup, bu anlamda ifa dışında borcu sona erdiren hâllerden birisi de ibra olmaktadır.

İbra sözleşmesi, alacaklının, alacağını tamamen veya kısmen elde etmeden bundan vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarma iradesini ortaya koyması ve borçlunun da bunu kabul etmesi veya en azından ret etmemesi üzerine meydana gelmektedir. Bu anlayışın doğal sonucu borcun sona ermesinde sadece tek tarafın iradesinin yeterli olmayacağıdır. Hukukî nitelik yönünden “*tasarrufî*” işlem niteliğinde olduğu için tarafların sahip olması gereken ehliyeti de ilgilendiren ve özellikle alacaklının fiil

* N. Erbakan Üniv. Hukuk Fak. Dr. Öğretim Üyesi. (aakman@konya.edu.tr)
Makale Geliş Tarihi: 3 Nisan 2018
Makale Kabul Tarihi: 29 Ağustos 2018

ehliyeti ile birlikte tasarruf yetkisine de sahip olmasının arandığı bir sözleşmedir.

İbra ile alakalı olarak belirttiğimiz bu hususlar genel olarak İslâm Hukukunda ve Roma Hukukundan başlayarak günümüz modern hukuk sistemleri ve Türk borçlar hukukunda müşterek addedilebilir.

İslâm Hukukunda ibra konusu olan alacak/borç ve hakların ıskât (alacaklı tarafından düşürülebilen) niteliğini haiz olması öne çıkmıştır. Tarafların iradelerini ortaya koydukları ifade biçimlerinin hukukî işlemin kurulması ve sonuçları üzerinde etkisi bulunmaktadır. Hakkın ve borcun geri dönülmez bir şekilde sözleşmenin yapılmasıyla birlikte düşürülmesini sağlayan bir hukukî işlem olan ibrada, mülkiyetin intikalini sağlayan (temlik) ve hakkı düşüren (ıskât) vasıflardan hangisinin ön plânda olduğu hususunda farklı görüşler vardır. Bunun sonucuna göre ibra sözleşmesinde kabul gerekliliği, bunun açık veya zımnî olması ile tek/iki taraflılık problemleri çözülmeye çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: Borç, Borcun Sona Ermesi, İbra, Kabul, Red, Tek/İki Taraflı Sözleşme.

RELEASE AGREEMENT IN ISLAMIC AND TURKISH OBLIGATIONS LAW

ABSTRACT:

It is foreseen by legal orders that an obligatio will diversely end. Besides, discharging is the most natural type of ending of a debt, it is possible that contracts can diversely end in interpersonal legal relationships. Among them, another legal reason that end a debt is release form.

Release agreement takes place while before creditor wholly or in part collects his/her debts creditor gives up his/her debt and reveals his/her will about quittance, debtor agrees or at least doesn't deny this. Natural result of this understanding is that a party's will doesn't suffice in ending a debt. Releasing is a disposition procedure and an agreement that competency of parties and especially creditor's power of disposition as well as capacity to act are sought.

These issues, which we have mentioned above as related to release agreement, generally can be regarded jointly in İslâmic Law and Roman Law, and in contemporary modern legal systems and Turkish Obligations Law.

Depts, credits and rights' extinctive quality (can be annulled by creditor) comes to the forefront about releasing in İslâmic Law. Explanandum that reveal the will of the parties has an effect upon setting up and results of legal transaction. As soon as a release agreement is executed, the right and the debt irrevocably annul. There are different view about which one is the front-end features of releasing: the transfer of ownership (disposition) or forfeiture of right (annulling). As a result, it is tried to solve the necessity of acceptance, openness or implicit of this, and bilateral/one-sided contract issues.

Key Words: Debt, Ending a Dept, Release, Acceptance, Disapprove, One-Sided/Bilateral Contract.

I. GİRİŞ

Borçlar hukukunun toplumda kişiler arası borç ilişkilerini düzenleyen bir özel hukuk alanı olmak itibariyle dikkat kesildiği en önemli alan borç ilişkileridir. Borç yahut borç ilişkisi alacaklı ve borçlu taraflar arasında meydana gelen, borçlunun alacaklıya karşı bir edimde bulunma yükümlülüğünü ortaya koyan hukukî yükümlülük veya ilişkidir. Taraflar arasında kurulan bu işlemde tek bir alacak ve borcu içeren hukukî ilişkiye borç veya dar anlamda borç ilişkisi adı verilmektedir. Gerçekte borç ilişkisi borca oranla daha kapsamlı olup, alacaklı ve borçlu arasındaki mevcut hukukî ilişkiler bütünüdür.¹ İslâm Borçlar Hukuku bakımından sözleşme veya haksız fiilden kaynaklanan bir sebeple borçlunun zimmetinde sabit olan bir hak veya yükümlülük² olarak tanımlanan borç, alacaklının istemekle haklı olduğu, borçlunun da yerine getirmeye mecbur olduğu yükümlülükleri ifade eder. Zimmet insanı borçlanmaya ehil kılan takdiri bir vasıftır.³

Borcun doğal sona erme hâli borcun ifası ve ödenmesidir. Borcun bütün unsurlarıyla beraber ifa edilmesi gerekir. Bunun dışında borcu sona erdiren diğer sebeplerden bir tanesi de ibradır.⁴ Kavram olarak borçtan

¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s.21-22; Feyzioğlu, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1976, I, 15-16; Hatemi, H./Gökyayla, E., Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, s.6, 8, 311.

² İbn Âbidîn, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdî'l-Aziz, Reddû'l-Muhtâr Ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Beyrut 1412/1992, Reddû'l-Muhtâr, V, 152.

³ Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku, İz Yay., 9. Baskı, İstanbul 2016, II, 25,253; İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, I. Baskı, Beyrut 1419/1999, s.308; Ali el-Hafif, ed-Damân fi'l-Fıkhi'l-İslâmi, Mısır 1973, II, 7; Ali el-Hafif, Ahkâmu'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, Kahire 1429/2008, s.258.

⁴ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1330; Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmelüddin Ebu Abdillâh el-Înâyetü Şerhu'l-Hidâye, Dârü'l-Fikr, yy. ty., VII, 282;

kurtulma anlamına gelen ibra ile borçlu borçtan kurtulur. Borç ibra sözleşmesi ile düştüğü ve sona erdiğinde, “*iskât olunan (düşen) geri dönmeyiz*” kuralı⁵ gereğince tekrar ortaya çıkmaz.⁶ Bunlar dışında tecdit (yenileme), takas, alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmesi, ifa imkânsızlığı gibi dar anlamda borcu sona erdiren diğer hâller de söz konusudur. Zamanaşımı gerçekte borcu sona erdiren bir sebep olmamakla birlikte, borçlunun sahip olduğu zamanaşımı def’ini ileri sürerek alacaklının davasının reddini sağlayan bir etkiyi haizdir.⁷

İbrada alacaklının irade beyanı ile borçlu ile aralarındaki mevcut bir borcu ortadan kaldırması söz konusudur. Bu irade beyanının ibra sözleşmesinin ilk adımı olan ibraya îcap şeklinde anlamak gerekir. Alacaklı bu ibrasını ya borçtan bir kısmını elde ederek yapar veya borçlusunu borcun tamamından veya bir kısmından doğrudan ibra ederek yapar.

Muhammed Kadri Paşa, Mürşidü’l-Hayran ile Ma’rifeti Ahvali’l-İnsan, 2. Baskı, Bulak 1308/1891, md.742.

⁵ el-Hâdimî, Ebu Saîd Muhammed, Mecâmiu’l-Hakâyık, İstanbul 1308/1890, s.45,47; Mecelle, md.51.

⁶ Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımaşkî, ed-Dürrü’l-Muhtâr Şerhu Tenviri’l-Ebsar ve Cami’i’l- Bihâr, Abdülmunim Halil İbrahim, Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002, s.563; İbn Nüceym, Eşbâh, s.324; Hamevî, Ahmed b. Muhammed (v.1098/1687), Ğamzu Uyûni’l-Besâir, c.I-IV, Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, yy. 1405/1985, III, 363; İbnü’l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid, Fethu’l-Kadîr, Dârü’l-Fikr, yy. ty., VIII, 431; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 520; Mecelle, md.1562, 51, krş md.1558 (Sulh); Yıldırım, Mustafa, Mecelle’nin Külli Kaideleri, İzmir 2001, s.126; Ali Haydar, Düreru’l-Hukkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam, 3. Baskı, c.I-IV, İstanbul 1330, I, 117-118; IV, 75 vd.; Zerka, M. Ahmed, el-Medhalü’l-Fıkhî’l-Âmm ile’l-Hukûki’l-Medeniyyeti fi’l-Bilâdi’s-Suriye, 3. Baskı, Dımaşk 1371/1952, I, 307; Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhü’l-İslâmi ve Edilletühü, Dârü’l-Fikr, 3. Baskı, Dımaşk 1409/1984, V, 327; el-Mevsuatü’l-Fıkhîyye, I, 168.

⁷ Eren, Borçlar Genel, s.1293, 1311; Mahmasânî, Subhi, en-Nazariyyetü’l-Âmme li’l-Mücebât ve’l-Ukûd, 3. Baskı, Beyrut 1983, II, 541 vd.

Bir kimsenin rızası ile alacak ve hakkından tamamen veya kısmen, borçlunun borcu olmadığı belirterek vazgeçmesi, ona iyilik anlamındadır. Kur'anı-ı Kerim bu tür bir davranışı övmüştür. Bir ayette “Allah adaleti, ihsanı...emreder.”⁸ Başka bir ayette, “...eğer eli dar ise genişlemesine kadar beklemelidir; bununla beraber –eğer bilerseniz- karşılıksız vazgeçmeniz sizin için daha hayırlıdır.”⁹ Bu ayetlerde kişiler ve topluma yönelik yükümlülüklerin yerine getirilmesi emri ile hakların edinilmesi ve alacakların tahsilinde kolaylık ve genişlik sağlama emir ve tavsiyesi görülmektedir.¹⁰

İbranın Hz. Peygamber'den (s.a.v) bu tarafa toplum hayatında borçlar hukuku bağlamında uygulaması da söz konusudur. Hz. Peygamber (s.a.v) alacaklıların borçlulara karşı daha anlayışlı olmalarını ve bir kısım alacaklarından vazgeçmelerini tavsiye etmiştir.¹¹ Yine Buhârî'de yer alan bir hadis'te: “Ka'b ibn Mâlik el-Ensâri, Abdullah ibn Ebî Hadred el-Eslemî'deki alacağını, Rasulullah zamanında, Mescitte (hasmının yakasına yapışıp) borcunu İstemesi üzerine, her ikisinin sesleri evinde olan Rasulullah işitecek derecede yükseldi. Rasulullah onlara doğru çıkıp, hücresinin perdesini açtı ve;

- “ Ya Ka'b ibn Mâlik “ diye nida etti. Ka'b :

- “Buyur yâ Rasulallâh deyince,

⁸ Nahl, 16/90.

⁹ Bakara, 2/280.

¹⁰ Bkz. İbnü'l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdillâh, Ahkâmü'l-Kur'ân, Thk. Ali Muhammed el-Buhârî, 3. Baskı (Yeni Baskı), Beyrut 1392/1972, Ahkâmü'l-Kur'ân, I, 246; III, 1172,1173; Yazır, Elmahlı M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul ty., II, 255; Ebu Zehra, M., İslâm Hukuku Metodolojisi, Çev. Abdülkadir Şener, Ankara 1984, s. 85, 32, 318.

¹¹ Bkz. Buhârî, Sulh, 13.

Hz. Peygamber (s.a.v) eliyle işaret vererek: “Yarisını indir (yani alacağından yarisını bağışla)” buyurdu. Ka’b da hemen: “Bağışladım ya Rasulallah“ dedi. Bunun üzerine Hz. Peygamber (s.a.v), Abdullah ibn Ebî Hadret el-Eslemî’ye hitaben:

-“Şimdi kalk da (kalan) borcunu öde.” buyurdu.”¹²

Mezheplerde de ibra caiz görülmüş, detaylarını ilerleyen bölümlerde ele alacağımız gibi, Hanefilerde ıskât (düşürme) yoluyla ibra anlayışı, diğer fukahanın çoğunluğunda hibe (bağışlama) anlayışı, ibra nazariyesine temel teşkil etmiştir.¹³

Çalışmamız, esasen İslâm hukukunda ibra müessesesini merkeze alarak, konunun elverdiği ve mukayeseye elverişli olduğu ölçüde öncelikle Türk borçlar hukukunun ve zaman zaman geniş bir çerçeveden de olsa diğer hukuk sistemleri ile konunun mukayeseli olarak incelenmesini hedeflemektedir. Özetle konu İslâm borçlar hukukunun merkezde olduğu ve fakat Türk borçlar hukuku genel sistematığının de mukayese açısından çalışmanın dış plânında belirleyici olduğu mikro bir mukayese teşkil etmektedir. Bugün İslâm hukuku, tarihsel süreç içerisinde sorunların çözümüne ilişkin farklı ekollerin, mezheplerin yaklaşımlarının mevcut olduğu izaha muhtaç değildir. Sünnî gelenek içerisinde hâkim bir konum ittihaz etmiş bulunan Hanefî mezhebi konunun değerlendirilişinde öncelikle dikkate alınmış, bununla birlikte sünnî geleneğe ait diğer mezheple-

¹² Buhârî, Sulh, 14; el-Hatîb eş-Şîrbînî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed, Muğni’l-Muhtâc İla Ma’rifeti Meani Elfazî’l- Minhac, Dârü’l-Kütübi’l-İlmiye, I. Baskı, c.I-VI, yy.1415/1994, III, 164.

¹³ Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 516; Ali Haydar, el-Mecmûatü’l-Cedîde fi’l-Kitâbi’l-Erbaa (Kitabü’l-İstiksâ fi Mesâili’l-İbrâ, s.1-44), Hukuk Matbaası, Dersâadet 1332, md.33.

rin görüşlerine de yeri geldikçe temas edilmeye çalışılmıştır. Söz konusu mezheplerin görüşlerinin ortaya konmasında ise, bu mezheplere ait klasik eserler dikkate alınmıştır.

İbra müessesesi klasik İslâm hukuku kitaplarında genellikle kefalet, havale, vesayet, ikrar, dava, ıskât, ölüm hastalığı, mehir ve nafaka ve bazı ceza hukukunu ilgilendiren konularla ilişkili olmak üzere ele alınmış, sulh ve hibe sözleşmeleri ise ibraya daha çok yer verilen ve ilişki kurulan bölümler olmuştur. Sınırlı sayıdaki bazı eserlerde ibranın müstakil bahis olarak diğer bazı alt konularla ilişkili olarak ele alındığını görüyoruz. Bu arada ibn Âbidîn ve ibn Nüceym'in ibra konularına doğrudan temas eden risaleleri kayda değerdir.

Batı hukuku ile mukayeseli son dönem yerli ve diğer İslâm dünyasından müellifler tarafından yazılan eserler, karşılaştırmalar ile yöntem ve metodoloji konularında faydalı olmuş, Mecelle'de sulh ve ibra bölümü özellikle başta olmak üzere, resmi olarak yürürlüğe girmese de Kadri Paşa'nın "*Mürşidü'l-Hayran*" adlı eseri de modern hukuk tarzında konuyla ilgili kanunlaştırılma çalışmaları hakkında fikir vermiştir. Özellikle Mecelle, yürürlüğe de girmiş bir kanun olarak, Sulh ve İbraya 12. Kitabında müstakil yer açmıştır. 1926 tarihinde yürürlüğe giren Borçlar Kanununda ibranın yer almadığını da göz ardı etmeyerek, Sulh ve İbraya dair 12. Kitabın irade-i seniyyeye kavuştuğu 1291/1874 tarihinden Medeni Kanunun kabulüne kadar ibraya dair yürürlükte olan hükümlerin Osmanlı hukukuna ait olduğunu söyleyebiliriz. Yine Mecelle şarihlerinden Ali Haydar Efendi'nin Mecelle'nin ilgili bölümlerinin şerhleri ile yine kendisinin Mecelle'ye tekmile olarak yazmış olduğu dört kitaptan müteşekkil "*el-Mecmûatü'l-Cedîde*" isimli eserindeki "*el-İstiksâ*" adlı ibra ile alakalı

müstakil kitabı konunun Mecelle hükümleri ile birlikte anlaşılmasına yardımcı olmuştur.

Yeni dönem itibariyle Ali Himmet Berki'nin "Sulh ve İbra" ve Şakir Berki'nin "*Borçların Sukûtu*" adlı makaleleri eski ile yenin karşılaştırmalı olarak anlaşılmasını sağlaması bakımından faydalanılmış çalışmalardır.

Borçlar Hukuku karşılaştırmaları konusunda çeşitli yüksek lisans ve doktora çalışmaları ile monografik eserler ve yine genel borçlar hukuku alanında yazılmış kitaplar başlıca başvuru kaynağı olmuştur. Türk Borçlar Hukuku bakımından önemli bir özellik de, 1926 tarihinde yürürlüğe giren 818 sayılı önceki Borçlar Kanununda konunun düzenlenmemiş olmasına rağmen, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda yine kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 115. madde esas alınarak İbra hükümlerine yer verilmiş olmasıdır. Önceki dönem uygulamadan kaynaklanan bazı tartışmalara ilgili kısımlarda yer verilmiştir. İbra borçları sona erdiren önemli hukukî işlemlerden olması hasebiyle bizce de bir eksiklik yazılı hukuk bağlamında giderilmiş ve doktrindeki kimi tartışmalara böylece son verilmiştir. Çalışmamızda İslâm borçlar hukuku temel olmakla birlikte Türk Borçlar Hukukunun bazı farklı ve benzeyen noktaları, karşılaştırılabilir nitelikte olduğunda, ilgili bölüm içerisinde sunulmuştur. Buradaki düşüncemiz konu sıcaklığında ve yerinde karşılaştırma imkânı vermektir. Hatta benzeşen yönlerin olduğu da dikkate alındığında bazı referanslara karşılaştırma için müştereken yer verilme ihtiyacı da olmuştur.

II. TANIM

A) Türk Hukukunda

İbra alacaklı yönünden alacağın ve borçlu yönünden borcun doğrudan doğruya ve kesin olarak ortadan kalkmasını sağlar. Kısmî ibrada borcun ibra edilen kısmı, tam ibrada ise borcun tamamı sona ermiş olur. İbra bir borcun ifa edilmeden sona ermesini sağlayan özel bir sona erme sebebidir.¹⁴ Cumhuriyet dönemi Türk hukukçularından Şakir Berki her iki hukuk sistemini de kapsayacak şekilde yapmış olduğu tanımda, “*İbra, alacaklının ivazlı (karşılığa sahip) veya ivazsız (karşılıksız) olarak alacağının tamamından veya bir kısmından borçlu lehine feragat etmesi, daha doğrusu itfa edilmiş gibi kabul eylemesidir.*”¹⁵ demektedir.

Türk hukuk sistemindeki tanımlarda alacak ve haktan temize çıkmak, borcun ortadan kalkması ve düşmesi, İslâm hukukunda zimmetin borçtan beri kılınması, temizlenmesi ve zimmetten borcun düşmesi ön plâna çıkmaktadır. Bu tanımlardan sonra konuya girilerek ibra kavramına maddî olarak baktığımızda özellikle borcun bir daha geri gelmemek üze-

¹⁴ Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, II, İstanbul 1977, II, 425,426; Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s. 985; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Bası, İstanbul 2016, I, 542,543; Önen, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999, s. 229; Krş. Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekir b. Mesud, Bedâiu’s-Sanâi fi Tertîbi’s-Şerâi, 2. Baskı, Dârü’l- Kütübi’l-İlmiyye, 1406/1986, VI, 11; İbn Kûdame, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, el-Muğnî, Kahire ty., el-Muğnî, IV, 535; İbn Cüzey Ebû’l-Kasım Muhammed b. Ahmed, el-Kavanînu’l-Fıkhîyye, ty. yy., s.221; Şirbînî, Muğni’l- Muhtâc, III, 164; Şevkânî, Muhammed b. Ali, es-Seylü’l-Cerrâr el-Mütedeffik alâ Hadâiki’l-Ezhâr, Dâru İbn Hazm, ty. yy.,s.810; Berki, A. Himmet,” Sulh ve İbra” A.D., Ankara 1969, sy. 12, s. 753.

¹⁵ Berki, Şakir, “Borçların Sükûtu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. 12, sy. 1-2, yıl 1955, s. 237; Mecelle, md.847.

re sona ermesi ve düşmesi anlamında benzerliğin önemli kesişim noktası olduğunu görürüz.

İbra, sözlük anlamı ile aklamak, temiz olmak ve temize çıkarmak, uzaklaşmak, ilgiyi kesmek, iyileşmek ve beraat etmek anlamlarına gelir.¹⁶ Hukukî terim olarak, alacaktan vaz geçmek, haklardan feragat etmek ve borcun veya hakkın düşürülmesi anlamlarına gelmektedir. Söz konusu hakların iskât kabiliyetini (*hukuken vazgeçilmesi ve hukukî işleme sona erdirilmesi mümkün olan*) haiz olması gerekir.¹⁷ İslâm-Osmanlı hukukunda bir kimsenin zimmetini haktan beri kılmak, yeni dönem borçlar hukuku kapsamında alacaklının bir hakkından tamamen veya kısmen vazgeçmesi şeklinde tanımlanmıştır.¹⁸

Klasik İslâm hukuku kitaplarının bazılarında tanım zaman zaman sulh, iskât, af konuları ve bunlara ilişkin terminoloji ile birlikte verilmiştir. Bu çerçevede ibranın iskât, temlik veya karma olmak üzere, özellikle her iki anlamı da farklı ağırlıklarda ihtiva edip etmediği tartışılmıştır. Hanefilerde ibra alacaklının borcu düşürmesi (*iskât*),¹⁹ talep hakkının

¹⁶ İbn Manzûr, Lisânu'l-Arab, Beyrut 1300, I, 31-33; Zebîdî, Tâcü'l-Arûs, Kuveyt, ty. I, 146-148.

¹⁷ Bkz. Ali Haydar, el-Mecmû'atü'l-Cedîde, Kitâbü'l-İstiksâ fi Mesâili'l-İbrâ, md.1; Arsebük, E., Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları I, Kaynaklar, Ankara 1937, s.467.

¹⁸ Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Ankara 2011, s.572; Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Ankara 1991, s.139.

¹⁹ Hamevî, Çamzü Uyûnu'l-Besâir, III, 17.

süresiz düşürülmesi,²⁰ borçlunun zimmetini işgal eden hakkın bir kısmını veya tamamını düşürmek veya indirmek²¹ şeklinde tarif edilmiştir.

Talep hakkının süresiz düşürülmesinde, ibra sonrası ibra edenin talep hakkının kalmaması, talebinin değil, hakkının düşmesi sebebiyle olduğu kabul edilir. Burada günümüz usûl ve maddî hukuk kavramlarına yakın bir anlayış söz konusudur. Hak veya borcun maddî hukuk anlamında tamamen ve süre ile sınırlı olmaksızın düşmesi ifade edilmektedir. İbranın ıskât ifade eden hukukî işlemler grubunun bir alt türü içerisinde yer aldığı da düşünülebilir.²²

Mecelle’de tek taraflı bir hukukî işlem olarak kabul edilmeye yakan bir bakış açısı vardır. Kabule bağlı olmadığı, ancak reddin ibranın kesinlik kazanmasına engel olacağı hüküm altına alınmıştır.²³ Mecelle’de tam bir tanımdan ziyade ibranın hangi sıyga (*fiil kip ve kalıpları*) ve şekillerde, nasıl yapılacağı, red ve kabul durumları ile sonuçları ortaya konulmuştur.²⁴ Kabul, îcab gibi ibranın kurucu unsurlarından olmayıp, sessiz kalınması ile de tamamlanacağı gibi, vefat etmiş borçlunun da bu kapsamda Türk borçlar hukukundan farklı olarak ibrası geçerli kabul edilir.²⁵

²⁰ Kerabîsî, Furûk, II, 106.

²¹ Ali Haydar, Dürer, IV, 67; el-Mevsuatü’l-Fıkhiyye, I, 142; XIV, 24; Bardakoğlu, Ali, “İskât”, DİA, c.XIX, s.137.

²² İbn Nüceym, Resâili-i İbn Nüceym el-İktisadiyye, Thk. Muhammed Ahmed Serac ve Ali Cuma Muhammed, Mısır 1998-99, s.469; Apaydın, Yunus, “İbra”, DİA, c.XXI, s.263, 265.

²³ Mecelle, md. 1568, 847; Keskin, F.Funda, Dürerü’l Hükkam’ın Sulh ve İbra Bölümünün Latinizes ve Kaynakların Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya 2008, s. 31.

²⁴ Bkz. Mecelle, md.1561, 1562, 1536, 847.

²⁵ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.2.

Hanefî ve Malikîlerde genel nitelemeler yerine ibraya ilişkin daha özel ve örfte bu amaçla kullanılan ifadeler öncelenmektedir.²⁶ Buna göre bir kimse “*filan ile dava ve nizam (çekişme) yoktur, filanda hakkım yoktur ve filan ile olan davamdan fariğ oldum, vazgeçtim veya filanda hakkım kalmadı veya filandan tamamen hakkımı aldım*” derse onu ibra etmiş olur.²⁷ Bilmen “İbrâ, bir kimsenin, bir şahsı, zimmetindeki bir hakdan veya müteaddid haklardan veya ona müteveccih bir veya müteaddid davalardan beri kılması, ondan öyle bir şey talep etmemesidir.” şeklinde tanımlamıştır.²⁸

İbra ile alacaklı, borçlusunun zimmetindeki bir veya daha çok “*alacak-dava*” gibi hukuken ıskâtına bir engel bulunmayan haklar ve davalardan ibraya delalet eden bir lafızla borçluyu ya da davalıyı temize çıkarmaktadır. Bu iradenin şüpheye mahal veren bir ifade ve kayda bağlı olmaması gerekir. “*Falan ile davalaşmam*” veya “*Filandan hakkımı istemem*” yahutta “*Bildiğime, zannıma, reyime veya hesabıma göre filanda hakkım yoktur*” gibi belirgin bir hakkı konu almayan ifadelerle ibra işlemi oluşmaz. Bu ifadelerden sonra “*Filanda şöyle hakkım var*” diyerek talep edilse, dava dinlenir.²⁹

İslâm hukuku doktrinde ibranın temlik ve/veya ıskât yahut karma bir mahiyet arz ettiği hususu tartışmalıdır. Ağırlıklı olan görüş, Mâli-

²⁶ Bkz. el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye el-Kuveytîye, Vezâretü'l-Evkâf ve's-Şüûni'l-İslâmiyye, c.1-45, Kuveyt 1404-1427, I, 151.

²⁷ Mecelle, md.1561; Ali Haydar, Dürer, IV, 75; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.935.

²⁸ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuku İslâmiyye ve Istilâhâtü Fıkhîyye Kamusu, Bilmen Yay., İstanbul 1970, VIII, 29.

²⁹ Ali Haydar Ef., Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitap, Mekteb-i Sanâyi-i Şâhâne Mat., 1298, II, s.22 (md.1561); Ali Haydar, el-İstiksâ, md.8; Bilmen, VIII, 31.

kiler dışında ıskâtın öncelikli olduğudur.³⁰ Genelde önceliklerdeki farklılıklar dışında, hem temlik ve hem de ıskât anlamının her ikisinin birden var olduğu hususunda görüş birliği vardır. İskât anlayışının baskın olduğu bazı İslâm hukukçuları nezdinde, ibra tek taraflı bir hukukî işlem olarak kabul edilir. Ancak her ibra ıskât kabul edilebilecek iken, her ıskât ibra anlamına gelmemektedir. Örneğin şuf'a ve vasiyete konu olan sükna hakları söz konusu olduğunda, bundan vazgeçme ibra olarak nitelenmez, sadece ıskât ifade eder.³¹ İbranın geçerli olabilmesi borçlunun kabulüne bağlı tutulmamış, ancak ibra sırasında borçlunun mecliste bulunması hâlinde veya sonradan ibraya muttali olduğunda iradesinin açık veya zımnî olumsuz olmaması gerektiği belirtilmiştir. Buradan ibranın varması gerekli bir irade beyanı ile hukukî işlemin meydana geldiği, ancak borçlunun ibrayı derhal reddetmesiyle, ibra işleminin geçersiz olacağı anlaşılmaktadır.³²

III. HUKUKİ NİTELİK

A-Roma Hukuku Yönünden

İbra bir hukukî işlem olarak Roma hukunda yer almaktaydı. Roma hukukunun eski devirlerinde ilk işlemin tersi mahiyetinde olmak üze-

³⁰ Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.263; Ayrıca bkz. Makalenin "İbrada İskât ve Temlik ", bahsi.

³¹ Zuhaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî ve Edilletühü, V, 326; Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952, I, 183, 371; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 151.

³² Eren, Borçlar Genel, s.1302; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 2008, s.360; Akdoğan, Sinan, Türk Hukukunda İbra Sözleşmesi (Release Agreements In Turkish Law),Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2006, s. 14; Bu konuda da farklı görüşler ve tartışmalar için bkz. Haskefi, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.567; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 153; Akgündüz, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk-2, İstanbul 2012, III, 482; Mecelle, md.1568.

re mukabil bir işlemle aynı şekilde (contrarius actus),³³ gerçekten ifa edilmiş gibi ama aslında hayalî olarak yapılan bir işlemdi. Çeşitli safhalardan geçerek şekilsiz bir ibra usûlü de ortaya konmuştur.³⁴ İbra (acceptilatio), alacağından vazgeçen alacaklının rızası kadar borçlunun da rızasını da gerektiren bir hukukî işlem olarak icra edilirdi. Nasıl ki bir kimse zorla bir bağışlama ve kabule mecbur tutulamazsa, borçlu da alacaklının kendisi lehine yaptığı ibrayı her zaman kabule mecbur değildir. Ayrıca her ibra bağışlama sebebiyle de yapılmamaktadır.³⁵ İbra (Acceptilatio), hayali bir ifa olarak sözlü akit (stipulatio)³⁶ yolu ile yapılırdı. Bu sözlü akdin meydana gelmesinde ilk adım borçludan gelirdi. Önce borçlunun “Sana vâdetmiş olduğumu alınmış olarak kabul ediyor musun?” sorusuna, alacaklı, “aldığımı kabul ediyorum” diye cevap verirdi. Bu şekilde borç ödenmiş kabul edilir ve ortadan kaldırılmış olurdu.³⁷ Sonradan sadece stipulatio’dan doğan borçların değil, her nevi borçların aynı yöntemle ibrası ve nihâyet Justinianus hukukunda sözlü şekil şartı zorunluluğunun ortadan kalkmasına doğru gelişme göstermiştir. Bunun için önce mevcut borçların yenilenme işlemi ile *stipulatio* hâline getirilmesi ve sonrasında acceptilatio ile ibra edilmesi sağlanıyordu.³⁸ Bir diğer yöntem olarak borçlu ile alacaklı arasında borcun istenmeyeceğine dair şekilsiz bir anlaşma (*Pactum de non Petendo*) ile haksız fiillerin ibrasından başlayan süreç zamanla her çeşit borcun ibrasını kapsamına almıştır. Şarta da bağlanabilen bu şekildeki işlem ile esasen borçlar hukuku yönünden

³³ Koschaker, P., Ayiter, K., Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s.289.

³⁴ Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, Altıncı Bası, İstanbul 1969, s.206.

³⁵ Rado, s.206.

³⁶ Bkz.Rado, s.76.

³⁷ Rado, s.207.

³⁸ Rado, s. 207.

ibraı sağlayan bir def'i hakkı ortaya çıkmaktaydı. İbra, sebebin belirtilmediği (*hukukî geçerliliği sebebine bağlı olmayan*) soyut (*mücerret*) işlemdir (veya işlemlerdendir).³⁹

B-Türk Borçlar Hukuku Yönünden

Borç ve borç ilişkilerinin son ermesi birbirinden farklı olmakla beraber, her ikisinin de olağan sona erme sebebi ifadır. Diğer sebepler yanında konumuz olan ibra, asıl yahut asla bağlı fer'i borçları sona erdiren bir işlemdir.⁴⁰ Konumuz olan ibra dışında tarafların iradeleri ile borcu sona erdirdikleri durumlar arasında, fesih, tecdit ve takas; iradî olmayan ise sonraki kusursuz ifa imkânsızlığıdır. Zamanaşımı iradî olmayan bir mahiyette, borcu sona erdirmeyip, eksik borca döndüren bir sebeptir. Alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi ise diğer bir kategori olarak kabul edilebilir.⁴¹

İbra dar anlamda borç ilişkisini ve geniş anlamda borcu sona erdirdiği için borç ilişkisinin tamamını değil, edimin konusunu oluşturan borcu ortadan kaldırır.⁴² İbranın Türk ve Batı hukukunda iki taraflı bir sözleşme olduğu genel olarak kabul edilir. İbra sözleşmesi kurulduğu anda borcu ortadan kaldırır. Alacaklı yaptığı sözleşme ile borçluyu borçtan ve ifa yükümlülüğünden kurtarmaktadır. İbra bu anlamda tek taraflı olarak alacak hakkından vazgeçme değildir.⁴³ İbra vazgeçmeden de ve bir usûl hukuku işlemi olan feragatten de sözleşme olmak itibariyle ayrı-

³⁹ Rado, s.207-208.

⁴⁰ Borç ve borç ilişkilerinin sona ermesi hakkında bilgi için bkz. Eren, Borçlar Genel, s.1330 vd.; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s.311 vd.

⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s. 1293, 1311.

⁴² Gümüş, M. Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, s.10.

⁴³ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s.313.

lır. Feragat ibradan farklı olarak tek taraflı olarak, gelecekteki ve genellikle aynî ve yenilik doğuran hakları kapsayan bir mahiyete sahiptir.⁴⁴

İbra ile esas borç yanında borcun fer'ileri de sona erer. Konusu sadece fer'iler olduğunda ise esas borcu etkilemez.⁴⁵ Borç ilişkisinin tamamen veya kısmen sona erdirilmesi için ise ikâle sözleşmesinin yapılması gerektiği kabul edilir.⁴⁶

İbrada borçlunun kabulünün gerekliliğinde, ibra edilen tarafın borcu ödemesinde bir menfaatinin olabileceği ve kendisine itiraz hakkının verilmesi düşüncesi öne çıkmaktadır. Kuruluşunda iki tarafın olduğu bir sözleşmenin sona erdirilmesinde de iki tarafın olması düşünülür. Almanya ve İsviçre hukuklarında iki taraflıdır. Türk hukuku da Almanya ve İsviçre hukuklarına paralel olarak ibrayı iki taraflı olarak öngörmüş ve 1 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanununda da bu şekilde düzenlemiştir.⁴⁷ TBK 132. maddede ibra müstakil düzenlenmiş, 420. maddede de iş hukuku bakımından sonuçları hüküm altına alınmıştır. 818 sayılı, 1926 tarihli önceki Borçlar Hukukunda bu yönde hüküm olmamakla birlikte, ibranın geçerliliği konusunda bir tereddüt bulunmamaktaydı. Bazı şekil tartışmaları dışında kaynak İsviçre Borçlar Kanunu 115. madde çerçevesinde uygulanmış ve doktrinde kabul

⁴⁴ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1977, II, 426; Berki, Borçların Sükûtu, s.242; Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2016, s.868; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, I, 545; Aksu, Mustafa, "Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, cilt.8, 2013, s.106-107.

⁴⁵ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1977, II, 431; Eren, Borçlar Genel, s.1303; Farklı görüş için bkz. Çil, Şahin, "İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Kamu-İş, c.7, sy. 3, 2004, s.5.

⁴⁶ Eren, Borçlar Genel, s.1300; Becker, H., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, (Çev. Dr. Saim Özkök), c.VI, Fasikül, IV, Ankara 1972, s.75.

⁴⁷ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.7, 39.

görmüştür.⁴⁸ Türk hukukunda kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 115. maddesinde olduğu gibi ibra “*borcun tarafların karşılıklı anlaşmaları ile sona erdirilmesi*” olarak tanımlanmıştır.⁴⁹ İsviçre hukukunda ve yeni düzenleme ile Türk Borçlar Kanunu'nda ibranın bir sözleşme ile yapılması gerektiği ve şekle bağlı olmadığı anlaşılmaktadır.⁵⁰ Ancak tek taraflı olma eğiliminin de zaman zaman baskın olmasıyla kabulün zımnî de olabileceği bazı Yargıtay kararlarına geçmişte konu olduğu gibi,⁵¹ ibranın tek taraflı bir işlem olduğunu belirten Yargıtay kararı da bulunmaktadır.⁵²

İbra, hukukî anlamda hakkın düşürülmesi ve alacaklının borçluyu borcundan kurtarması şeklinde anlaşılır. Alacaklı ile borçlu arasındaki bir sözleşme ile borcun taraflarca ortadan kaldırılması olarak ortaya konulmuştur. İbra sözleşmesi kurulduğu anda borcu ortadan kaldırır. Hem vadesi gelmiş hem de henüz vadesi gelmemiş sözleşmeler için yapılabilir. Alacaklı amacını kendi alacak hakkından vazgeçiyor veya borçluyu borcundan ibra ediyor şekillerinde ifade etmesi, ibranın hüküm

⁴⁸ Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul 1977, II, 424; Eren, Borçlar Genel, s.1301; Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yay., İstanbul 2016, s.454,456; İzmirlioğlu, Ayça, “6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname”, Journal of Yaşar University, c.VIII, sy. Özel, s.1459-1460; Becker, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, s.73;

⁴⁹ Becker, İsviçre Medeni Kanun Şerhi, s.72-73; Bkz. TBK, md.132; ”Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir”; İsviçre BK. Md.115; “Borç ilişkisinin kurulabilmesi, yasaca veya akdin taraflarınca belli bir şekle tâbi tutulmuş olsa bile, bir alacak ibra yolu ile tamamen veya kısmen hiçbir şekle gerek olmaksızın ortadan kaldırılabilir”.

⁵⁰ İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s.494,495; Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1976. I, 1173,1178.

⁵¹ YGHK'nun 17.12.2003 T., 2003-9-760 E., 2003/760 K. sayılı K. (İzmirlioğlu, s.1467'den naklen)

⁵² Bkz. YARGITAY 11. H.D. E. 2005/11207 K. 2007/1479 T. 8.2.2007. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/yargitay/yd61.htm>)

ve sonuçlarını etkilemez. İbra vadeli ve şartlı olarak yapıldığında, yine geçerli olmakta, ancak etkisini şart gerçekleşene kadar göstermemektedir.

53

İbra bir tasarruf işlemi olduğu için ibrada bulunanın tasarruf işlemlerini yapmaya yetkili olması aranır. Tasarruf işlemleri bir hakkı veya hukukî ilişkiyi etkileyerek, onu karşı tarafa geçiren, içeriğini sınırlayan, değiştiren ve ortadan kaldıran işlemlerdir.⁵⁴ Tasarruf ehliyetinin varlığı için sadece fiil ehliyeti yeterli olmamakta, hak sahibinin hakla özel bir ilişkisinin olması da gerekmektedir. Bu bağlamda ibranın alacak haklarına özgü bir tasarruf işlemi olduğunu görürüz.⁵⁵ Bir kere bu tasarrufta bulunulduğunda hukukî işlem sonuçlarını derhal meydana getirir ve artık ikrar ile veya taraflar anlaşarak dâhi ibradan dönemezler.⁵⁶ Borçlunun sonradan, önceden borçlu olduğu miktarı ödemesi borçlu olmadığı bir borcun ifası olarak telakki edilir. Bu sebeple ödediğini geri isteyebilir. İbra aynı zamanda borçlu bakımından bir kazandırıcı işlemdir. Genellikle alacaklının mal varlığında azalmaya sebep olduğu oranda, borçlunun da mal varlığında artmaya sebep olur. Genel klasik tasnifte kazandırıcı işlemler ifa, iktisap ve bağışlama sebeplerine dayanılarak yapılabilir.⁵⁷ Ancak ibranın bu sebeplerden farklılaşması da mümkün olmaktadır. Esa-

⁵³ Bkz. Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Çev., Cevat Edege, Ankara, 1983, s. 646; Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1977, II, 431; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 985; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, I, 542; Becker, s.75.

⁵⁴ Arsebük, s.45.

⁵⁵ Berki, Borçların Sükûtu, s.239; Eren, Borçlar Genel, s.173, 1301; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.456; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 868; İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara,1979, s 507.

⁵⁶ Bağdâdî, Ebû Muhammed Ğânim b. Muhammed, Mecma'u'd-Damânât, Dâru'l-Kütübi'l-İslâmî, yy. ty. s.377.

⁵⁷ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I,55; Gümüş, İbra Sözleşmesi, İstanbul 2015, s.19.

sen ibrada sebep genellikle sulh veya hibe muhtevalı olmasına rağmen belirtilmez. İbra özellikleri bakımından kazandırıcı bir tasarrufl işlemidir.⁵⁸ Ancak yine bir kazandırıcı işlem olarak sebebe bağıllığı kabul edildiğinde, sebebin geçersiz olduğu durumlarda temel işlemin ve de ibranın geçerliliğinin tartışma konusu olabileceğini de gözden uzak tutmamak gerekir.⁵⁹ Taraflar borç ibrasını sebepli veya sebepten soyut (mücerret) yapabileceklerinden, soyut olduğu açıkça belirtilen ibra işlemi bu durumun dışında kabul edilir. Özellikle şarta bağlanan ibralar sebepli olur ve şart gerçekleşmediğinde ibra da meydana gelmez.⁶⁰

Türk hukukunda ibra sözleşmesi ile alacaklının mal varlığında geçici olmayan, kalıcı ve geri döndürülemez bir azalma meydana gelmektedir. Bu durum sözleşme kurulduğu anda hüküm ifade eder ve üzerinde anlaşıldığı şekliyle bir yahut birden fazla borcu ortadan kaldırır. Hâkim görüş ibra sözleşmesi ile borç ilişkisini değil de, borç ilişkisi içerisindeki münferit borç yahut borçların ortadan kalktığı kabul edilirse de, üzerinde eğer anlaşmaya varılmışsa borç ilişkisi içerisindeki bütün borçların ibra ile ortadan kaldırılabilmesi mümkündür. İslâm hukukunda da esasen ibra edenin zimmetindeki bir ya da birden çok hak ve borçlardan ibra söz konusu edilebilmektedir.⁶¹

⁵⁸ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 45; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, I, 545, Gümüş, İbra Sözleşmesi, s. 23-24.

⁵⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.987.

⁶⁰ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 289; 1977, II, 428, 429; Eren, Borçlar Genel, s.186,190-191,1302; Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s.856-857; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.457; Aksu, M., İbra, s.119; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.174-175.

⁶¹ Eren, Borçlar Genel, s.1300; Çil, İbra Sözleşmesi, s.5; Krş, Bilmen, VIII, 29.

Henüz doğmamış alacak hakkının da bir ibra sözleşmesine konu olması belli şartlarda mümkün görünmektedir. Tasarrufa konu olabilen, beklenen hak şeklinde tamam olan hakkın ön kısmı yahut tamamlanmış haktan bağımsız hukukî sonuçlar doğurabilen, hukuken korunan bir menfaati karşılayan bir hak ve alacak olması gerekmektedir. Gelecekteki hakkın olgunlaşmamış, ancak belirlenebilir ve var olması, ortaya çıkması ânında tasarruf edilebilir bir mahiyet arz etmesi şartlarını da sağlaması gerekir. İbranın bu durumda gerçekleşeceği zaman ise, bu hak alacaklı nezdinde ne zaman meydana gelecekse, ibraya o zamanda konu olmuş olacak veya hiç doğmamış olacaktır.⁶²

Tabii borçlar da ibra sözleşmesine konu olabilir. Eksik borç olarak da adlandırılan tabii borç, gerçekte var ve ifası mümkün, ancak dava edilemeyen türden borçlardır. Var olan borca alacaklının el koyması hukuken engellenmektedir. İbrada ise alacaklı tam tersi bir tavır içerisinde olmakla, borçlunun borcunu ödemesini istememektedir. Alacaklının zaten talep edemediği bir borçtan borcunu ibra etmesi mümkündür.⁶³ Kumar ve bahis borcu gibi dava edilebilir bir borç doğurmayan borçların, eksik borç telakki edilerek, ibrası söz konusu olmamaktadır.⁶⁴

B-İslâm Hukuku Yönünden

İslâm borçlar hukuku sisteminde de esasen borçları sona erdiren sebepler ile modern hukuktaki kurumlar arasında benzer tasnifi yapmak

⁶² Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.143, 145.

⁶³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 24; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.140.

⁶⁴ Feyzioğlu, N.F., Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, İstanbul 1978, I, 35; Bkz.Demiray, Mustafa, Hak Zâil Olmaz: Roma, Türk ve İslâm Hukuklarında Eksik Borç, İstanbul 2009, s.91.

mümkün olmaktadır. Borç ilişkileri temelde iradî olan ve olmayan çeşitli sebeplerle sona ermektedir. Tarafların borcu sona erdirmesinde iradî olan ve olmayan sebepler bakımından İslâm ve Türk borçlar hukuku benzerlik arzeder.⁶⁵ İbra, borcun ifası olmadan borçtan kısmen veya tamamen borçluyu borçtan kurtaran hukukî bir işlemdir. İbra işlemi yapıldıktan sonra doğacak borçları kapsamaz. Bu esnadan sonra meydana gelen hak ve alacaklar talep ve dava edilmeye devam edilir. Bu sebeple hangi tarihte yapıldığı belli olmayan bir ibra batıldır.⁶⁶

İslâm hukukçuları arasında ibranın tek veya çift taraflı bir hukukî işlem oluşu tartışmalıdır.⁶⁷ Bu noktanın belirginleşmesiyle işlemin kabule ihtiyacının olup olmadığı açıklığa kavuşacaktır. Hukukî nitelik itibariyle ıskât veya temlik kabulüne göre ulaşılan hukukî sonuçlar da farklılaşmaktadır.⁶⁸

İslâm Hukukunda borçların “*ayn*” ve “*deyn*” olarak ikiye ayrıldığı ve ibranın hukukî nitelik itibariyle “*ayn*”larda değil, “*deyn*”lerde geçerli bir işlem olduğu önem arzeder. “*Ayn*” borcu belirlemeye ihtiyaç görülmeyen belli bir mal borcunu ifade eder. Bir eşyanın somut varlığı, kendisi ve zâtı *ayn* olarak nitelenir. Hukukî işlemin konusu burada fert olarak belirlenmiş bir nesnedir. “*Deyn*” ise zimmete taalluk eden, borç olarak

⁶⁵ Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 502; Krş. Eren, Borçlar Genel, s.1293 vd.

⁶⁶ Buhûti, Mansur b. Yunus b. Selahiddin (v.1051/1641), Keşşâfu'l-Kıma' An Metni'l-İkna, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, c.I-VI, yy. ty.,IV, 304,305; Merdâvî, Alaüddin Ebü'l-Hasen Ali b. Süleyman, el-İnsâf fî Marifeti'r-Racih Mine'l-Hılaf, Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2. Baskı, c.I-XII, yy. ty., el-İnsâf, VII, 130; İbn Âbidîn, Redd, V, 631; İbn Nüceym, Resâil, s.470-471; Mecelle, md.1563; Ali Haydar, Dürer, IV, 80; Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitab, II, 23.; Arsebük, s.163.

⁶⁷ Apaydın, “İbra”, DİA, c.XXI, s.264.

⁶⁸ Kabukçu, Şükrü, İslâm Hukukunda İbrâ, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992, s.15; Akgündüz, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, III, 484.

sözleşme konusu itibariyle nakit veya misli olan borçtur. Hukukî işlemin konusu fert olarak belirlenmeyip, cins olarak ya da para şeklinde belirlenmiştir.⁶⁹ Zimmet, deyn borçlarının sabit ve var olduğu bir yer olarak kabul edilir.⁷⁰ Aynî borçların, deyn borçlarının aksine ıskâtı kabul etmeyişleri sebebiyle, ibra zimmette sabit olan deynlerde geçerli olmaktadır. Ayn zimmeti işgal etmez. İbrada bir borçla işgal olmuş zimmetin boşaltılması söz konusudur.⁷¹

İbra temlik manasına da sahiptir. İbra edilen miktar kadar borçlunun mülkü artmış, alacaklıninki azalmış olur. Temlik ve ıskât bağlamında mehir ve nafaka borçlarında konunun “*ayn*”⁷² yahut “*deyn*” oluşuna göre ibranın geçerli olup olmadığı takdir edilir.⁷³

Dava hakkından ibrada ise, davadan feragat anlaşılıp, konusu “*ayn*” olan dava hakkından da ibra geçerli olmaktadır. Konusu para borcu olan bir davadan ibra, deyn borcunu muhtevi bir davadan ibraya, deve

⁶⁹ İbn Âbidîn, Redd, V, 631; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 33-34; Mecelle, md.847; Hacak, Hasan, “Mal”, DİA, c.XXVII, s.463.

⁷⁰ Hacak, Hasan/Kaya Eyyüp Said, “Zimmet”, DİA, c.XXXXIV, s.425.

⁷¹ Kâsânî, Bedâi, VI, 11; Haraşî, Muhammed b. Abdullah, Şerhu Muhtasar-ı Halîl, Dârü'l-Fikr, c.I-VIII, Beyrut ty.,VI, 99,100; İbn Nüceym, Zeynüddin b.İbrahim b. Muhammed, el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, 2. Baskı, Dârü'l-Kitabi'l-İslâmiye ty., VII, 261; İbn Nüceym, Eşbâh, s.309-310; Buhûtî, Keşşâfu'l-Kına', IV, 304; İbn Âbidîn, Redd, V, 43; İbn Âbidîn, Mecmûatü Resâil-i İbn-i Âbidîn, Dersaadet 1325, Resâil, II, 100,101; Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed Süleyman (v.1078/1667), Mecmau'l-Enhur, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, c. I-IV, Beyrut 1419/1998, III, 508; Serahsî, Muhammed b. Ahmed, el-Mebsût, Dârü'l-Marife, c.I-XXXI; Beyrut 1409/1989, el-Mebsût, XVII, 32; XXIV, 65; Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn, Tuhfetü'l-Fukahâ, 2. Baskı, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1993, II, s.19; Aydın, M. Akif, “Deyn”, DİA, c.IX, s.267.

⁷² Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I, 408.

⁷³ Kâsânî, Bedâi, II, 295,296; İbn Âbidîn, Redd, III, 113; İbnü'l-Bezzâzî, Muhammed b. Şihab el-Hanefî, el-Fetâva'l-Bezzâziyye, Mısır ty., (el-Fetâva'l-Hindiye kenarı IV ve V. ciltler), Fetâvâ el-Bezzâziye, II, 343; M. Ebû Zehra, Akdü'z-Zevac, s.246.

cinsinden diyet borcu olan bir davadan ibra ise, aynî davadan ibraya örnek verilebilir.⁷⁴

IV. İBRANIN SIHHAT ŞARTLARI

A- İbranın Hukuka Uygun Olması

Bir sözleşmenin hukuka uygun olarak kurulmuş olması en temel şartlardan birisidir. İbra da bir sözleşme olarak kuruluş ve konusu itibarıyla hukuka uygun olmalıdır. Bu belirtilen durumlara aykırı bir sözleşme meydana gelmişse, hukuka aykırılıktan kaynaklanan butlan (kesin hükümsüzlüğü) sebebi ile hükümsüz hâle gelecektir. Türk borçlar hukukunda tarafların ehliyetsizliği, muvazaalı ibra sözleşmesi ve konuya ilişkin hukuka aykırılıklar hâlinde ibra sözleşmesi butlanla muhatap olur.⁷⁵

Hukuka uygun surette yapılmayan bir ibra sözleşmesi sonucunda hak ya da borç düşmeyeceği için, ibra, İslâm hukuku bakımından da naslara ve hukuka uygun yapılmalı, yasaklanan bir alan ibra sözleşmesine konu edilmemelidir. Bu sebeple bir kimsenin bir şahıstaki alacağını rüşvet kasdıyla ibra etmesi sahih olmayacağı gibi, batıl ya da fasit bir sözleşmeden doğan borçların ibrası da geçerli olmaz.⁷⁶ Örneğin nakit ve semen (bedel) kabul edilen malların karşılıklı değişimi olan sarf akdinde,

⁷⁴ İbn Âbidîn, Resâil, II, 108; İbn Âbidîn, el-Ukudü'd-Dürriyye fi Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye, yy. ty., Tenkîh, II, 63; İbn Nüceym, Bahr, VII, 261; Kadı Zâde, Tekmiletü Fethü'l-Kadîr, VI, 297; Şîrbînî, Muğni'l-Muhtâc, III, 206; Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas, Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc, Beyrut 1404/1984, IV, 444; Suyûtî, Celalüddin Abdurrahman b. Ebi Bekir, el-Eşbâh ve'n-Nezâir fi Kavaid ve Fürû'i Fikhi'ş-Şafi'iyye, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, Beyrut 1411/1990, s.462; Atar, F., İslâm İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1990, s. 53.

⁷⁵ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s. 300.

⁷⁶ Ali Haydar, Dürer, IV, 76,83; Mecelle, md.52; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.7, 19, 20; Bilmen, VIII, 31.

edimlerin akit meclisinde karşılıklı teslim ve tesellümü gerekir.⁷⁷ Hz. Peygamber'in (s.a.v) ribanın kendisinde cereyan ettiği mal ve emtia ile alakalı olan hadisi gereği,⁷⁸ sarf akdindeki karşı edimlerin ibraya konu olması, bu akitte caiz olmayan fazlalık ve vade tanınması anlamında olacağından, geçerli bir sarf akdi ve dolayısıyla ibrası da olmayacaktır.⁷⁹ Bir kadının sükna (oturma) hakkının elinden alınamayacağı ayetle sabit olduğu için, kadının bu hakkı konu ederek ibra etmesi de geçerli olmaz.⁸⁰

B. İbrayı Yapanın İbra Konusunda Hak Sahibi Olması:

İbrayı yapanın hukuken geçerli ve var olan bir alacak hakkının zimmetinde sabit olması gerekir.⁸¹ Buradan yola çıkarak, vekilin ibra hakkına sahip olup olmadığı konusu, İslâm hukukçularının geneline (*cumhura*) göre, vekâletin kapsamına dahil olmak kaydıyla mümkün olduğu kabul edilir. İmam Ebû Yusuf ve Şâfiîlerden bir görüşe göre ibra teberru mahiyetinde olduğu için sadece malike ait kabul edilir, dolayısıyla vekilin ibrası geçerli olmaz. Vekâleten teslimde yetkili olmak malik olma vasfı ile aynı mütalaa edilemeyeceğinden, malik olunmayan bir haktan ibra da söz konusu olmamaktadır.⁸² “*Fuzûlî*”nin⁸³ ibrası hususun-

⁷⁷ Mejdani, el-Lübab, II, 47; Mecelle, md.121.

⁷⁸ Müslim, Müsâkât, 80, 81.

⁷⁹ Serahsî, el-Mebsût, XIV, 19; Kâsânî, Bedâi, V, s.218; el-Kârâfi, Fûrûk, III, s.468; Semerkandî, Tuhfe, III, 28-29.

⁸⁰ Talak, 65/ 1; İbnü'l-Arabî, Ahkâmü'l-Kur'ân, IV, 1827; Kâsânî, Bedâi, III, 152. Bkz. Tirmizî, Talak, 5.

⁸¹ Kâsânî, Bedâi, IV, 26; İbn Âbidîn, Redd, V, 152; el-Buhûtî, Keşşâfû'l-Kınâ, IV, s.305; Hattâb, Şemsüddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdirrahman (v.954/1547), Mevâhibü'l-Celîl fi Şerhi Muhtasari'l-Halîl, III. Baskı, yy. 1412/1992,VI, 52; eş-Şâfiî, el-Ümm, III, 179.

⁸² Zeylaî, Abdullah b. Yusuf (v.762/1360), Tebyînü'l-Hakâyık Şerhu Kenzi'-Dekaik, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Bulak 1414. IV, 274; İbn Nuceym, Bahr, VII, 182; İbn Âbidîn, Redd, V, 530; Kâsânî, Bedâi, VI, 6; el-Kârâfi, Fûrûk, II, 233; Şîrâzî, Ebû İshak

da, diğer mezheplerin aksine Hanefilerde sonradan verilen icazet ile mümkün olabileceği görüşü vardır.⁸⁴

C. İbranın Hakkın Doğumundan Sonra Yapılması:

İbraya konu olan hak ve alacağın, ibra edenin zimmetinde tasarruftan önce doğmuş olması gerekir. Zimmetin önceden bu hak ve borçla ilişkili olmadığı durumda, ibra da söz konusu olmaz. Şartlarının gerçekleşerek hak ve borcun zimmette doğmuş olduğu zaman bu bakımdan önem arzeder.⁸⁵ Örneğin evliliğin devamı süresince iddet ve borç doğmadan evlilik nafakasından ibra geçerli olmamaktadır. Ancak anlaşma ve yargı kararına dayanan evlilik nafakası ibraya konu olabilmektedir.⁸⁶

İbrahim b. Ali b. Yusuf, el-Mühezzeb, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, c.I-III, yy. ty., I, 349; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, V, 24,25; el- Mevsûatü'l-Fıkhiyye, I, 153.

⁸³ Fuzûlî; yetkisi olmadan başkası adına hukukî işlemde bulunan kimse, Gözübenli, Beşir, "Fuzûlî", DİA, c.XIII, s.239; Çeker, O, İslâm Hukukunda Akidler, Tekin Kitabevi, Konya 2014, s.100.

⁸⁴ Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.421,422; Çeker, O., Fıkıh Dersleri, 10. Baskı, Konya 2018. Fıkıh Dersleri, s.106; Mecelle, md. 96, 111, 112; İbn Nüceym, Bahr, VI, s.164; Mahmasânî, Mücebât, I, 56,57; Zerka, M. A., el-Medhalü'l-Fıkhi'l-Âmm, Dârü'l-Kalem, Dımaşk 1425/2004, I, 506; Ali el-Hafîf, Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, s.317 vd.

⁸⁵ İbnü'l-Hümâm, Feth, IV, s.395, 409; İbn Âbidîn, Resâil, II, 102; Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.537; Kârâfî, Furûk, I, 128; Şîrâzî, el-Mühezzeb, II, 186.

⁸⁶ Kâsânî, Bedâi, III, s.152; İbnü'l-Hümâm, Feth, IV, 235, 236, 394; İbn Nüceym, Bahr, IV, s.203; Şafîi, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, el-Ümm, Beyrut 1410/1990, el-Ümm, V, 81; Suyûtî, Eşbâh, I, 462; İbn Kayyım el-Cevziyye, Muhammed b. Ebi Bekir, İ'lâmü'l-Muvakkîn, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, I. Baskı, Beyrut 1411/1991, IV, 36; MahmudHamze, Mahmud b. Muhammed Nesib b. Hüseyin, el-Ferâidü'l-Behiyye Fi Kavâidi'l-Fıkhiyye, Dımaşk-Şam 1298/1880, s.146; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.266.

V. İBRANIN BAZI HUKUKÎ SÖZLEŞMELERLE İLİŞKİSİ

A- Sulh

a) **Türk Hukuku:** Sulh, tarafların karşılıklı tavizler vererek orta noktada buldukları bir sözleşmedir. Taraflar mevcut veya muhtemel bir hukukî uyuşmazlığı taviz ve fedakârlıkla çözmektedirler. Sulh maddî hukuk bakımından borcu, usûl hukuku bakımından davayı sona erdirir.⁸⁷ Sulh sözleşmesi ile ihtilafli alacağın bir kısmı veya tamamı ortadan kaldırılmaktadır. Bu bakımdan ibra ile benzerlik gösterir.⁸⁸

Sulh sözleşmesine görülmekte olan bir davanın anlaşarak sonlanması da denilebilir. Mahkeme içi sulh bir usûl hukuku işlemidir.⁸⁹ Sulh sözleşmesi mahkeme dışında olduğunda borçlandırıcı ve aynı zamanda tasarruf işlemidir. “*Sulh olan devreder*”, kuralı gereği hakkın bir kısmı feragat suretiyle karşı tarafa devredilmektedir.⁹⁰ İbrada borcun sona ermesine mukabil, sulh sözleşmesinde tarafların karşılıklı genellikle azalmış olarak yeni borç üstlenmesi söz konusu olmaktadır. Ancak yine de borçlandırıcı işlem olmayıp, tasarruf işlemi kabul edilir.⁹¹ Yerine getirdiği fonksiyona göre bir sulh sözleşmesi, borcun bir kısmını veya tamamını ihtiva etmek üzere yenileme, değiştirme, erteleme, feragat, yeni borç doğurması, menfi borç ikrarı gibi birçok müesseseyi içeriyor olabi-

⁸⁷ Feyzioğlu, Borçlar Özel, 1978, I 41; Gökyayla, Emre/Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s.14; Demir, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010, s.216; Türk Hukuk Lügati, Ankara 1991, s.305.

⁸⁸ Eren, Borçlar Genel, s. 1289; Denizci, Özlem Sibel: Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 26.

⁸⁹ Önen, Ergun, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 11; Demir, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 216.

⁹⁰ Eren, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2017, s.1010,1012.

⁹¹ Eren, Borçlar Genel, s.171,1301.

lir.⁹² Sulh, içerisinde ibraya ait unsurlar içeriyor olsa da, ibradan farklı bir müessesedir. İbranın hukukî sebebi çoğunlukla bir sulh sözleşmesidir.⁹³ Bunun davadan feragat şeklinde yapılmış olması hâlinde işlemin borçlar hukuku değil, bir usûl hukuku işlemi olduğu ve borçlu muhatap alınarak yapılan bir hukukî işlem olmayıp, mahkemeye yönelik gerçekleşen bir işlem olduğu görülür. Ayrıca davadan feragat tek taraflı, ibra ise hukuk sistemlerinin genelinde bir sözleşme olarak kabul edilir.⁹⁴ Kasıt veya ağır ihmal sonucu doğmuş sözleşme, nafaka hakları ve iş hukukunu ilgilendiren geleceğe yönelik bazı haklar ibraya konu teşkil etmezler.⁹⁵

b) İslâm Hukuku: Sulh, İslâm-Osmanlı hukukunda hukukî ihtilafî ortadan kaldıran bir sözleşme olarak îcap ve kabul ile meydana gelir.⁹⁶ Taraflar sözleşmeden dönemezler ve hatta mirasçıları da bu sözleşmeyi feshedemezler. Karşılıklı deyn vasıflı borçlarda sulh işleminde “*sarf*” şartlarını aramak,⁹⁷ temel ilişkinin karz esaslı olduğunda “*ribevi*” mallardan olmamasına dikkat etmek gerekir.⁹⁸ Bu şartlara uymaması hâlinde caiz görülmecektir.⁹⁹ İbra ve sulh teşvik ve tavsiye edilen bir yol olması sebebiyle, mahkeme içi ve dışı uygulamalara çokça konu olmuş ve

⁹² Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.55, 76.

⁹³ Feyzioğlu, Borçlar Özel, 1978, I, 41; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s. 314.

⁹⁴ İzmirlioğlu, A., 6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname, s.1463, 1465; Aksu, M., İbra, s.109-110.

⁹⁵ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, I, 1176.

⁹⁶ Şeyhîzâde, Mecmau'l-Enhur, III, 422 vd; İbnü'l-Hümâm, Feth, VIII, 412.

⁹⁷ Sarf; paranın para ile bozdurulması ve değişimidir. Akit meclisinde peşin olarak yapılmadığında işlemde faiz riski doğabilmektedir. Bkz. Çeker, Fıkıh Dersleri, s.129.

⁹⁸ Kendisinde faiz yasağının cereyan ettiği mallara ribevi mallar denir. Geniş bilgi için bkz. Çeker, İslâm Hukukunda Akidler, s.223-225.

⁹⁹ Mahmud Hamze, el-Ferâidü'l-Behiyye, s.146,147; Atar, Fahrettin, “Sulh”, DİA, c.XXXVII, s.484.

olmaktadır.¹⁰⁰ İbra genellikle doğrudan alacaklının kendi iradesi ve önerisi ile başlatılan, alacak veya hakkın tamamından veya bir kısmından vazgeçerek borçlunun hak ve borçtan kurtulmasını sağlar. Ancak borçlu reddederek bunu kabul etmeme iradesini de gösterebilir.¹⁰¹

Diğer bir fark da, sulhun aksine ibranın geçerli olması için İslâm hukukçularının birçoğuna göre borçlunun kabulünün gerekmemesidir. Hanefilerde borçlunun ibra meclisinde veya muttali olunca reddetmemesi gerekliliği vardır.¹⁰² Sulh “*ayn*” cinsinden mallarda da cari olması bakımından ve ibra ise temlikten daha genel olması bakımından birbirlerinden ayrılırlar.¹⁰³ Şafîî ve Hanbeli mezheplerinde tercih edilen görüşe göre, borçlunun reddi muteber değildir.¹⁰⁴

İbra ile sulh arasında her ikisi de borçlu lehine bir işlem olduğundan bir benzerlik de vardır. Bu sebeple sulh bir kısmı ıskât, diğer kısmı karşılıklı iki taraflı sözleşme olan iki bölümlü bir işleme benzetilmiştir.¹⁰⁵ Bu işlem Hanefilerde mal mukabili sulh, Şafîilerde ise ivazlı ibra olarak

¹⁰⁰ Kâsânî, Bedâi, VI, 40; Meydani, el-Lübab, II, 162; Demir, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, s. 216; Kabukçu, İslâm Hukukunda İbrâ, s.16 vd.

¹⁰¹ Semerkandî, Tuhfe, III, 250 vd.; Merğınânî, Ebû'l-Hasen Burhanüddin Ali b. Ebi Bekir (v.593/1197), el-Hidâyetü Fi Şerhi Bidayeti'l- Mübtedi, (Thk. Talal Yusuf), Beyrut ty., III, 190-191; Berki, A. Himmet, “Sulh ve ibra” A.D., sy. 12, s.754; Seyyid Sâbık, Fıkhu's-Sünne, Dımaşk 1414/1993, III, 267; Atar, F., “Sulh”, DİA, c. XXXVII, s.482.

¹⁰² İbn Nüceym, Eşbâh, s.222.

¹⁰³ Haraşî, VII. 103; el-Hattâb, Mevâhib, V,232; Derdîr, Ebû'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed, eş-Şerhu'l-Kebir ala Muhtasarı'l-Halil, (Desûki'nin Haşiyesi ile birlikte), Dârü'l-Fikr, yy., ty., III, 310; el Mevsûatü'l-Fıkhiyye, XIV, 24.

¹⁰⁴ İbn Kudâme, el-Muğnî, V, 657, Buhûtî, Keşşâfu'l-Kına', IV,304; Suyûtî, Eşbâh, 171.

¹⁰⁵ İbn Cüzey, el-Kavanîn, s.221, 222.

telakki edilmiştir.¹⁰⁶ Sulh sözleşmesinin fasit olması, bu sözleşme kapsamında yapılan genel vasıflı ibrayı ortadan kaldırmaz.¹⁰⁷

B- İkâle

a) Türk Hukuku: İkâle, 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmemiş olmakla birlikte, doktrinde ağırlıklı olarak tarafların irade ve rıza serbestisi ile aralarında var olan sözleşmeyi ve dolayısıyla borç ilişkisini ortadan kaldıran bir sözleşme olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁸ Taraflar daha önce aralarında oluşmuş olan borç ilişkisini sonlandıran bir tasarruf işlemi yapmaktadırlar. Bunun için tarafların fiil ehliyetine sahip olmaları gerekmekte, ancak irade beyanlarının açık ya da örtülü olması mümkün olmaktadır. Her iki işlem de tasarruf işlemi niteliğinde oldukları için ikisinde de tasarruf yetkisine sahip olmak aranmıştır.¹⁰⁹

İbra sözleşmesi ile dar anlamda borç, ikâlede ise borç ilişkisinin sona erdirilmesi hedeflendiği için, tek tek bütün borçların ibrası şeklinde olan bir ibra ile aynı sonucu sağlamakla beraber, ikisi de farklı sözleşmeler olarak kabul edilirler. Kural olarak ifaya başlamadan ikâle yapılmışsa geçmişe etkili sonuçlar doğurur. İkâle borçlandırıcı olmayıp, bir tasarruf işlemi olarak ibra sözleşmesiyle benzerlik arz eder.¹¹⁰ İbrada genelde

¹⁰⁶ Şafii, el-Ümm, III, 226; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.928; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, I, 144; Zuhaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî, V, 346; Ellek, Hasan, İslâm Hukukunda Mali Konularla İlgili Sulh Anlaşması (Akitler Çerçevesinde), Basılmamış Doktora Tezi, Bursa 2012, s.135.

¹⁰⁷ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.23.

¹⁰⁸ Eren, Borçlar Genel, s.1288; Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1977, II, 413; Savaş, Abdurrahman, "Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi", TAAD, yıl 7, Nisan 2016, sy.26, s.112; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.41-43.

¹⁰⁹ Savaş, "Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi", s.115.

¹¹⁰ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.44.

münferit bir borcun ortadan kaldırılması sağlanmakta iken, ikâle ile bütün bir borç ilişkisi ve hukukî ilişki bir bütün olarak ortadan kaldırılmaktadır. Bu anlamda ibradan daha kapsamlıdır.¹¹¹

b) İslâm Hukuku: İkâle, Mecelle’de “*Akd-i bey’i ref*” ve *izale etmektir.*” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹² Sözleşmeler tarafların birbirine uygun îcap ve kabulleriyle meydana geldiği gibi, sözleşmelerin ikâle yoluyla bozulması da Mecelle’nin 191. maddesine uygun olarak tarafların birbirine uygun îcap ve kabulü ile olur. İkâlenin konusu vazgeçilmek istenen sözleşmeden doğan borçları borç ilişkisi ile birlikte ortadan kaldırmaktır. İkâle esnasında en azından sözleşmenin ifası tamamlanmamış ve sözleşme konusu mal hâla varlığını devam ettiriyor olmalıdır. Ancak sözleşme konusu malın bir kısmı telef olsa dâhi kalanında ikâle mümkündür.¹¹³

İkâlenin İslâm hukukçuları arasında taraflar ve üçüncü şahıslar bakımından fesih yahut yeni bir sözleşme olarak kabulünde farklı görüşler vardır.¹¹⁴ İfadadan önce yapılan ikâle geçmişe etkili, sonra yapılan ikâle ise geleceğe etkili sonuçlar doğurur.¹¹⁵ Konusu deyn olan ibra ikâleye konu olmamaktadır. İkâle sözleşmesi genelde bir sözleşmeden doğan borç ilişkisini ortadan kaldırmakla beraber, haksız fiil, sebepsiz zengin-

¹¹¹ Aksu, İbra, s.111.

¹¹² Meydani, el-Lübab, II, 32; Mecelle, md.163; Çeker, O., Fıkıh Dersleri, s.62-63; Krş. Eren, Borçlar Genel, s. 174 ve 1288,1289; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.455; Savaş, A., “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, s.113-114.

¹¹³ Mecelle, md.163, 194,195.

¹¹⁴ Kâsânî, Bedâi, V, 306 vd.; Haskefi, ed-Dürrü’l-Muhtâr, s.423; Suyûtî, Eşbâh, s.172; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 417, 419, 422; Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, s.110; Aybakan, Bilal, “İkâle”, DİA, c.XXII, s.14.

¹¹⁵ Aybakan, “İkâle”, DİA, s.XXII, s.15-16.

leşme ve sözleşme ihlallerine dayanan hukukî sorumluluk hâlleri de, ibra etkisini gösteren ikâle sözleşmesine konu olabilmektedir.¹¹⁶

C. Hibe (Bağışlama)

a) Türk Hukuku: Hibe, kazandırıcı mahiyette bir işlem olarak, bir kimsenin sağlığında kendi mal varlığının tamamını veya bir kısmını teberru kasdıyla bir başka kimseye vermesini ifade etmektedir.¹¹⁷ Türk hukukunda niteliği itibariyle hibe tek tarafa borç yükleyen, ancak iki taraflı bir işlemdir. Kişinin sağlığında sonuçlarını doğurmak üzere, bağışlayanın mal varlığından bir başkasına karşılıksız olarak kazandırma yapmayı üstlendiği bir sözleşmedir. Hibede bağışlananın mal varlığının aktifi artmakta iken, ibrada pasifinde azalma meydana gelmektedir.¹¹⁸

b) İslâm Hukuku: Hibe, ivazsız (*karşılıksız*) olarak bir malın başkasına temlik olup, diğer sözleşmeler gibi îcap ve kabul ile kurulur ve iki taraflıdır. Hibe temlik, ibra ise ıskât esastır.¹¹⁹ Kabul anlamına da gelen teslim alma ile tamamlanan hibe, bazı istisnalar dışında bağlayıcı (*lâzım*) olmayan,¹²⁰ genellikle kişinin hâli hazırda malik olduğu bir şeyi

¹¹⁶ Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, s.127.

¹¹⁷ Feyzioğlu, Borçlar Özel, 1978, I, 317; Gökyayla/Zevkliler, Borçlar Hukuku, s.174.

¹¹⁸ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.277; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2015, s.239; Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2014, s.352; Savaş, “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, s.122.

¹¹⁹ Serahsî, el-Mebsût, XII, 84; Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.567; İbnü'l-Hümâm, Feth, V, 205; VII, 439; Meydâni, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî, el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb, Thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Beyrut ty, III, 171, 178; el-Fetâvâ'l-Hindiye, (Heyet-Nizâmüddin el-Belhî başkanlığında), II. Baskı, c.I-VI, Darü'l-Fikir, 1310, IV, 384; Çeker, Fıkıh Dersleri, s.177; Mecelle, m.833; Feyzioğlu, Borçlar Özel, 1978, s.322.

¹²⁰ Çeker, Fıkıh Dersleri, s.178-179; Mecelle, md.841.

bir başkasına temlik etmesidir.¹²¹ İbra ise, genelde borç ilişkisinden sonra yapılan işlemdir. Bir kimsenin alacağını borçluya hibe etmesi, ibra mesâbesinde olmaktadır. Sarf bedeli dışında borçlunun kabulü değil, red-detmemesine itibar edilir.¹²² Buna göre bir şahıs bu işlemi, ibra lafzı ve diğer ibra anlamına gelen ifadelerle değil de, iradesini hibe şeklinde belirterek yapsa dâhi ibra hükmünde olmaktadır.¹²³

Teslimden sonra hibeden rücu caiz, ibrada caiz olmadığı için, Hanefilerde farklı işlemler kabul edilmiştir.¹²⁴ Genelde hibeden dönmek diyaneten hoş görülmemiştir. Şahsın kendi altsoyuna yaptığı hibeden dönebilmesi caiz olurken, ibrada olmamaktadır. Alacağın bağışlanmak suretiyle ibrasında olduğu gibi bağışlamadan dönmeye engel sebepler bulunmaktadır.¹²⁵ İbranın öncesinde bir hukukî işlem vardır. Bu işlemin çoğunlukla sulh veya hibe muhtevalı olduğu görülür. Bu hukukî işlemlerden kaynaklanan hak ve borçlar ibra işlemine konu olmaktadır.

Hibe ile diğer bir fark, hibede kabul şartı olmasına rağmen, ibrada birçok hukukçuya göre kabul şartının olmamasıdır.¹²⁶ Teberru anlamı ihtiva eden işlemlerin kabz (*teslim*) ile tamamlanması esastır.¹²⁷ Ancak hibedeki kabul şartının İslâm ve Osmanlı Hukuk sisteminde kabulün daima açık olması gerekli olmayıp, susmak suretiyle zımnî kabul de müm-

¹²¹ Mecelle, md.837.

¹²² Suyûtî, Eşbâh, s.524; Derdîr, eş-Şerhu'l-Kebir, IV, 99; Mecelle, md.847.

¹²³ Haraşî, VI, 3; Merdâvî, el-İnsâf, VII, 127; Şirbînî, Muğni'l-Muhtâc, III, 164, 165.

¹²⁴ Bâbertî, el-İnâye, VII, 190; Hamevî, Ğamzu Uyûni'l-Besâir, IV, 97; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, I, 144; Mecelle, md.847.

¹²⁵ Bkz. Şener, Abdülkadir, İslâm Hukukunda Hibe, s.19, 102-103.

¹²⁶ Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.264.

¹²⁷ Hâdimî, Mecâmi', s.45.

kün olmaktadır.¹²⁸ Diğer bir fark ise, mekruh olmakla beraber hibeden rücu' caiz olduğu hâlde,¹²⁹ ibradan vazgeçme geçerli olmaz.¹³⁰ Bazı istisnaî hâllerde hibeden rücu' edilemediği gibi, teslimden sonra rücu' için karşı tarafın rızası aranır.¹³¹ Hibede yine fer'e (*çocuk, torun*) yapılan hibeden rücu' mümkün iken, bu hâldeki ibradan rücu' mümkün olmamaktadır.¹³²

VI. İBRADA İSKÂT VE TEMLİK

İbranın ıskât veya temlik oluşu konusunda İslâm hukukçuları farklı görüşlere sahiptir. Bu noktadan hareketle, ibranın kabulünün gerekli ve reddinin geçerli olup olmadığı tartışılmıştır.

İbra, Hanefî, Şafîî ve Mâlikî mezhebine göre hem ıskât ve hem de temlik manası taşımaktadır. İbrada ıskât manası bulunmasından dolayı Hanefî ve Şafîî mezhebine göre borçlunun kabulüne gerek kalmaz. Fakat, aynı zamanda temlik manası da bulunduğu için borçlunun reddi etkili olur ve ibranın kuruluşuna engel olur. Bu suretle ibra olan hak ve borç tamamen ıskât edilmiş veya kısmen borçludan indirilmiştir. Bu işlem buna uygun şekilde ifade edilen sözlerle kurulabileceği gibi, peşin satılmış bir malı ibra kasdıyla bedelini almadan teslim etmek suretiyle fiilen

¹²⁸ Serahsî, el-Mebsût, XII, 84; İbn Nüceym, Eşbâh, 324; Remlî, Nihyetü'l-Muhtâc, V, 513; Suyûtî, Eşbâh, 524; Şafîî, el-Ümm, IV, 65; Krş. Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.282; Berki, Borçların Sükûtu, s.239.

¹²⁹ İbn Nüceym, Bahr, VII, 291; el-Mevsilî, el-İhtiyâr, III,51 vd.

¹³⁰ İbn Nüceym, Bahr, VI, 131; Suyûtî, Eşbah, s.524; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.266.

¹³¹ Bkz. Şîrâzî, el-Mühezzeb, II, 469; Suyûtî, Eşbâh, s. 524; Hamevî, Ğamzu Uyûni'l-Besâir, III, 96; İbn Nüceym, Eşbâh, 324; Semerkandî, Tuhfe, III, 166 vd.; Molla Hüsrev, Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm, Dârü İhyai'l-Kütübi'l-Arabi, c.I-II, yy. ty., II, 221 vd.; Mahmasânî, Mücebât, II, 559; Ekinci, E. B., İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler, 2. Baskı, İstanbul 2016, s.525-526; Çeker, İslâm Hukukunda Akidler, s.211.

¹³² Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.264.

de yapılabilir. Borç, düşen kısım itibariyle artık borçludan talep edilemez hâle gelmiştir.¹³³

Hanefî ve Mâlikî mezheplerine göre, ibrada temlik manasının olması daha çok ibranın reddi konusunda önemlidir. Şafîî mezhebine göre ibranın ıskât veya temlik oluşu sözleşmenin mahiyetine göre değişir. İbra edenin miktarı bilmemesi, ibra edilen şahsın belli olmaması ve ibranın şarta bağlanması hâlinde ibra bir temliktir. Başlangıç itibariyle ıskât gibi görünmesine rağmen, sonuç itibariyle kazandırıcı bir tasarruf işlemi olmasından dolayı da temlik vasfı vardır.¹³⁴ Hanbelî mezhebine göre ise, ibrada sadece ıskât manası olduğu için, borçlunun kabul veya reddi önemsizdir. İbra, talak ve köle azadında olduğu gibi sadece alacaklının tasarrufu ile geçerli olur. Bu mezhepte birine hibe yapmama hususunda yemin eden şahıs, söz konusu kişiyi borcundan ibra etmesi ile hibenin aksine ibradaki ıskât bağlamı sebebiyle yeminini bozmuş olmayacaktır.¹³⁵

VII. İBRANIN ÇEŞİTLERİ

İbrayı çeşitli yönleri itibariyle sınıflandırmaya tâbi tutmak mümkündür. Ali Haydar Efendi, Mecmûatü'l-Cedîde isimli eserinin ibra ko-

¹³³ Serahsî, el-Mebsût, XX, 141; Kâsânî, Bedâi, VI, 14; İbnü'l-Hümâm, Feth, VI, 397; Bâbertî, el-İnâye, VI, 397; VIII, 429; Şeyhîzâde, Mecmau'l-Enhur, III, 508; İbn Nüceym, Bahr, VIII, 107; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 256; Şirbînî, Muğni'l- Muhtaç, III, 164; Haraşî, VII, 103; Ali el-Hafîf, Damân, II, 136-137; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.24, 25, 33, 40,41; Bkz. Mecelle, md. 281, 335.

¹³⁴ Suyûtî, Eşbâh, 171; Seyyid Sâbık, Fıkhu's-Sünne, III, 268; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.263.

¹³⁵ Şîrâzî, el-Mühezzeb, II, 356; Serahsî, el-Mebsût, XII, 84; İbn Nüceym, Bahr, VI,199; İbn Nüceym, Eşbâh, s.292,363; İbn Kudâme, el-Muğni, V, 657; Buhûtî, Keşşâfu'l-Kıma', IV, 304; Karâfî, Ebü'l-Abbas Şihabüddin Ahmed b. İdris, el- Fûrûk, Âlemü'l-Kütüb, yy, ty, II,136; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.263.

nusunu ele aldığı el-İstiksâ bölümünde detaylı bir taksimle 23 çeşit ibradan bahseder.¹³⁶ Bunlardan bazılarında bu çalışmanın çeşitli yerlerinde farklı başlıklar altında temas edilmektedir. Bu kısımda ibrayı borcun tamamı veya bir kısmını kapsamaması ile karşılıklı olup olmadığına göre yapılan bir tasnifle ele alacağız.

A- Tam-Kısmî İbra Ayrımı

a) Türk Hukuku: Alacaklı borcun tamamından borçluyu ibra etme iradesinde bulunabileceği gibi, kısmî olarak da bunu yapabilir. Borcun konusu kısmî ifaya engel olacak şekilde bölünemez olmaması kaydıyla, kısmî ibranın mümkün olduğunun kabulü gerekir. Borçlu borcun bir kısmını ödeyecek olması, borçlunun kısmî ibra şartıyla kısmî ödemeyi kabul etmesi gibi durumlar söz konusu olabilmektedir. Kısmî ifa da, kısmî ibra gibi borcu kısmen sona erdiren sebeplerdendir.¹³⁷ Alacaklının borçlusuna ödeme kolaylığı yahut tamamı yerine bir kısmını alabileceği düşüncesiyle kısmî ibra yoluna gitmesi mümkündür. Hatta kısmî ifanın kabul edilmesi, zımnî kısmî ibra kabul edilebileceği somut şartlara bağlı olarak düşünülebilmektedir.¹³⁸

b) İslâm Hukuku: Mecelle'nin 1536. maddesi “*Bir kimsenin diğer kimsedeki hakkının tamamını ıskât, yahut bir miktarını tenzil ederek o kimseyi borçsuz kılmasına ibray-ı ıskât*” demiştir. Bu tür bir ibra, belli bir hak ve alacak ile ilgili bulunursa özel, bütün hak ve davaları kapsamına

¹³⁶ Bkz. Ali Haydar, el-İstiksâ, s.18.

¹³⁷ Eren, Borçlar Genel, s. 950,1303; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.197.

¹³⁸ Bkz. Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.197,199.

alır ise genel ibra adını almaktadır.¹³⁹ Kısmî ifa sulh sözleşmesi temelli olarak, alacağın bir kısmını borçludan alarak, kalanı ibra etmek suretiyle de olabilir. Bu takdirde, yapılan sulh ve sonrasında ibra ile borç borçludan kısmî ibra ile düşmüş olmaktadır. Ancak kalanın öne alınması (*ta'cil*) şartı ile ibra Şafîlerde cahiliye ribasına benzetilmiştir. Şart koşulmadan bir kısmının öne alınmış olması hâlinde yapılan ibra ise geçerli olmaktadır.¹⁴⁰ Sulhe binaen yapılmış ibrada, sulh sözleşmesini geçersiz kılan bir durum meydana geldiğinde, buna dayayan ibra da hukuken geçersiz hâle gelir. İbra bir başka sözleşme kapsamında yapıldığında, bu ana sözleşmenin geçerliliği ibrayı da etkiler. Bu sözleşme iptale maruz kaldığında ibra da aynı şekilde iptale muhatap olur. Fasit bir sözleşme zımında olmak üzere yapılan ibra da fasit olur. Mecelle md.1552'de “*Bir şey batıl olduğunda, onun zımındaki şey dâhi batıl olur.*” hükmü yer almıştır.¹⁴¹

B- İvazlı-İvazsız İbra

a) **Türk Hukukunda** hukukî işlemler ve özellikle kazandırıcı işlemler ve bu arada ibra sözleşmesi bir edim karşılığında ivazlı yahut ivazsız yapılabilmektedir.¹⁴² Bir tasarruf işlemi olan ibranın dayandığı borçlandırıcı temel işlemin ivazlı olup olmadığı bu nitelemeye öne çıkar. Doktrindeki genel eğilime göre bir tasarruf işlemi olan ibra sözleşmesinin

¹³⁹ İbn Nüceym, Resâil, s.471; F. Hindiye, VI, 165; Mecelle, md.1537, 1538, 1565; Ali Haydar, Dürer, IV, 16-17; Ali Haydar, el- İstiksâ, md.43; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.938; Keskin, Dürerü'l Hükkam'ın Sulh ve İbra Bölümünün Latinizesi, s.111.

¹⁴⁰ Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 385; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 167; Ayrıca bkz. Ellek, H., Sulh Anlaşması, s.136-137.

¹⁴¹ Bkz. İbn Âbidîn, Resâil, II, 105-106; Molla Hüsrev, Dürer, II, 402; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.19, 20.

¹⁴² Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.101.

kendisinden borçlandırıcı bir mahiyet arzetmesi beklenmez.¹⁴³ İbra sözleşmesinin ivazlı yapılabildiğinin kabulü hâlinde her iki tarafın da sözleşme ehliyetine sahip olması aranır.¹⁴⁴

b) İslâm Hukukunda ibranın tek taraflı irade beyanına dayanan işlem yahut bir sözleşme olup olmadığı hususundaki tartışma da, ivazlı (mukabil edim) olup olmadığı noktasında ayrıca önem arz eder. İvazsız olduğunda genellikle tek taraflı irade beyanı ile olabileceği de düşünülebilirken, ivazlı olması hâlinde iki taraflı olduğunun kabulü gerekir.¹⁴⁵ İvazlı ibra, işlem olarak sulhe daha yakın durmaktadır. Bu durumda her iki tarafın da hak ve fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Taraflar ibra sözleşmesini ivazlı yapıyorlarsa fiil ehliyetine sahip olmaları ayrıca önemlidir. İvazsız olduğunda yalnız alacaklının fiil ehliyetine sahip olması yeterli iken, fiil ehliyetine sahip olmayan borçlunun, karşılıksız bir borçtan kurtulduğu için temyiz gücüne sahip olması yeterlidir. Yine fiil ehliyetine sahip olmayan borçlunun ivazlı ibrada kanunî temsilcisi tarafından temsil edilmesi gerekir.¹⁴⁶

Türk ve İslâm Hukukunda ivazlı ibrada başka bir karşılığın ibra mukabili elde edilmiş olması, bazı hâllerde ibradan ziyade, ifa yerine geçen eda işlemi olarak da değerlendirilmiştir.¹⁴⁷

¹⁴³ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s. 101,102.

¹⁴⁴ Akdoğan, S., Türk Hukukunda İbra Sözleşmesi, s.51.

¹⁴⁵ el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 143,150.

¹⁴⁶ Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I. 255; Eren Borçlar Genel, 2017, s.1302,1303; Berki, Borçların Sükûtu, s.238; Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952, I, 511; Apaydın, Yunus, İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1989, s.23 vd.

¹⁴⁷ Berki, Borçların Sükûtu, s.238; Saymen/Elbir, s.856,857; Aydın, M.Akif, "Borç", DİA, c.VI, s.289; Krş. Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.103.

VIII. MAHİYETİNE GÖRE İBRA

Bu yöndeki ayırım “*istîfa ve iskât ibrası*” şeklindedir. İbranın karşılığının olup olmamasını esas alan bir tasniftir.

A- İstîfa İbrası

Bir kimsenin diğer bir kimsede olan hakkını almış bulunduğunu ikrar etmesine “*ibra-i istîfâ*” denir. Bu ibra “*seni şu alacağımdan beraet-i istîfâ ile*” yahut “*berâet-i kabz ile ibra eyledim*” anlamına gelen irade açıklamalarına ihtiyaç duyar.¹⁴⁸ Bu irade beyanı ile alacağını almış olduğunu ifade ederek, borçlusunu borçtan kurtarır. Borcun ödendiğini de bu şekilde ikrar etmiş olur.¹⁴⁹ Hem ikrar ve hem de istîfa ibrası, iskât ibrasından farklı olarak aynî haklara ve borçlara ilişkin de olabilmektedir. Bu ibra izharî ve beyan edici nitelikte ve ivazlı ibra mahiyetindedir.¹⁵⁰ Borcun tamamı elde edildikten sonra yapılan ibra işleminin, ibra değil ifa olduğu da düşünülür. İbranın bir sözleşmenin sonrasında, ona ilişkin hak ve borçlara yönelik olması hâli bu ibra türünde sıkça görülen bir durumdur. Bu noktada soyut (mücerret) olmayan, sebebe bağlı bir ibra söz konusu olmakta, sebeple ilgili ortaya çıkabilecek olumsuzlukların yapılan ibra işlemine de yansiyebileceğini görmekteyiz. Tarafların bir borcun artık var olmadığına dair karşılıklı irade beyanları üzerine işlem bina edilmektedir. Bir satım sözleşmesi sonrasında, bu sözleşmenin konusu olan mal ve bedel üzerinde karşılıklı yapılan bu türden ibra işlemine

¹⁴⁸ İbn Âbidîn, Redd, V, 632; Mecelle, md. 1536; Keskin, F., Funda, Dürerü'l Hükkam'ın Sulh ve İbra Bölümünün Latinizesi, s.30 vd.

¹⁴⁹ Berki, Borçların Sükûtu, s.242-243; Ali Haydar, Dürer, IV, 13; Türk Hukuk Lügati, Ankara 1991, s.139.

¹⁵⁰ İbn Âbidîn, Redd, V, 156; Kâsânî, Bedâi, VI, 43,44; Şîrâzî, el-Mühezzeb, I, 305; Şîrbînî, Muğni'l-Muhtâc, III, 164,165; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 443.

rağmen, malın istihkak iddiasına konu edilerek zapt edilmesi hâlinde, müşteri ibraya rağmen ödediği bedeli istirdat edebilir. Bedelin teslim alınması sonrası yapılan bedele ilişkin ibrada, ıskât ibrasının aksine, istifa ibrasında bedelin iadesi mümkün değildir.¹⁵¹

B- İskât İbrası

İskât ibrası, alacaklının borçludaki vazgeçilmesi mümkün olan hak ve alacağının tamamını veya bir kısmını düşüren bir ibradır. Bu haklar öncelikle “*hukukullah*” tâbir edilen kamu hakları dışında kalan haklardır.¹⁵² Borcun düşürüldüğünü ifade eden, “*sende olan alacağımı düşürdüm, hibe ettim, helal ettim*” türünden ifadeler ile sözleşme meydana gelir.¹⁵³ Alacaklı bu sözleşme ile borcunu kısmen veya tamamen borçluya terk etmektedir. İskat ibrası “*ayn*” değil, “*deyn*” üzerinde gerçekleşen bir işlemdir. Aynın doğrudan kendisine değil de ona ilişkin, ayndan doğan bir dava hakkı gibi, hakka yönelik olan haklar ibraya konu olurlar. Satılan maldan indirim yapılamaması da bu sebepten doğar.¹⁵⁴ Bir kimse borçlusuna “*senin zimmetini şu kadar kuruş alacağımdan veya onun*

¹⁵¹ İbn Âbidîn, Resâil, II, 105-106; Bkz. Mecelle, md.1566; Krş. Mecelle, md.52; Ali Haydar, Dürer, IV,73-74; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.19, 31, 34; Bilmen, VIII; 30; Bkz. Demiray, Mustafa, Eksik Borç, s.203.

¹⁵² Apaydın, “İbra”, DİA, c.XXI, s.265; Arsebük, s.467.

¹⁵³ İbnü'l-Hümâm, Feth, VI, 398; Merdâvî, el-İnsâf, VII, 127; İbn Âbidînzâde, Alauddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer, Haşiyetü Kurratü Ayni'l-Ahyar Li Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr, Beyrut 1412/1992, Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr, VIII, 218; Fetâvâ el-Bezzâziye, II, 340.

¹⁵⁴ Serahsî, el-Mebsût, XII, s.84; İbnü'l- İbnü Arafê, Haşiyetü't-Düsükî, II, s.243; İbn Nuceym, Bahr, VI, s.131; Hattâb, Mevâhib, IV, s.548; İbn Kudâme, el-Muğnî, V, s.657; Kerâbisî, Esad b. Muhammed b. El-Hüseyn, el-Fürûk, Thk. Muhammed Temmum, (Kontrol: Abdussettar Ebû Ğudde), Vezaretü'l-Evkaf el Kuveytiye, 1402/1982, II, 106; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 442; Apaydın, “İbra”, DİA”, c.XXI, s.265.

yarısından *beraet-i ıskât ile ibra ettim*" demesi hâlinde ıskât ibrası yapmış olur. Bu ibra türü ivazsız niteliğe sahiptir.¹⁵⁵

İstîfa ibrasının izhari-ihbari (var olan bir durumu ortaya koyan) vasfına mukabil, ıskât ibrası inşai (kurucu) bir nitelik gösterir. İskat ibrası doğrudan borcu sona erdiren ibraya karşılık gelirken, istîfa ibrası menfi borç ikrarına karşılık gelmektedir. Bu da sonuç itibariyle borçlu olunmadığının kabulü anlamına gelmektedir. Bu ayırım ibranın niteliğinden çok sonuçları göz önüne alınarak yapılmış bir ayırımdır. İbra-i istîfa ile ibra-i ıskât arasında kullanılan lafızlar bakımından farklılık söz konusudur.¹⁵⁶

İskât ibrası, istîfa ibrasından daha kapsamlıdır. Herhangi bir ayırım yapılmadan mutlak anlamda yapılan bir ibra, daha dar ve öncelikle anlaşılmaya daha yakın olmasından dolayı istîfa ibrasına hamledilir. Bu hususu Ali Haydar Efendi; ıskât ibrası ekser (daha geniş), istîfa ibrası ekaldır (daha az). Ekser meşkük (şüpheli) ve ekal müteyakkın (kesin) olduğundan, mutlak olan ibra müteyakkına hamledilir, şeklinde açıklar.¹⁵⁷ Ayrıca inşâî (kurucu) olan ıskât ibrası yalana dayanan davaya (kizb davası) açık değilken, ihbarî olan istîfa ibrası buna açıktır. Bu sebeple istîfa ibrası gerçekte doğru şekildeki bir iradeyi yansıtmıyor, yalana dayanıyorsa, ibra diyaneten geçerli addedilmez.¹⁵⁸ İstîfa ibrasının aksine, ıskât ibrasında borç ödendikten sonra rücu' ederek verdiği geri almak

¹⁵⁵ Bilmen, *Istılâhât*, VIII, 29; Berki, *Borçların Sükûtu*, s.242; *Mecelle*, md.1536; *Fetâvâ el-Bezzâziye*, II, 340; *Türk Hukuk Lügati*, Ankara 1991, s.139.

¹⁵⁶ Ali Haydar, *Dürer*, IV, s.12 vd; *el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye*, I, 147; *Akgündüz, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı*, III, 483-484.

¹⁵⁷ Ali Haydar, *el-İstiksâ*, md.32, 34, s.20.

¹⁵⁸ Bilmen, VIII, 29; Bkz. *Feyzioğlu, Borçlar Genel*, 1977, II, 425, dn 16.

mümkündür. İstîfa ibrası deyn ve aylarda da geçerli olurken, ıskât ibrası sadece deynlerde söz konusu olmaktadır.¹⁵⁹

IX. KAPSADIĞI ALAN BAKIMINDAN İBRA

İbra, konusu olacak hak ve borcun kapsadığı alan bakımından iki kısma ayrılır.

A- Genel İbra

Genel ibra bir şahsın başkasındaki alacaklarının tamamından vazgeçip, "*bütün davalarımдан beri kıldım*" veya "*onda asla hakkım yoktur*" diyerek alacak ve haklarından vazgeçmesidir.¹⁶⁰ Bu ibra sonucunda alacaklı ibra ettiği kimse hakkında artık dava açamaz ve alacak talebinde bulunamaz. "*Fülanı zimmetimdeki bütün alacaklarımдан ibra ettim*" şeklinde yapılan ibra borçlara ilişkin olup, emanet ve gasbı kapsamadığı gibi, "*Fülanın nezdinde hakkım yoktur*" şeklindeki bir ifade de borçları değil, emanetleri kapsar.¹⁶¹ Ancak Mecelle md.1538'de düzenlendiği şekliyle "*Fülan şahsı kâffe-i deâviden beri kıldım*" şeklindeki bir ifade ile tüm davaları kapsayan bir ibra meydana gelir.¹⁶²

Genel yapılan ibra, "*Filan kimsedeki tüm haklarımдан vazgeçtim*" demek gibi, bir başkasındaki tüm haklara yönelik yapılan ibra ile olur.

¹⁵⁹ İbn Nüceym, Bahrü'-Râik, VI,131,VII, 261; Şeyhîzâde, Mecma'u'l-Enhur, III, 508; Ali Haydar, Dürer, IV, 12,13; İbn Âbidîn, Resâil, II, 107; Bilmen, VIII, 29, 30; Zühayli, el-Fikhu'l-İslâmi, V, 344; Fetâvâ el-Bezzâziye, II, 340.

¹⁶⁰ Mecelle, md.1565,1538; Ali Haydar, Dürer, IV, 81-82; Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitap, II, 24, 25 (md.1565); Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.936; Bilmen, VIII, 30; Hamevî, Çamzu Uyûni'l-Besâir, III, 91; Türk Hukuk Lügati, Ankara 1991, s.139.

¹⁶¹ İbn Âbidîn, Resâil, II, 107, 111; el-Hattâb, Mevâhib, VI,215; Bilmen, VIII, 30.

¹⁶² Bilmen, VIII, 35.

İmam Ebu Yusuf bunu tamamen geçerli kabul ederken, İmam Muhammed ibra edilen şeylerin bilinmesini kazaî ibra için geçerli saymış ve diyaneten ibranın gerçekleşmeyeceğini ifade etmiştir.¹⁶³ Bir diğer tür genel ibra ise, sadece belli bir hakkın tümünü kapsar. Örneğin, "*filanı zimmetindeki tüm alacaklarımdan ibra ettim*" ifadesi ile bu tür bir genel ibra gerçekleşmiş olur.¹⁶⁴

Genel ibra anlamında kullanılan "*filana karşı benim bir hakkım, husumetim, davam yoktur*" ifadeleriyle had ve kamusal haklar dışında, ilgilinin maldaki ayıplar dahil her türlü hukukî ve cezaî sorumluluktan kurtulması da sağlanmış olmaktadır.¹⁶⁵

B- Özel İbra

Mecelle md.1537’de özel ibra; ” ...*bir hâne yahut bir çiftlik veya hut bir cihetten dolayı alacak davası gibi bir hususa müteallik davadan bir kimseyi ibra etmektir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Yine Mecelle md.1564’e göre de, yalnız bir hususa taalluk eden, alışverişteki mal ve kiradaki bedel gibi alacaklardan vazgeçmek bu şekildedir.¹⁶⁶ Belli ve özel tanımlanmış bir malın davasından veya bizzat kendisinden ibra şek-

¹⁶³ İbn Âbidîn, Resâil, II, 100; Demiray, Eksik Borç, s. 203.

¹⁶⁴ İbn Âbidîn, Resâil, II, 107; Alauddin Muhammed, Tekmile, VIII, 341; Ali Haydar, Dürer, IV, 16, 17; Berki, Borçların Sükûtu, s. 243; Mahmasânî, Mücebât, II, 559.

¹⁶⁵ Serahsî, el-Mebsût, XVIII,165; Zeylaî, Tebyîn, V, 7; İbn Nüceym, Bahr, VII, 262; İbn Nüceym, Resâil, s.471,472; İbn Âbidîn, Tenkîh, II, 49; İbn Âbidîn, Resâil, II,105; Hattâb, Mevâhib, V, 232; Derdîr, eş-Şerhu’l-Kebîr, III, 411; el-Hamevî, Ğamzu Uyûni’l- Besâir, II, 344; İbn ‘Abidîn, Redd, V, s.624; F. Hindiye, III, 94, 95; Bu anlamda kullanılabilecek tahdidi ve inhisari olmayan muhtemel ifade örnekleri için bkz. Ali Haydar, el-İstiksâ, md.43, 44, 47, 54, s.26-28.

¹⁶⁶ Bkz. Ali Haydar, Dürer, IV, 81; Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitap, II, 24 (md.1564); Kadri Paşa Mürşidü’l-Hayrân, md.934; F. Hindiye, III, 170; Berki, Ş., Borçların Sükûtu, s.243.

linde ortaya çıkar.¹⁶⁷ Özel ibra belli bir borç ve hakka yönelik özel lafızlarla gerçekleştirilir.¹⁶⁸

Özel ibra kendi içerisinde farklı şekillerde görülebilmektedir. Konusu muayyen bir mal yahut alacak veya bunların belirlenmiş bir kısmı olabileceği gibi, şuf'a ve muhayyerlik gibi somut ve belli haklardan ibra da mümkün olmaktadır.¹⁶⁹ Bunun dışında belli bir "ayn"a yönelik ibra, ibra konusunun "deyn" olması gerektiği itirazıyla karşılaşmakla birlikte, "ayn" olup, aynı zamanda misli olan mallarda, zimmetle ilişkilendirilebilir özellikte olması hâlinde mümkün olduğu görüşü vardır. Misli olmayan kıyemi "ayn"ların zimmette bir borç olmaları söz konusu olmaması sebebiyle, özellikle ıskât ibrası bunlarda geçerli olmamaktadır.¹⁷⁰ İskât ibrasına elverişli olmamaları sebebiyle borçlunun zimmeti ibra işlemi ile boşaltılmış olmayacağından, eksik borç olarak da telakki edilebileceği düşünülmüştür.¹⁷¹

X. İBRANIN KURULUŞ ŞARTLARI

A- Türk Hukukunda

İbranın konusu aynî ve yenilik doğuran haklar değil, Borçlar Hukuku kapsamında bir alacak hakkıdır. İbra ile talep hakkı değil, alacak

¹⁶⁷ İbn Âbidîn, Resâil, II, 107,111; Ali Haydar, IV, 16; Bilmen, VIII, 30.

¹⁶⁸ Serahsî, el-Mesbût, XVIII, 165; Zeylaî, Tebyîn, V, 7; İbn Âbidîn, Redd, V, 624; el-Hattâb, Mevâhib, V, 232.

¹⁶⁹ Bâbertî, el-İnâye, VIII, s.412; İbn Nuceym, Bahr, VII, s.261; İbn Âbidîn, Redd, VI, 230; Kâsânî, Bedâi, V, s.19; Ali Haydar, el- İstiksâ, md.53, 58.

¹⁷⁰ Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952, I, 183.

¹⁷¹ Serahsî, el-Mesbût, XI, 107; Kâsânî, Bedâi, V, s.203; Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.539; Bâbertî, el-İnâye, VIII, 412; Karâfî, Zahîra, Beyrut 1994, XI, 42; Şîrâzî, el-Mühezzeb, I, 406; Kârâfî, Fûrûk, III, 382; F. Hindiye, VI, 427; Demiryay, M., Eksik Borç, s.201.

hakkının kendisi ortadan kaldırılmaktadır. İbraya konu olan alacak hakkı sözleşmeden doğabileceği gibi, haksız fiilden, aile hukukundan ve eşya hukukundan veya sebepsiz zenginleşmeden de doğabilmektedir.¹⁷²

İbra sözleşmesinin konusu olan borçla ilişkili olan alacaklı ve borçlu bu sözleşmenin taraflarıdır. Genellikle ilk önerinin (*icap*) alacaklıdan geldiği ibra sözleşmesinde bu konu belirleyici bir unsur değildir. Temsil ve vekâlet akitlerine de açık bir mahiyette olan ibra sözleşmesindeki iradî vekâlet ve temsilin genel olmaktan ziyade karşılıksız kazandırıcı bir işlem olmasından dolayı dar kapsamlı özel yetki şeklinde olması, hata, hile ve ikrah gibi nedenlerden biri ile sakat olmaması hukuk güvenliği açısından gerekli hususlardandır.¹⁷³

Tarafların ehliyeti bakımından ibranın kuruluşunda farklı durumlar söz konusu olabilmektedir. Karşılıklı iki tarafa da hak ve borç yükleyen ibra sözleşmesinde tarafların hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Tam fiil ehliyetine sahip kişiler ibra sözleşmesinin tarafı olurlar. Taraflardan biri temyiz gücünden yoksun olduğunda, sözleşme butlanla sakatlanmış olur.¹⁷⁴ Tam ehliyetsiz tarafların ibra sözleşmesi yapması da kendileri ve kanunî temsilcileri için geçersizdir. Temyiz gücüne sahip küçük ve kısıtlı alacaklılar kendi eylemleriyle borç altına giremediklerinden, bir tasarruf işlemi olan ibrayı kanunî temsilcileri rızası dışında ya-

¹⁷² Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.133-135.

¹⁷³ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 406; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s.100 vd; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.109, 167, 305,306; Krş. Zeydan, Abdülkerim, Fıkıh (İslâm Hukuku) Usûlü, Trc. Ruhi Özcan, Ankara 1979, s.150, 163, 183; Mahmud Hamze, el-Ferâidü'l-Behiyye, s.325.

¹⁷⁴ Erkan, Umut Vehbi/Yücer, İpek: “Ayırt Etme Gücü”, AÜHFD, c. 60, sy.3, 2011, s. 498, 499, 501.

pamazlar.¹⁷⁵ Fiil ehliyetine sahip olmayan borçlunun ivazlı ibrada kanuni temsilcisi tarafından temsili gerekir.¹⁷⁶

Sınırlı ehliyetli borçlu için yasal danışmanın ivazlı ibrada işlem yapması hukuken kabul edilebilir. İvazlı olmayanlarda buna gerek olmakla birlikte, temsil edilmişlerse hukukî bir sorun teşkil etmemektedir. Çünkü bu işlem bir karşılıksız kazandırma işlemidir.¹⁷⁷ İvazsız ibrada borçlunun sadece hak ehliyetine sahip olması yeterli olmakta iken, alacaklının bir tasarruf işlemi olan ibranın konusunu oluşturan hak üzerinde tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir. Sadece fiil ehliyeti yeterli olmayıp, aynı zamanda tasarruf yetkisinin olması da aranır. Örneğin iflâs etmiş alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, haczedilmiş mal üzerinde malik tasarrufta bulunamaz. Alacak üzerinde intifa veya rehin hakkı bulunduğu, ibranın geçerli olması için hak sahibinin muvafakati gerekli olmaktadır.¹⁷⁸

B- İslâm Hukukunda

¹⁷⁵ Oğuzman, Kemal/M., Seliçi, Özer, Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitapevi, İstanbul 1979, s.49,60-61; Savaş, A., "Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi", s.121, 122; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.151,152; Mahmasâni, Mücebât, II, 562.

¹⁷⁶ Eren, Borçlar Genel, s.1303; Erkan/ Yücer, Ayırt Etme Gücü, s. 511, 516; Bkz.TMK. md. 449.

¹⁷⁷ Bkz. Ertaş, Şeref, Yeni Medeni Kanunumuzda Velinin Çocuk Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkisi, DEÜHFD, c. 9, Özel Sayı, 2007, s. 398; Koç, Nevzat: Türk Medenî Kanunundaki Düzenlemeler Işığında Vesayet Hukukuna Genel Bir Bakış, DEUHFD, c.7, Özel Sayı, 2005, s. 116; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.155.

¹⁷⁸ Turanboy, Kürşat, N., İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s.55 vd.; Bkz. Eren, Borçlar Genel, s.1301, 1302; Tercier/Pichonnaz/ Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.456; Berki, Ş. Borçların Sükûtu, s.239-240; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.125; Tasarruf (fiil) ehliyeti ile tasarruf yetkisi arasındaki farklar için bkz. Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 299; 1977, II, 428; Arsebük, s.468; İİK. md.86, 91, 191/1.

İslâm hukukunda Hanefilere göre, ibranın kuruluşu için ibra eden hak sahibinin “*seni borcundan ibra ettim*” yahut “*sende hakkım yoktur*” şeklinde, iradesini açıkça ortaya koyan ifadeler ile îcapta bulunulması gerekirken,¹⁷⁹ ibranın konusu unsur (*rükun*) değildir. Cumhurda, özellikle Malikilerin öne sürdüğü kabul şartının da bir sonucu olarak, ibra edilenin ayrıca önem arzetmesi ile birlikte, ibra eden taraf, konu ve irade beyanının da ibranın kuruluşu için bir unsur olduğunu görmekteyiz.¹⁸⁰

İslâm hukukunda ibra sözleşmesinin kurulabilmesi için diğer kurucu unsurların yanı sıra ibra konusu hakkın kullanılmasında, hakkın sahibi ve bunu kullanma bakımından tasarruf yetkisine sahip bir kişinin varlığı gereklidir. Diğer sözleşmelerdeki gibi karşı tarafın (*borçlu, edim yükümlüsü*), geçerli bir hak ve edim ile sözleşmenin kurulma şekli ibra işleminin kurucu öğelerindedir. Hak sahibinin tam ehliyete sahip olmasının yanı sıra, bu hukukî işlemin tasarruf işlemi niteliği dolayısıyla tasarruf ehliyetine de sahip olma vasfındaki eksikliklerin her biri işleme değişik etkide bulunurlar. Bunlardan bazıları sözleşmenin kuruluşuna engel oldukları hâlde, bazıları ise yürütülmesine engel olurlar. Özellikle tam ve sınırlı ehliyetsizler bakımından ibra diğer sözleşmelerden farklı olarak, salt zarar telakki edileceğinden, benzer teberru akitleri gibi düşünülmektedir. Bunların başkası lehine yapılması temyiz öncesi dönem ve diğer ehliyet kısıtlılığı için görüş farklılıkları olmakla, alacaklı ve borçlu için genel olarak veli yahut vasilerinin iznine bağlı, tam ehliyetsizlik hâllerinin

¹⁷⁹ Kâsânî, Bedâî, VII, 295; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.33, 40, 43.

¹⁸⁰ Zuhaylî, el-Fıkhü'l-İslâmî, V, 328; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 149; Apaydın, “İbra”, DİA, c.XXI, s.264.

de ise veli ve vasilerinin dâhi tasarrufuna açık olmayan bir mahiyet arz ederler.¹⁸¹

XI. İBRADA KABUL

A-Türk Hukukunda

Genel anlamda sözleşmede yer alan tarafların iradelerinin uyuşmaları zımnî de olsa gereklidir. İbra sözleşmesinde irade beyanlarının ne şekilde ortaya çıkacağı konusunda, borcu doğuran işlem şekle bağlı tutulmuş olsa bile, ibranın tarafları bakımından şekle bağlı olmayan bir sözleşme olduğu Türk Borçlar Hukukunda kabul edilmektedir.¹⁸² Alman ve Fransız hukuklarında da şekil şartı bulunmamaktadır. Ancak taraflar ilk sözleşmeyi kurarken ibrayı da kapsayacak tarzda bir şekil şartı öngörmüş olabilirler. Bazen de maddî hukuk değil, ancak ispat hukuku bakımından şekil şartına bağlanmış olabilmektedir. Fransız hukukunda ibra sözleşmesi açık ve zımnî irade beyanları ile yapılabilmektedir.¹⁸³ Genel prensip irade uyuşmasını yansıtan her türden hukukî şekille mümkündür. Bunlar açık veya zımnî de olabilir. Şekil konusunda günümüz hukuk sistemlerindeki genel yönelim de şekil serbestisi yönünde gelişmiştir.¹⁸⁴

İbrada özellikle her hangi bir karşılık (*ivaz*) söz konusu olmadığında alacaklının iradesinin açık bir şekilde ortaya konulması îcap eder.

¹⁸¹ Bkz. Apaydın, Hükümsüzlük, s.24, 25; Bardakoğlu, Ali, “Ehliyet”, DİA, c.X, s.536 vd.

¹⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.989; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.196; Aksu, İbra, s.106, 129,130. Bkz. TBK. md.132, İsviçre BK. Prg.115.

¹⁸³ Eren, s.1303; Becker, s.73.

¹⁸⁴ Geniş bilgi için bkz. Altaş, Hüseyin; Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.110 vd.,196.

Burada diğerk tarafın itiraz etmemesi yeterli olmaktadır. İbra TBK md. 6 kapsamında borçlunun yararına olduğundan yola çıkarak açık bir kabule gerek görülmeven, ancak uygun bir süre içerisinde reddedilmediğinde kabul edilmiş olan sözleşmelerden sayılmaktadır. Borçlar Hukuku sözleşmelerinde sözleşmelerin kuruluşu ve değiştirilmesi ile sona erdirilmeleri şekle bağlı olma bakımından aynı olmamaktadır. Sona ermede ortada devam ettirilmek istenen hak ve sorumluluklar olmamasından kaynaklanan sebeplerle, özellikle ibrada bu özellik daha da ön plânda olduğundan şekle tâbi olunmasında hukukî bir yarar bulunmamaktadır. İbranın esas sözleşmenin kurulma ve değiştirilmesindeki şekil şartına bağlı olmasına gerek yoktur. Örneğın şekle bağlı olarak yapılan kefalet sözleşmesinde, kefilin ibrasında da bir şekle ihtiyaç yoktur.¹⁸⁵

B- İslâm Hukukunda

İslâm Hukukunda ibra, hakkı sona erdirmesi itibariyle “*ıskât*” olarak kabulü mümkün olduğu gibi, lehine ibrada bulunulananın mal varlığının aktifinde artma veya pasifinde azalma meydana getirdiği için temlik olarak ta ele alınmaktadır. Bazen ıskât kavramsal olarak ibra yerine de kullanılır.¹⁸⁶ Hanefilerde her iki anlam da gözetilerek, ibranın meydana gelmesi için reddedilmemesi üzerinde durulmuştur.¹⁸⁷ Zımnî olarak dâhi olsa susmak veya açıkça reddetmemek gerekliliği, her ne kadar başlangıçta tek taraflı gibi görünse de işlemin iki taraflı olduğunu kuvvetlendirmektedir. Maliklerde ve Hanefilerden İmam Züfer’de ıskât olmayıp,

¹⁸⁵ Eren, Borçlar Genel, s.1303; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.988; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.196.

¹⁸⁶ el-Mevsûatü’l-Fıkhiyye, I, 144.

¹⁸⁷ Ali Haydar, Dürer, I, 38.

kabulü gerektiğinden, işlem iki taraflı kabul edilir. Doğrudan “ıskât” ağırlıklı değerlendirilen Şafîî ve Hanbelilerde ise, kabule ihtiyaç olmadığundan tek taraflı bir hukukî işlem durumundadır.¹⁸⁸

İbranın ıskât (*hukukî irade ile sona erdirilebilen*) özelliği sebebiyle sarf ve selem sözleşmeleri dışında, Hanefilerde borçlunun açık ve doğrudan kabulüne ihtiyaç yoktur.¹⁸⁹ İskat dışında ayrıca sahip olduğu temlik niteliği sebebiyle, yani borçlunun esasen ödemekle yükümlü olduğu borç kendisine temlik edildiği için, reddetmemesi yeterli, ancak gereklidir.¹⁹⁰ Şafîîlerde ise red ve kabul, her iki husus bakımından ibranın ıskât anlamı hâkimdir.¹⁹¹ Hanbelilerde de ıskât odaklı düşünce sebebiyle, sadece alacaklının iradesiyle geçerlilik kazanır.¹⁹² Malikilerce tercih edilen görüşe göre ibra ıskât özelliği taşımadığı için borçlunun kabulü gerekir.¹⁹³ Hem Hanefilerde ve hem de Malikilerde ibra reddedildiğinde hükümsüzdür. Hanbeli ve Şafîîlerde ıskât ağırlıklı görüş sebebiyle borçlunun ibrayı red-

¹⁸⁸ Şirbînî, Muğni'l-Muhtâc, III, 164; Şîrâzî, el-Mühezzeb, III, 115; Buhûtî, Keşşâfu'l-Kına', IV, 304; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 519; Aydın, M. Akif, “Borç”, DİA, c.VI, s.289; Mahmasânî, Mücebât, II, s. 560.

¹⁸⁹ Mecelle, md.123; Fetâvâ'l-Hindiye, IV, 384; el-Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud Mevdud, el-İhtiyar li Ta'lîlî'l- Muhtar, Matbaatü'l-Halebi, Kahire 1356/1937, el-İhtiyar, II, 33; Hamevî, Ğamzu Uyûni'l-Besâir, III, 92,93; Haskefî, ed- Dürrü'l-Muhtâr, s.449; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.28; Zuhaylî el-Fıkhü'l-İslâmî, IV, 623; V, 329; Bilgili, İsmail, İslâm Hukukunda Ma'dûmun Satışı, Konya 2011, s.199 vd. (Selem; paranın peşin ve malın veresiye olması şeklinde yapılan sözleşmedir. Çeker, Fıkıh Dersleri, s.135)

¹⁹⁰ Serahsî, el-Mebsût, XX, 92,141; Kâsânî, Bedâi, V, 203; Semerkandî, Tuhfe, II,19.

¹⁹¹ Suyûtî, el-Eşbâh, s.171.

¹⁹² Buhûtî, Keşşâfu'l-Kına', IV, 304; İbn Kudâme, el-Muğni, V, 657; Merdâvî, el-İnsâf, VII, 127.

¹⁹³ Haraşî, VII, 103; Karâfî, el-Fürûk, II,110-111,135; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 148.

di geçerli değildir.¹⁹⁴ Mecelle’de de (md.1568) kabul şart görülmemekle birlikte, borçlu reddettiği takdirde İbra meydana gelmez.¹⁹⁵

Ancak Hanefî mezhebinde bazı istisnâî durumlarda İbranın reddi geçersiz addedilir. Önceden kabul etmiş borçlunun sonraki reddi¹⁹⁶ ve kefilin reddi¹⁹⁷ ile havalede borcun ödenmesi kendisine havale edilen (*muhalün aleyh*), alacaklı (*muhalün leh*) tarafından İbra edildiği durumdaki söz konusu borçlunun reddi geçerli değildir.¹⁹⁸ Ayrıca İbra başlangıçta borçlunun talebi üzerine meydana gelmiş¹⁹⁹ ve İbra esnasında susmakla zımnen kabul durumunda kalmış olan borçlunun da sonradan reddetmesi geçerli değildir.²⁰⁰

XII. İBRANIN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

A- İBRA EDENDE ARANAN ŞARTLAR

1. BİZZAT ALACAKLININ İBRASI

a) Türk Hukuku: İbra, kişiyi ilzam eden bir tasarruf olduğundan İbra edenin fiil ehliyetine sahip olması gerekir. Diğer fiillerde olduğu gibi

¹⁹⁴ İbn Kudâme, el-Muğnî, V, 657; Buhûtî, Keşşâfû'l-Kına', IV, 304; Merdâvî, age, VII,127; Suyûtî, Eşbâh, s.171.

¹⁹⁵ Serahsî, el-Mebsût, XX, 92; İbn Âbidîn, Redd, III, 113; Kâsânî, Bedâi, V, 203, Şevkânî, es-Seylû'l-Cerrâr, s.811; Karâfî, Fûrûk, II, 136; Mecelle, md.1568, 847; Ali Haydar, Dürer, IV, 85-86; Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitab, II, 26 (md.1568); Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.939.

¹⁹⁶ Zeylaî, Tebyin, IV, 198; Ali Haydar, Dürer, IV, 86.

¹⁹⁷ Merğînani, el-Hidâye, II, 92; İbnü'l-Hümâm, Feth, IV, 507; Mecelle, md. 660.

¹⁹⁸ Kâsânî, Bedâi, VI, 18; Alaüddin Muhammed, Tekmiletü ibn Âbidîn, II, 141.

¹⁹⁹ Hamevî, Çamzu Uyûni'l-Besâir, III, 92,94; Ali Haydar, Dürer, IV, 86.

²⁰⁰ Ali Haydar, Dürer, IV, 86; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.29; Bilmen, VIII, 33; Ali el-Haffîf, Damân, II, 138,139; Mahmasânî, Mücebât, II, 561-562; Zuhaylî, el-Fıkhu'l-İslâmî, V, 330; Keskin, Dürerü'l Hükkam'ın Sulh ve İbra Bölümünün Latinizesi, s.117.

ibrada bulunan şahısta bu ehliyet bakımından bir eksiklik varsa, bu durum, yapılan ibrayı etkileyecektir. İbra bir sözleşme olduğu için ehliyet ile birlikte iradenin hukukî unsurlarının sakatlanmamış olması aranır. Hata, hile, ikrah ve gabin gibi iradeyi sakatlayan durumların söz konusu olması hâlinde ibra sözleşmesinin geçersizliği ileri sürülecektir.²⁰¹

b) İslâm Hukuku: İbra yapma ehliyetinin temelinde de âkil ve bâliğ olarak temyiz gücüne sahip olmak vardır.²⁰² Bu nedenle çocuk, bunayan (*mâtuh*) ve mecnun olanların ibrası sahih olmaz.²⁰³ Hacir altına alınmış sefihin²⁰⁴ yaptığı ibra kısıtlının aleyhinde bir hukukî işlem olması sebebiyle kanunî temsilci izin verse dâhi geçersiz olacaktır.²⁰⁵ Burada çeşitli şekillerde ortaya çıkan, ehliyeti daraltan veya kaldıran sebepler söz

²⁰¹ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I,121 vd.; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.307; Zeydan, Abdülkerim, el-Medhalü li Diraseti'ş- Şer'îati'l-İslâmiyye, 11. Baskı, Beyrut 1410/1989, el-Medhal, s.262, 264; Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l- Âmm, 1952, I, 502; Ebu Zehra, el-Mülkiyetü..., s.395; Ebu Zehra, İslâm Hukuku Metodolojisi, Çev. Abdülkadir Şener, s.290 vd.; Hallâf, Abdulvahhâb, İslâm Hukuk Felsefesi, İlmü Usûlî'l-Fıkh, Çev. Hüseyin Atay, AÜİF Yay., Ankara ty. s.288.

²⁰² Şevkânî, es-Seylü'l-Cerrâr, s.812; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku 1, s.254,255; Akgündüz, A., İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk-1, İstanbul 2012, II, 54; Çeker, Orhan, İslâm Hukukunda Çocuk, İstanbul 1990, s.68, 74 vd.; Ali Haydar, el-İstiksa, md.3.

²⁰³ İbn Nüceym, Bahr, VIII, 90; İbn Nüceymi Eşbâh, s.263, 277; Güzelhisarî, Mustafa Hulûsi, Menâfiu'd-Dekâyık fi Şerhi Mecâmir'l-Hakâyık, İstanbul 1308/1890, s.284-285; F. Hindiye, VI, 148; Gözübenli, Beşir, "Ateh", DİA, c.IV, s.51-52; Dönmez, İ. Kafi, "Cünûn", DİA, c.VIII, s.128; Ali el-Haffif, Ahkâmü'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye, s.264; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.3.

²⁰⁴ Sefih; Ergenlik çağına ulaşmış ve temyiz gücüne sahip olmakla birlikte harcamalarındaki ölçsüzlük sebebiyle kısıtlı sayılan kimse, Bkz. Apaydın, "Hacir", DİA, c.XIV, s.515; Ali el-Haffif, Ahkâmü'l-Muâmelâti'ş-Şer'iyye, 269, 278.

²⁰⁵ Mecelle, md. 978, 991, 1002, 1541; İbn Nüceym, Eşbâh, s. 237; Derdîr, eş-Şerhu'l-Kebir, IV, 455; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.17; Bilmen, VIII, 30; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku I, s.258-259; Akgündüz, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, II, 59; Mahmasânî, Mücebât, II, 370, 375; Bardakoğlu, "Ehliyet", DİA, c.X, s.536-537; Apaydın, "Hacir", DİA, c.XIV, s.516.

konusu olabilmektedir.²⁰⁶ Tam fiil ehliyetine sahip olmak, İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre on beş yaşının tamamlanmasıyla başlar. Ancak fiilen reşit olmak konusunda veya yirmi beş yaşına kadar ihtiyaten malî tasarruflarda “*sefeh*” sebebiyle kısıtlılık söz konusu olabilir.²⁰⁷

aa) İkrahin İbraya Etkisi

İslâm Hukukunda olduğu kadar Türk hukukunda da ikrah, bir kişinin yapmaya rızasının olmadığı ve hukuken yapmakla mükellef bulunmadığı bir konuda korku ile onu yapmaya zorlanmasıdır. İkraha, hukukî iradeyi etkileyen ve böylece ehliyeti sakatlayan durumlardandır. Genel kural ikraha maruz kalanın rızası sakatlanmıştır ve sözleşme ile bağlı değildir.²⁰⁸

İkrahin zorlayıcılık vasfı tam (*mülci*) veya eksik (*gayri mülci*) olduğunda, hükümler de farklılaşır. İkincisinden farklı olarak ilkinde gerçek anlamda ve zarurettten kaynaklanan sebeplerle hukukî sorumluluk ortadan kalkar. Ancak insan öldürmek gibi hiçbir zorlama altında caiz olmayan fiilerde hukuken sorumluluk devam etmektedir.²⁰⁹

Hanefiler dışındaki İslâm hukukçularına göre ikrah altındaki ibra tamamen geçersiz olmakla beraber, Mecelle md.1006’da da düzenlendiği

²⁰⁶ Bkz. Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I, s.189 vd.

²⁰⁷ İbn Nüceym, Bahr, VIII, 92,96; Merğınânî, el-Hidâye, III, 282,283; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku I, s.260; Güzelhisârî, Şerhu Mecâmi’, s.292; Zeydan, el-Medhal, s.270; Çeker, Çocuk, s.54,55; Köse, Saffet, “Rüşd”, DİA, c.XXXV, s.299.

²⁰⁸ Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 173; Serahsî, el-Mebsût, XXIV, 65; İbn Nüceym, Bahr, VIII, 80; İbn Nüceym, Eşbâh, s.241, Semerkandî, Tuhfe, III, 275; Ebu Zehra, M., el-Mülkiyetü ve’n-Nazariyetü’l-Akd Fi’ş-Şeriatü’l-İslâmiye, Dârü’l-Fikri’l-Arabî, Kahire 1996, s.192,195; Bağdâdî, Mecma’u’d-Damânât, s.206.

²⁰⁹ Şevkânî, es-Seylü’l-Cerrâr, s.812; Semerkandî, Tuhfe, III, 76; Zerka, el-Medhalü’l-Fıkhi’l-Âmm, 1952, I, 453.

gibi, Hanefilerde fasit bir işlem kabul edilir ve ikrahın son bulmasını tâkiben reddolunması üzerine geçersiz hâle gelir.²¹⁰

bb) Ölümçül Hastalık (Maraz-ı Mevt) Hâlinin İbraya Etkisi

Ölüm hastalığı insanı normal işlerinden alıkoyan, eda ehliyetini ve tasarruflarını etkileyen ve bir sene geçmeden ölümle sonuçlanan hastalığa denir. Kişinin bu durumda iken evlenme ve boşama gibi tasarruflarını geçerli olmakla birlikte, malî konulara ilişkin tasarruflarda mirasçı ve alacaklı hakları bakımından bazı kısıtlamalar söz konusudur.²¹¹ İbrada bulunan ölüm hastalığından dolayı ölürse, ibra konusu olan borcun eksik borç hâline gelerek, kazaen değil, ancak diyaneten anlam ifade edeceği düşünülmektedir.²¹² İskat yahut istîfa ibrası ile ibra edilen mirasçı ise, diğer mirasçıların izin yahut icazeti aranır. Hastalıktan önceki dönemde yapılan bir ibranın hastalık döneminde ikrar edilmesi hâli de hüküm bakımından aynı telakki edilir. İbra edilenden başka mirasçı bulunmadığında, ibra edenin bu yöndeki iradesi doğrudan geçerli olur.²¹³

Mirasçı olmayan borçlunun ibrası, fazlası için mirasçıların icazeti yoksa, malın üçte birinde geçerlidir. Varisler bulunmadığında ise tamamında geçerlidir. Mirasçı olduğunda üçte birden az olsa da diğer mirasçıların iznine bağlıdır.²¹⁴ Tereke borca batık olduğunda, söz konusu tasarrufta alacaklı ve mirasçıların icazetinin arandığı durumlar bulunmakla

²¹⁰ Molla Hüsrev, Dürer, II, 271; Zeydan, el-Medhal, s.303; F. Hindiye, V, 52.

²¹¹ Ebu Zehra, el-Mülkiyetü..., s.314 vd.; Akgündüz, İslâm ve Osmanlı Hukûku Külliyyâtı, II, 60; Mecelle, md.1595.

²¹² Demiray, Eksik Borç, s.204; Seyyid Sâbık, Fıkhü's-Sünne, III, 286.

²¹³ Bilmen, VIII, 35.

²¹⁴ Bakal, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, c.XXVIII, s.40; el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, XXXVII, 23; Mecelle, md.1570.

birlikte, genel olarak geçerli değildir. Esasen bu yöndeki tasarrufların geçersizliği alacaklıların ve mirasçılarının hukukunu koruma düşüncesine dayanır.²¹⁵

Ölüm hastalığında kadının, mehrinden kocasını İbra etmesi, varisleri izin verse bile geçerli değildir.²¹⁶ İmam Muhammed'in aksine, Ebû Hanife ve Ebû Yusuf'a göre vefat eden borçlunun ibra edilmesi, varislerin reddi hâlinde geçersizdir.²¹⁷

XIII. İBRADA VEKÂLET VE TEMSİL

İbranın alacaklı namına vekil tarafından yahut duruma göre veli veya vasi tarafından yapılması mümkündür.

A- Vekilin ibrası

Vekâlet kendi adına hukukî işlem yapmak üzere bir kimsenin bir başka şahsı yetkilendirmesidir.²¹⁸ İki taraflı bir sözleşme olmak itibariyle îcap ve kabul gereklidir.²¹⁹ Vekâletin konusu genel veya özel olabilmektedir. Verilen vekâletin ibra yetkisini kapsamaması hâlinde buna uygun yapılan ibra geçerli olmaktadır. Türk hukukunda konu hakkında mevzuatta açıklık olmamakla birlikte, doktrindeki genel kanaat ibra sözleşmesi

²¹⁵ Mecelle, md.880,1570, 1571; Ali Haydar, Dürer, IV, 87-89; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.940, 941; İbn Âbidîn, Tenkîh, II, 43, 54; İbn Kayyım, İ'lâm, III, 274; IV, 7; Ali el-Haffîf, Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, s.276; Kâsânî, Bedâi, VII, 228; Ali Haydar, Dürer, IV, 88; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.18, 37, s.22-24; Bilmen, VIII, 35, 36; Haniyye, III, 146; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I, 267.

²¹⁶ İbn Nüceym, Resâil, s.472; Muhammed Ebû Zehra, Muhadarât fi Akdi'z-Zevâc ve Âsâruhû, Kahire 1971, s.247.

²¹⁷ Kâsânî, Bedâi, VI, 11; Bilmen, VIII, 35; Bkz. Mecelle, med. 1569; Ali Haydar, Dürer, IV, 86.

²¹⁸ Mecelle, md. 1449.

²¹⁹ Kâsânî, Bedâi, VI, 20; Mevsîlî, el-ihitiyar, II, 157; Şîrâzî, el-Mühezzeb, I, 357.

ivazsız olarak yapıldığında, hakkında hüküm olan bağışlamaya kıyasen vekilin ibrası için özel yetkili olması gerektiğidir.²²⁰ İslâm hukukunda da genel kural vekâlette yetkinin kapsamı içinde kalınması ve işlemin vekâleti veren adına yapılmasıdır. Hanefilerde ıskât görüşü baskın olmasından dolayı, alacaklının borçluya ibra hususunda da özel vekâlet vermesi mümkün görülmüştür.²²¹

B- Veli veya Vasi'nin İbrası

Küçük, bunayan (*mâtuh*) ve mecnunun velisi veya vasisi tarafından, bunlara ait bir hak ve alacaktan dolayı yapılacak ibra sahih değildir. Bunlarda tam ehliyetsizlik veya sınırlı ehliyetlilik söz konusudur. Türk Hukukunda da tam ehliyetsizlerin işlemleri bazı istisnalar dışında geçersiz iken, sınırlı ehliyetsizlerin işlemleri veli veya vasinin izin ya da icazetine bağlıdır.²²²

İslâm hukukunda bunayan (*mâtuh*), mümeyyiz küçük²²³ ve mecnun (*mecnûn-ı mutbak*) mümeyyiz olmayan küçük hükmündedir.²²⁴ Mutlak surette aleyhteki tasarrufları kanunî temsilcileri dâhi yapamayacağı gibi, lehte olan tasarrufların ise kanunî temsilcileri tarafından yapılması mümkündür. Bunlardan mümeyyiz küçük ve bu hükümde olanlar lehte olanları kendileri yapabilirken, mümeyyiz olmayan küçüklerin velisi izin verse dâhi sözlü tasarrufları geçerli olmamaktadır.²²⁵ Yapılan bir ibraya ilişkin olarak, ibrayı yapanın bu esnada küçük olduğu iddiasında, ispat

²²⁰ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.167, 168; Bkz. TMK, md.504/III.

²²¹ Kâsânî, Bedâi, VI, 28; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.263.

²²² Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1976, I, 54; Bkz. "İbranın Kuruluş Şartları", bahsi.

²²³ Mecelle, md.978.

²²⁴ Mecelle, md.979; Zeydan, el-Medhal, s.266.

²²⁵ Mecelle, md. 967.

külfeti aksini iddia eden ibra edilen borçluya aittir.²²⁶ İvazlı hukukî işlemler gibi bu ikisi arasında olduğu düşünülen tasarruflar ise veli yahut vasiinin icazetine bağlıdır.²²⁷

XIV. İBRA EDİLENİN MALUM OLMASI

İbra olunan kimselerin belirli olmaları gerekir. Borçlulardan herhangi biri şeklinde yapılan ibralar bu şarta uymadıkları için geçerli kabul edilmezler. Bu şart özellikle ibradaki temlik vasfından kaynaklanmaktadır. Ayrıca kimseyi muhatap almayan soyut ibralar da, bilinmezliği gidermediği için geçerli bir ibra meydana getirmezler.²²⁸ Şafîîlerin aksine, kapsamı bilinmeden yapılan ibranın kazaî sorumluluğunun olmayacağı düşünülse de, eksik borç olarak varlığını sürdüreceği, sonradan ödenmesi hâlinde ise geri talep edilemeyeceği kabul edilmektedir.²²⁹

Borçlu birden fazla ise, bunlarla ilgili bilinmezlik yine giderilmezdir. Borçluların tamamı değil de belli bir kısmı ibra edilecekse, hangileri için ibranın söz konusu edildiği açıkça belirtilmelidir. Borçlulardan herhangi biri gibi ifadeler uygun olmaz. Bilinmezlik giderilebildiği ölçüde ibra da aynı doğrultuda geçerli hâle gelecektir.²³⁰

²²⁶ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.3.

²²⁷ Mecelle, md.967, 978,979; Ali Haydar, Dürer, III, 61-65; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, I, 264, 267-268; Merğınânî, el- Hidâye, III, 294; Huraşî, VI, 99; Bardakoğlu, Ali, "Vesâyet", DİA, c.XXXXIII, s.68; Mahmasânî, Mûcebât, II, s.357 vd.; Çeker, İslâm Hukukunda Çocuk, İstanbul 1990, s.109,110,121; Akgündüz, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, II, 54,58-59.

²²⁸ Buhûtî, Keşşâfû'l-Kıma, IV, 305; İbn Nüceym, Resâil, s.471,472; Mecelle, md. 1567; Ali Haydar, Dürer, IV, 85-86; Bilmen, VIII, 31; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.937.

²²⁹ Demiray, Eksik Borç, s.203.

²³⁰ Bilmen, İstilahat, VIII, 30-31.

Borçlu yararına bir işlem olmak itibariyle hayatta olmayan borçlunun bile ibrası vasiyet kabilinden, Türk Borçlar Hukukundan farklı olarak mümkün ve geçerlidir.²³¹ Ancak ibra edilenin konu itibariyle malum olması, ibrada şart olan hususlardan değildir. İbra edilen borç veya hakkın meçhul oluşu ibranın sıhhatine engel olmaz. Bu doğrultuda yapılan ibra işlemi sonrası, ibra edenin yeterince ibra konusuna vakıf olmadığı iddiası dinlenmez.²³²

XV. ÜÇÜNCÜ ŞAHSIN İBRASI

A- İbra ve Kefalet

a) **Türk Hukuku:** Kefalet, Türk Borçlar Hukukunda fer'i bir borç olduğu için, hangi sebeple olursa olsun, alacaklının tatmin edilip edilmediğine bakılmaksızın, asıl borç ibra dâhil sona erince, aksi kararlaştırılmadıkça kefil de borcundan kurtulmaktadır. Asıl borç için ibranın kısmî yapılması hâlinde, uygulamada kefalet limitinden bir azalma olmamakla beraber, kefilin borcu sonuçta asıl borcun ödenmemesine bağlı olacağından bir azalma söz konusu olacaktır.²³³ Ancak burada çoğunlukla olan şekliyle, ibra sebepten soyut bir şekilde kurulmuşsa, bu sonucun meydana geleceği, sebebe ve şarta bağlı olarak gerçekleştirilmiş ibra söz konusu ise, Borçlar Hukukunun sebebe bağlılık ilkesi gereği, sebep ge-

²³¹ Buhûti, Keşşâfû'l-Kına', IV, 305; Merdâvî, el-İnsâf, VII,130; Suyûtî, Eşbâh, 171, 462; İbn Âbidîn, Resâil, II, 102; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.30; Bilmen, VIII, 31; el-Mevsûatü'l-Fıkhiyye, I, 154; Mecelle, md.1569; Bkz. Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.35.

²³² Ali Haydar, el-İstiksâ, md.22.

²³³ Berki, Ş., "Borçların Sükûtu", AÜHFD, 1955, c.12, sy.1, s.217; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beşinci Basım, İstanbul 2010, II, 696; Gümüş, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, c.II, İstanbul 2014, II, 322; Gökyayla/Zevkliler, Borçlar Hukuku, s.737; Yavuz, C., Borçlar Hukuku, s.1405; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, s.316; Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2017, s.408.

çerli olmadığında kefalet sözleşmesinin de geçerli olmayacağı bir durum ortaya çıkacaktır.²³⁴ Fer'i hak kapsamında kefalet, asıl alacak hakkının varlığına dokunulmaksızın müstakil bir ibra sözleşmesine konu olabilmektedir.²³⁵

b) İslâm Hukuku: Kefilin kefaletten ve dolayısıyla borçtan kurtulma yollarından biri de, alacaklının asıl borçluyu veya sadece kefilini ibra etmesidir.²³⁶ Sadece kefilin ibrası, kefaletin feshi anlamına gelir.²³⁷ Asıl borçlu ibra olduğunda buna bağlı olarak borçlunun varsa birden fazla da olsa tüm kefilleri borçtan ibra edilmiş sayılır.²³⁸ Kefilin ibrası asılın ibrasını sonucunu doğurmaz, ancak asılın ibrası kefilin ibrasını gerektirir.²³⁹ Kefalette asılın beri olması şart koşulursa, sözleşme havaleye dönüşür.²⁴⁰ “*Asıl sâkit olduğunda fer’ dâhi sâkit olur.*” (Mecelle, md.50) genel kuralına rağmen, bazen asıl sabit olmadığı hâlde fer’in sabit olduğu durumlar vardır. “*Mesela, bir kimse filanın filana şu kadar kuruş deyni vardır, ben dâhi ona kefilim dese ve asılın inkarı üzerine dayin iddia etse meblağ-ı mezburu kefilin vermesi lazım gelir.*” Mecelle, md.81). Fer’i

²³⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, II, 794-795; Aral/Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.466, 503; Bilge, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şumulü”, AÜHFD, 1956, c.XIII; sy.1, s.109, 113; Başyigit, Özgür, “Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi”, Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 33, Eylül 2005, s.3323; TBK, md.598; Yavuz, Borçlar Hukuku, s.1468; Krş. Mecelle, md.50, 660-662.

²³⁵ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s. 253,256.

²³⁶ Bâbertî, el-İnâye, VII, 192; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.761; Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s.668.

²³⁷ el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, 18, 244; Mecelle, md.660-662.

²³⁸ Semerkandî, Tuhfe, III, 240; Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.453.; İbnü'l-Hümâm, Feth, VII, 190, 194, 230; Bağdâdî, Mecma'u'd-Damânât, s.274, 275.

²³⁹ Bâbertî, el-İnâye, II, 157; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 459; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.762; Bağdâdî, Mecma'u'd-Damânât, s.275; F. Hindiye, III, 263.

²⁴⁰ Serahsî, el-Mebsût, XX, 25; Mecelle, md. 50, 648, 661, 662; Şirbîni, Muğni'l-Muhtâc, III, 209; Ali el-Hafîf, el-Muâmelâtü's-Şer'iyye, s.481; İbn Nuceym, Eşbâh, s.103, 180, 324; Hamevî, Çamzu Uyûni'l-Besâir, III, 91.

borçlar sükül (sona erme-düşme) bakımından asla tâbi olmakla birlikte, sübüt bakımından asla bağı olmayabilir.²⁴¹

Kefil birden fazla olduğunda, alacaklının kefillerin hepsini ibra etmesi hâlinde, yine sadece kefiller bakımından ibra söz konusu olur. Asıl borçludan farklı olarak kefilin ibrayı reddi, bu ibranın salt ıskât nitelikli sayılması sebebiyle geçerli kabul edilmez.²⁴²

B- İbra ve Havâle

Türk hukukunda bir ödeme aracı olarak öngörülen havâle esasen bir sözleşme özelliği göstermemektedir. Havale edenin, borcunun ödemesi için havale ödeyicisini yetkili kıldığı, kabul gerektirmeyen hukukî bir işlemdir.²⁴³

İslâm hukukunda havale, borcu bir zimmetten diğerk zimmete nakletmek olarak tarif edilmiştir.²⁴⁴ Kefaletten farklı olarak havale ile asıl borçlunun sorumluluğu sona erer. Borç artık sadece havale edilenden istenebilir.²⁴⁵

²⁴¹ Ali Haydar, Dürer, I, 116-117, 173-174; Hâdimî, Mecâmi', s.45; Yıldırım Mustafa, Mecelle'nin külli kaideleri, s.125,170.

²⁴² Zeylâi, Tebyin, V, 44; Serahsî, el-Mebsût, XII, 84; XIV, 39; XIX,170; Haskefî, ed-Dürü'l-Muhtâr, s.536; İbn Kudâme, Muğnî, IV, 605; Merğınânî, el-Hidâye, III, 92; İbnü'l-Hümâm, Feth, VII, 241; Molla Hüsrev, Dürer, II, 298; Mecelle, md.661; Ali el-Hafif, Damân, II, 139,140; İbn Âbidîn, Redd, V, 640; Alauddin Muhammed, Tekmile, VIII; Kâsânî, Bedâi, VI, 11, 12; Bağdâdî, Mecma'u'd-Damânât, s.275; Mecelle, 1568; Ali Haydar, Dürer, IV, 86; Apaydın, "Kefalet", DİA, c.XXXV, s.176; Krş. Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.870.

²⁴³ Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.919-921.

²⁴⁴ Mecelle, md. 673; Çeker, Fıkıh Dersleri, s.194.

²⁴⁵ Kâsânî, Bedâi, VI, 17; Mevsilî, el-İhtiyar, III, 3; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 463; Ali el-Hafif, Damân, II, 142; Çeker, Fıkıh Dersleri, s.194.

Havaleyi üstlenenin havaleden dolayı zimmetinde oluşmuş olan borçtan kurtulması ifa, hibe ve mirasçı olmak dışında, alacaklı tarafından ibra olunması şeklinde görülür. Havaleyi üstlenenin (havale ödeyicisi) ibrası gerçek borçlu olmadığı gerekçesiyle İmam Ebû Yusuf tarafından sahih görülmemişken, İmama Muhammed geçerli kabul eder ve havaleyi üstlenenin ibrayı reddi de muteber değildir.²⁴⁶

XVI. İBRA EDİLEN HAKTA ARANAN ŞARTLAR

A- Türk Hukuku

İbra sözleşmesinin geçerli olabilmesi için ortada belirli veya belirlenebilir, geçerli münferit bir alacak hakkının bulunması gerekir. Bu hak borçludan edimini yerine getirmesini isteme hakkı olarak ifade edilebilir. İbra sözleşmesine, aynî ve yenilik doğuran haklar konu teşkil etmemektedir. Alacak hakkı borçlar hukuku, aile hukuku veya eşya hukuku ilişkilerinden doğabilir. İbranın konusuna para alacakları dışında verme (örn, taşınmaz mülkiyeti devri), yapma ve yapmama alacakları da girer. Henüz doğmamış bir alacak hakkının ibraya konu olabilmesi için belli şartları haiz olması gerekir. Gelecekteki hakkın belirlenebilir, ortaya çıkması ânında tasarruf edilebilir olması ve en önemlisi var olan temel bir ilişkiye dayalı olması gerekir. Yoksa temel bir ilişkiye dayanmayıp, olacağı düşünülen ve umulan bir mahiyet arz etmesi yeterli olmamaktadır.²⁴⁷

²⁴⁶ Kâsânî, Bedâi, VI, 16,18; İbn Âbidîn, Redd, V, 340; Bkz. Mecelle, md. 699, md.1568; Ali Haydar, Dürer, IV, 86; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.797; Bardakoğlu, "Havâle", DİA, c.XVI, s.511; Ali el-Hafif, Ahkâmü'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, s.483, 488, 489; Bkz. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, II, 258-259.

²⁴⁷ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.127, 133, 134, 143.

B- İslâm Hukuku

İbra sözleşmesine konu hakların nitelikleri yönünden bazı alt başlıklarda ele alınması yerinde olacaktır.

a) Mevcut Olmalı

Kişinin bir hakkıyla ilgili olarak ibra sözleşmesi yapabilmesi için, o hakkın ibra sözleşmesi ânında mevcut olması gerekir. Bir borcun doğumundan önce ibra edilmesi ile, mevcut olmayan, gelecekte doğması muhtemel bir hak ve alacağın ibrası geçersizdir. Bunlar ıskâta elverişli de değildirler. O hak sonradan gerçekten doğmuş olsa bile, önceki ibranın üzerinde bir etkisi olmaz. Fakat etkisini gösterdiği zaman dilimi geleceğe ilişkindir. İbra sözleşmesi kural olarak mevcut borca ilişkin olsa da, sonuçları ileriye doğrudur. Borçlunun mevcut ve önceki borçtan kurtulması, etkisini gelecekte göstermiş olur.²⁴⁸ Ancak borcun oluşma sebebi gerçekleşmiş olmak kaydıyla, henüz bağlayıcı olarak hukuken meydana gelmemiş haktan ibra, temelde bir borcun doğması kuvvetli bir sebebe dayandığında mümkün olabilmektedir.²⁴⁹

b) İbra Edenin Mülkünde veya Tasarrufunda Olmalı

İbra sözleşmesi esnasında ibra konusu üzerindeki hak ve alacağına sahip olmak ve tasarrufunun bunlar üzerinde bulunması önemli şartlardandır. Hukuken elde edilmiş ve korunan bir sahiplik ile bunlar üzerinde

²⁴⁸ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.4, 56, 59; Krş. Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.45.

²⁴⁹ Suyûtî, Eşbâh, 462, 463; Buhûtî, Keşşâfû'l-Kıma', IV, 305; Merdâvî, el-İnsâf, VII, 130 İbn Âbidîn, Resâil, II, 100; Haskefî, ed- Dürri'l-Muhtâr, s.590; Mecelle, md.1563; Ali Haydar, Dürer, IV, 79-80; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.234; Ekinci, İslâm Hukuku, İstanbul 1916, s.478.

olması gereken tasarruf kabiliyeti, bu hak üzerinde çeşitli hukukî işlemler yanında, borcu sona erdirme işlemi olan ibra sözleşmesini de yapma hakkını verir. Ayrıca velayet ve vesayet gibi ibra konusu hak üzerinde tasarruf yetkilerine sahip olmakla da bu yetkinin var olduğu kabul edilir.²⁵⁰

c) Muayyen Olmalı

Hukukî işlemlerde, işlemin konusunun belirli yahut belirlenebilir ve de çekişmeye sebebiyet vermeyecek bir niteliği haiz olması genel maddelerde aranır. Hanefilerde ibra konusu hakkın miktar yönünden bilinmemesi ibraya engel teşkil etmemekte, ibra yoluyla borcun ıskâtı daha çok hak sahibini ilgilendirdiği için buradaki bilinmezlik fiil ehliyetine ve hak üzerinde tasarruf yetkisine sahip alacaklı bakımından bir anlaşmazlığa ve çekişmeye sebebiyet vermeyeceği düşüncesiyle işlem geçerli olmaktadır. Hanbeliler de genel anlamdaki ihtiyaca binaen bu ibrayı geçerli kabul ederler.²⁵¹ Şâfiîler ise, bu noktada temlik öncelikle, temlik olunan şeydeki bilinmezlik ve bunun sebep olacağı anlaşmazlık dolayısıyla, bu durumdaki ibrayı geçerli kabul etmezler.²⁵²

d) İskat Edilebilir Olmalı

İbranın varlığı hukuken ve fiilen mevcut “*ayn*”larda değil, zimmete taalluk eden “*deyn*” türünden borçlarda olması esas kabul edilir. “*Ayn*” borcu belirlemeye ihtiyaç görülmeyen belli bir mal borcunu ifade eder. Sözleşme konusu itibarıyla belirli bir mala ilişkin değil, ıskâte elverişli-

²⁵⁰ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.4.

²⁵¹ Serahsî, el-Mebsût, XX, 143; Desüki, III, 411; İbn Kudâme, el-Mugni, V, 659; Buhûtî, Keşşâfî'l-Kına, IV, 304; Ali Haydar, el- İstiksâ, md.10.

²⁵² Şîrâzî, el-Mühezzeb, I, 455; Suyûtî, Eşbâh, 171,524.

likleri sebebiyle konusu nakit veya misli mal olan bir borç söz konusu olmalıdır.²⁵³ Bunun dışında ayrıca cins, miktar ve özellikleri itibariyle de irade uyuşmasını ortadan kaldıracak bilinmezlikte olmaması gerekir.²⁵⁴ Belirli bir mal olarak telakki edilen “*ayn*” zimmeti işgal etmez kuralı vardır. İbrada özellikle bir borçla işgal olmuş zimmetin boşaltılması söz konusudur.²⁵⁵ İbrada hem ıskât ve hem de temlik manası bulunduğundan, “*ayn*” telakki edilen borçlar ıskâta uygun düşmediğinden yapılan ibra geçersizdir. İbraya konu olan “*deyn*” vasıflı borç ile borçludan bir mal alınması yahut gelecekte alacağın tahsili ile *deynin ayna dönüşmesi* muhtemeldir. Bu sebeple temlike elverişli bir mahiyet arz etmesi mümkün olmaktadır.²⁵⁶

Ali Haydar Efendi’ye göre, zimmetteki borç dışında, tek taraflı olarak vazgeçilmesi mümkün ve de ibranın geçerli olduğu ıskât kabiliyeti olan ve bunlara benzeyen haklar söz konusudur.

İskât kabiliyeti olan ve bunlara benzeyen haklar:

- 1) Alacak hakkı,
- 2) Şüf’a (ön alım) hakkı,

²⁵³ Haskefi, ed-Dürrü’l-Muhtâr, s.454; F. Hindiye, V, 230; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 33-34; Zuhaylî, el-Fıkhü’l-İslâmî, V, 326.

²⁵⁴ İbn Kayyim, İ’lâm, III, 263; Şîrbînî, Muğni’l-Muhtâc, III, 206; Şîrâzî, el-Mühezzeb, II, 337; Bağdâdî, Mecma’u’-d-Damânât, s.125, 140.

²⁵⁵ Hacak, H./Kaya, E.S., “Zimmet”, DİA, c.XXXXIV, s.425.

²⁵⁶ İbnü’l-Hümâm, Feth, IV, 78,92; Haskefi, ed-Dürrü’l-Muhtâr, s.536; İbn Nuceym, el-Bahru’r-Râik, VII, 285; İbn Âbidîn, Redd, V, 631; Bâbertî, el-Înâye, VIII, 412; Şîrbînî, Muğni’l-Muhtâc, III, 206; Zerkâ, el-Medhal, I, 276; Alauddin Muhammed, Tekmile, VIII, 393; Hamevî, Ğamzu Uyûni’l-Besâir, III, 93, 354; el-Mevsûatü’l-Fikhiyye, I, 149; Bkz.Ali Haydar, el-İstiksâ, md.25, 49.

- 3) Hakkı mesil, yani, bir kimsenin diğerkimsenin mülkü olan arsasından su akıtma hakkı,
- 4) Hıyâr-ı şart, (şart muhayyerliği)
- 5) Mebiin (malın) görülmesinden sonraki hıyâr-ı rü'yet (görme muhayyerliği),
- 6) Hıyâr-ı ayb, (malda kusurun ortaya çıkması hâlindeki muhayyerlik)
- 7) Hıyâr-ı gabin ve tağrir, (aldanma muhayyerliği)²⁵⁷
- 8) Dava,
- 9) Alacaktaki ecel (vade).

Bu maddeler ile bunlarla benzerlik arzeden haklardan ibra caizdir.²⁵⁸

Ali Haydar Efendi ıskâtı mümkün olmayan hakları da aşağıdaki şekilde ifade etmiştir.

İskâtı mümkün olmayan haklar:

- 1) Hibeden rücu hakkı,
- 2) Malın görülmesinden önce görme muhayyerliğine sahip olma,
- 3) Miras hakkı,
- 4) Kira hakkı,

²⁵⁷ Bkz. Bardakoğlu, Ali, "Gabh", DİA, c.XIII, s.273; Apaydın, "Muhayyerlik", DİA, c.XXXI, s.26.

²⁵⁸ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.5; Bilmen, VIII, 31.

5) Vakıflardaki hak sahipliliği,

6) Bir ayndaki mülkiyet hakkı.²⁵⁹ Vakıflarda vakıf geliri konusundaki hak sahipliliği ile müteveli olma ve sükna (*oturma*) hakları da aynı mahiyette kabul edilir. Ancak ıskât kabiliyeti olmayan hibeden dönme, kiralama ve malı görmeden önce görme muhayyerliği gibi haklardan ıskât (*ıskât ibrası*) yoluyla ibra etme geçerli olmamaktadır.²⁶⁰

XVII. İBRANIN ŞARTA BAĞLI OLMASI

A- Türk Hukuku

İbra Türk Borçlar Hukuku sisteminde bozucu yahut geciktirici şarta bağlanabilen bir sözleşmedir. Ancak bozucu şart kapsamında bir vadeye bağlı gibi görünen ibra, borcun ertelenmesinden farklı bir mahiyet arz etmez. Bozucu şartın gerçekleşmediğinin ortaya çıkması hâlinde ise, borçlu borcundan kesin olarak kurtulur.²⁶¹ İbranın vadeye bağlı olarak yapılması ise esasen mümkündür. İbra hüküm ve sonuçlarını daha geç doğurur. Erteleyici şarta bağlı işlemlerde, iki ayrı hukukî olay vardır. Bunlardan ilki sözleşmenin kurulması, ikincisi ise erteleyici şartın gerçekleşmesinden sonra sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının doğmasıdır. Bazı aile ve miras hukuku işlemleri dışında kural olarak bütün işlemler bu şekildeki bir şarta bağlanabilir.²⁶² Baştan itibaren geçerli bir ibra sözleşmesi mevcut bulunduğundan, buna aykırı davranışta bulunulamaz. Ayrıca taraflar tek taraflı irade beyanı ile ibrayı da geri alamazlar. Şart

²⁵⁹ Ali Haydar, el-İstiksa, md.6.; Ayrıca bkz. İbn Nüceym, Resâil, s.454 vd; Bilmen, VIII, 29, 31.

²⁶⁰ Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitab, II. 23 (md.1562).

²⁶¹ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.201-202.

²⁶² Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku, s.358-360; Bkz. Turanboy, İbra Sözleşmesi, s.89,94.

gerçekleşince borç ortadan kalkmış olur, şartın gerçekleşmemesi hâli borçluya sadece edayı erteleme imkânı vermiş olur.²⁶³

B- İslâm Hukuku

Genel anlamda hukukî işlemlerin şarta bağlı olarak yapılmaları tartışmalıdır. Şartlar kanun koyucu (*şari*) tarafından konulmuş şartları ifade ettiği gibi, esasen konumuzdaki bağlamda tarafların iradî olarak sözleşmelerde ileri sürdükleri ca'li şartları da ifade eder. Taraflar bazı şartları sözleşme ile beraber ileri sürer ve üzerinde anlaşabilirler. Hz. Peygamber (s.a.v): “Müslümanlar şartlarıyla bağlıdırlar; Ancak, bir haramı helal veya bir helali haram kılan şart hariç.” buyurmuştur.²⁶⁴ Bu şartlara bağlılıkta mezhepler arasında çeşitli genişlik ve esneklik farklılıkları olmakla birlikte, sözleşmenin gereğinden olan, bunu destekleyen veya örfün gereğine uygun şartlar, genellikle sahih şartlar olarak kabul edilirler.²⁶⁵ Bu meyanda ibranın da mahiyetine uygun olduğu ölçüde ta'lik ve takyidi şartla ilişki kurabildiğini görüyoruz.

a) İbranın Ta'likî (Geciktirici) Şarta Bağlanması

Sözlükte bağlamak, asmak, ilgili kılmak anlamı olan ta'lik, ıstılahta gelecekteki bir olaya hukukî işlemin varlığını bağlamak demek-

²⁶³ Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989, s. 143.-146; Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.130.

²⁶⁴ Tirmizî, Ahkâm, 17; Buhârî, İcâre, 14.

²⁶⁵ İbn Âbidin, Resâil, II, 121; Bilmen, VI, s.23; Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 183 vd; Mecelle, md. 82, 83,186-189; Ali Haydar, Dürer, I, 291-292.

tır.²⁶⁶ Bir hukukî işlemin hükümlerinin yürürlüğe girmesini sağlayan şartlara ta'liki şartlar denmektedir.²⁶⁷

İbra sözleşmesinin kuruluşu sırasında, ilerde olması muhtemel olan "*sen ölürsen borcundan berisin*" veya "*beşyüz lirasını verirsen veya verdiğin zaman geri kalan borcunu ibra ettim*" gibi bir şarta bağlamak suretiyle yapılan ibra sahih değildir. İbrada ıskât (*borcu düşürme*) anlamı olmasına rağmen, temlik anlamı da ihtiva ettiği için bu şartlar ibranın mahiyetine uygun düşmez. Temlikatın şarta ta'liki sahih değildir.²⁶⁸ Bu türden şartların temlikî mahiyetteki sözleşmeler için kumar mahiyetinde olduğu dâhi ileri sürülmüştür.²⁶⁹

Borcun bir kısmının ödenmesi gelecekte ihtimal dahilinde olan bir hadiseye bağlanması, özellikle Hanefilerin şart nizamına uymamaktadır.²⁷⁰ Ancak, "*ben ölürsem*" şeklinde gelecekte belli olmayan bir zamana bağlanmış ibranın, vasiyet olarak kabulü mümkün görünmektedir.²⁷¹ Bu-

²⁶⁶ Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 537; Mahmasânî, Mücebât, II, 458,459.

²⁶⁷ Kaşıkçı, Osman, "Eski Hukukumuzda Şarta Bağlı İşlemler", Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan (haz. İsmail Esin), İstanbul 1999, (s.375-407), s.375.

²⁶⁸ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.9; Bilmen, VIII, 31; Cin. H./Akgündüz, A., Türk Hukuk Tarihi, s.643.

²⁶⁹ İbn Âbidîn, Resâil, II,102; Alaaddin Muhammed, Tekmile, VIII, 387; Haskefi, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.446; Kadri Paşa, Mürşidü'l-Hayrân, md.221-223; Mahmud, Hamze, el-Ferâidü'l-Behiyye, s.99; Mahmasânî, Mücebât, II, 560,563.

²⁷⁰ Karaman, Mukayeseli İslâm Hukuku, II, 518, 538; Kâsânî, Bedâi, VI, 50; Şeyhîzâde, Mecma'u'l-Enhur, III, 508; Merğmânî, el-Hidâye, III, 199; İbn Nuceym, Bahr, VI, 197; Ayrıca bkz. Bûhûtî, Keşşâfü'l-Kinâ, IV, 307; Merdâvî, el-İnsâf, VII, 129; Suyutî, Eşbâh, 171; Şîrâzî, el-Mühezzeb, II, 337.

²⁷¹ Merdâvî, el-İnsâf, VII, 129; Buhûtî, Keşşâfü'l-Kına', IV, 307; Bağdâdî, Mecma'u'd-Damânât, s.450; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.9, s.7.

nun dışında o esnada maruf (*bilinen*), mevcut ve gerçekleşmiş bir şarta ta'lik geçerli kabul edilmiştir.²⁷²

Bu türden şarta bağlı ibra sözleşmeleri konusunda farklı görüşler vardır.

aa) Şarta ta'lik edilen ibranın caiz olmadığı görüşü: Şafî, Hanbeli ve Hanefilerin çoğunluğuna göre ta'liki şarta bağlı ibra mutlak olarak caiz değildir. Bu görüş sahiplerine göre kişi borçlusuna “ölürsen” veya “ben ölürsem ibra edilmiş olacaksın” demesi geçerli olmamaktadır. “Ölümünden sonra ibra edilmiş olacaksın” şeklinde şarta bağlanmayan ibralar ise geçerli olmaktadır.²⁷³

İbra derhal yerine getirilen bir özelliğe sahip olmalı, herhangi bir şarta ta'lik edilmemelidir. Geçici (*muvakkat*) değil, daimi (*te'bidi*) bir mahiyet arz etmelidir. Alacaklının kendi ölümüne bağlı ibrasını vasiyet hükmünde, vasiyet şartlarına tâbi olarak caiz olduğu görüşü de olmakla birlikte, yukarıdaki örnekte, ibra eden ölürse, mirasçıları ibrayı geçerli kabul ederek uygulayabilmeleri mümkündür. Bu durum önceki ibraya onay verme olduğu gibi, yeni bir ibra dâhi kabul edilmektedir.²⁷⁴

Şart gerçekte ibranın kurucu olma (*inşai*) özeliğini geciktirici bir mahiyet arz etmektedir. Şartın genellikle hak düşürücü (*ıskât*), ibranın ise temlik anlamı olduğundan ve ibranın da karşılıklı edimli (*muavazalı*)

²⁷² İbn Nüceym, Bahr, VI, 199; İbn Âbidîn, Redd, V, 640; İbn Âbidîn, Tenkîh, II, 44; Molla Hüsrev, Dürer, II, 401; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.9, s.8; Bkz.Kadri Paşa, Mürşid, md.242-244.

²⁷³ İbn Kayyim, İ'lâm, IV, 6, 11, 54,78; Remlî, Nihâyetü'l-Muhtâc, IV, 442; Bağdâdî, Mecma'u'd-Damânât, s.450; İbnü'l-Hümâm, Feth, VI, 447; VII,51; Ali Haydar, el-İstiksâ, md.9.

²⁷⁴ el-Mevsûatü'l-Fıkhîyye, I, 150, 165.

sözleşmelerden olması sebebiyle, şarta bağlı bir tasarrufla ivazdan ibra yoluyla indirime gitme, haksız yere başkası aleyhine mal edinmek olacağından, geçerli olmamaktadır.²⁷⁵ Bu görüş, ta'liki şartın gerçekte ibrayı geçersiz kılacak bir fesada sebebiyet vermediği ve nizaya yol açmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir.²⁷⁶

bb) Örfen bilinen ve tanınan şartlara ta'lik etmenin caiz olduğu görüşü: Bir kısmının ödenmesi şartına mukabil kalanın ibra edileceği buna örnek verilmektedir. Hanefilerden bu şekilde bir görüş vardır.²⁷⁷

cc) Mutlak olarak caiz olduğu görüşü: Malikî ve Hanbelilerden bazı fukaha bu görüştedir. Boşama ve köle azat etmede olduğu gibi salt ıskât anlamı taşıdığından, bu şekildeki bir ibra da geçerli olmaktadır. Kefalet ve havalede yapılan ibraya da, bunların ıskât nitelikleri dolayısıyla olumlu bakılır.²⁷⁸

b) İbranın Takyidi Şarta Bağlanması

Sözlükte, şart koşma, kayıt ve şarta bağlama, kısıtlamayı ifade eden takyit, hukukî anlamda bir tasarrufun hukukî sonuçlarının meydana gelmesinin kendisiyle kısıtlandığı şartları ifade eder. İbra sözleşmesinin meydana gelmesi bu sözleşmedeki takyidi şartla birlikte anlaşılması gerekir.²⁷⁹ İbrayı takyit edebilecek şartları, diğer benzer özellikler gösteren

²⁷⁵ Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952, I, 372.

²⁷⁶ es-Sübkî, Fetâvâ, I, s.341; Semerkandî, Tuhfe, III, 260; Haskefi, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.560; Kadri Paşa, Mürşid, md. 327,328; Buhûti, Keşşâfü'l-Kına', IV, 304.

²⁷⁷ İbnü'l-Hümâm, Feth, VII, 197; İbn Nüceym, Bahr, VI, 199.

²⁷⁸ el-Huraşî, Şerhu Muhtasar-ı Halil, VI, s.35.; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.265.

²⁷⁹ İbnü'l-Hümâm, Feth, VIII, 429; Bilmen, VI, 23; VIII, 32; Mahmasânî, Mücebât, II, 460,461; Kaşıkçı, O., "Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, I, Erzincan 1997, s. 207.

temlikî (*mülkiyeti nakleden*) sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin amacına ve örf-âdete uygun, hukuken meşru şartlar olarak anlamak gerekir.²⁸⁰ Bu türde ibra bu vasıfları taşıyan bir şartın varlığına bağlanmıştır. Bunlar baştan itibaren ortaya konmuş sözleşmeye uygun (*mülayim*) şartlardır. Bazı şartlar fasit şart niteliğini haiz olarak sözleşmenin geçerliliğine engel olmakta ise de, bazıları da sözleşmeye etki etmeyerek kendisi geçersiz (*lağv*) olmaktadır.²⁸¹ Takyidî şarta örnek olarak borcun bir kısmının ödenmesi şartıyla, kalandan borçlunun ibra edilmesi verilebilir. Bin lira alacaklı olan bir şahıs her hangi bir zaman tayin etmeksizin borçlusuna, yarısını öde, kalandan seni ibra edeyim, şeklinde ibra icabında ve buna uygun bir irade beyanında bulunması üzerine, borçlunun bunu kabul ederek, yarısını derhal vermesi ile meydana gelir ve borcun diğer yarısından ibra yoluyla borçlu kurtulmuş olur.²⁸² “*Yarısını ödemeyecek olursan, borç önceki bulunduğu hâlde kalır*” ifadesi de, ödeme olmadığı ibranın gerçekleşmemesine yol açar. Ancak “*borcun yarısından seni ibra ettim, diğer yarısını yarın vermek üzere*” şeklindeki sözlü irade beyanı ile, borçlunun ertesi gün diğer yarısını ödeyip ödemesinden bağımsız olarak, hemen yarısında ibra meydana geldiği ileri sürülmüştür.²⁸³ “*Kalan yarısını bugün ödersen, diğer yarısından seni ibra ettim*” şeklindeki ifade, Ebû Hanife ve İmam Muhammed’e göre ancak yarısı öden-

²⁸⁰ Mecelle, md.186-189; Bilmen, VI, 23,24.

²⁸¹ Bkz. Kaşıkçı, O., “Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler”, s.211-212.

²⁸² Ali Haydar, Dürer, IV, 78; Bilmen, VIII, 32; Mahmasânî, Mûcebât, II, 560; İbn Nüceym, Bahr, VI, s.199; Molla Hüsrev, Dürer, II, 401.

²⁸³ Molla Hüsrev, Dürer, II, 225, 401; Merğınânî, el-Hidâye, III, 196; İbnü’l-Hümâm, Feth, VIII, 430; Mevsilî, el-İhtiyar, II, 170; F. Hindiye, IV, 234, 235; Mahmasânî, Mûcebât, II, 559,560.

mişse ibra gerçekleşirken, İmam Ebû Yusuf'a göre, ödensin veya ödenmesin ibra derhal hüküm ifade eder.²⁸⁴

İbranın takyidi şarta bağlı olmasının sıhhati konusunda İslâm hukukçuları arasında bazı görüş ayrılıkları olmakla birlikte, mahiyeti itibarıyla ibranın meydana gelmesine mâni olmayan takyidi şartlara genel yaklaşım olumludur.²⁸⁵

İbn Abbas'tan yapılan bir rivayette de, yapılan savaştan sonra Benî Nadîr Yahudilerine (4/626), mallarını alarak Medine'deki yurtlarından çıkmalarına izin verilmişti. Onlar, Medine'lilerde henüz vadesi gelmemiş alacakları olduğunu söyleyince Hz. Peygamber (s.a.v) "*İndirim yapın, peşin tahsil edin*" buyurmuştur. Bu uygulamada söz konusu olan indirim, kalan kısmın ödenmesi şartına bağlı olarak ibra edilen kısım olarak gösterilmektedir. Bu uygulama İslâm hukukçuları arasında, yukarıdaki hadiste bahsekonu hâdisede –vadeli alacakta indirim üzerine, kalanın erken tahsil edilmesini- belirten ve “ضع و تعجل” olarak bilinen uygulamadır.²⁸⁶

Bu uygulama alacaklı ve borçlunun birlikte faydasına olabilir. Bu uygulama şekil ve anlam olarak ribanın tam olarak tersi bir işlem olarak görülebilir. Ribada zimmette bir fazlalık olmasına rağmen, borcu öne alıp erken ödeme karşılığında yapılan indirim yoluyla ibrada, zimmetin daha

²⁸⁴ Bkz. Ali Haydar, el-İstikâ, md.36, 64, s.20-21.

²⁸⁵ İbnü'l Hümâm, Feth, VIII, 430, 431; İbn Âbidîn, Redd, V, 244-246; Merğînânî, el-Hidâye, III, 195 vd.; Bilmen, VIII, 32.

²⁸⁶ Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin, es-Sünenü'l-Kübrâ, Thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, c.I-X, Beyrut 1424/2003, es-Sünen, VI, 105; Seyyid Sâbık, Fıkhü's-Sünne, III,194; Bayındır, Servet, “Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükümüne Etkisi”, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 2006, s.213-214.

az borçla sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Burada zimmete sonradan ilave değil, zaten zimmette bulunan borçtan bir miktarının ibra yoluyla düşülmesi söz konusudur.²⁸⁷ Bu nevi uygulamalarda hibe muhtevalı ibra özelliği olduğu kadar, borcun bir kısmı üzerinden yapılan sulh anlamı da vardır.²⁸⁸ Diğer görüş ise, bu uygulamanın caiz olmadığı şeklindedir. Malikiler içerisinde yer alan bazı görüşlerde, bu uygulamadaki vade ile, ödenecek borcun artırılması/farklılaştırılması arasında ilişki kurularak cevaz verilmemiştir. Hz. Ömer, Zeyd b. Sabit, Abdullah b. Ömer ve dört mezhepten bazı fukaha da bu görüştedir.²⁸⁹

Hanefiler, yarına kadar borcun yarısı ödenirse şartına bağlı, kalanın ibra edilmesinde, ödenmediği durumda, borcun tamamının geri gelip gelmeyeceği konusunda ihtilaf etmişlerdir. İmam Ebû Hanife ve İmam Muhammed şarta bağlı olan bu işlemde borcun tamamının geri geleceği,²⁹⁰ İmam Ebû Yusuf ise ibra olunan kısım bakımından mutlak anlamda etkisini göstermiş bulunduğu borcun tamamının geri gelmeyeceği görüşündedir. Ebû Yusuf'a göre iki taraflı sözleşmelerde bir taraf yükümlülüğünü kısmen ödemiş ise, ödenmeyen kısım için farklı sorumluluk gerekmektedir. Bu türde şartın geçerliliği ödenmeyen kısım itibariyle ortadan kalkmış, ibra edilen kısım ise mutlak manada meydana getirdiği etkisini devam ettirmiş olmaktadır.²⁹¹ Bu görüşe, ibra edenin olumlu bir karşılık görmeksizin zarara uğradığı ve müslümanların Allah'ın kitabına

²⁸⁷ İbn Kayyim, İ'lâm, III, 359; Krş. Seyyid Sâbık, Fıkhü's-Sünne, III, 272; Bayındır, S., Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi, s.226-227.

²⁸⁸ Ellek, Sulh Anlaşması, s.135.

²⁸⁹ Serahsî, el-Mebsût, XIII, s.126; Muvatta, Büyû', 82.

²⁹⁰ Zeylaî, Tebyin, V, 43; Molla Hüsrev, Dürer, II, 401; Haskefî, ed-Dürrü'l-Muhtâr, s.542, 566; Bilmen, VIII, 32.

²⁹¹ Kâsânî, Bedâi, VI, 44,45; Zeylaî, Tebyin, V, 43; Merğînânî, el-Hidâye, III, 196, 197; Bâbertî, el-İnâye, VII, 193; Zerka, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952, I, 675.

aykırı olmamak kaydıyla aralarındaki şartlarına bağlı olmaları gerektiği,²⁹² hadisine aykırı olarak, şartlara riayet etmeyen tarafın mükafatlandırılmaması düşüncesiyle karşı çıkılmaktadır. Şartlara riayet sorumluluğu iki tarafın anlaşmasıyla ancak ortadan kaldırılabilecek iken, bahse konu durumda ise bu ittifak bulunmamaktadır.²⁹³

XVIII. İBRADA İRADE BEYANININ ŞARTLARI

Hukukî işlemlerde asıl olan irade olmakla birlikte, kullanılan lafız ve ibareler de bu iradeyi yansıtmak bakımından önem taşırlar. Mülkiyet hakkı ve aile hukukundaki bazı hukukî işlemler, kullanılan ifadelerle daha hassastırlar.²⁹⁴ İbra sözleşmesinde kullanılan lafız ve ibareler de bu bakımdan önem arz eder. İbranın kuruluşu ve şartlarla ilişkileri, lafız ve kullanılan sıygalara göre farklı etkiler gösterir. Öncelikle ibrada kullanılan lafızlar, objektif olarak ihtimali bertaraf edecek kesinlikte olmalıdır. İki taraflı sözleşmelerde tarafların irade beyanları çekişmeye, ihtilaf ve tereddüde mahal bırakmamalıdır. Aksi durumda iki taraflı bir sözleşme olan ibra hukuken meydana gelmiş olmaz.²⁹⁵ Bu nedenle, yapılan ibranın "*hakkımdan ibra ettim, iskât ettim, hakkımı aldım, hakkımı ve davamı terk ettim*" gibi ibrayı tam olarak ifade veya buna delalet eder şekilde olmalıdır.²⁹⁶ Hak sahibinin gelecek iradesini yansıtan çok sayıda lafız ve

²⁹² Buhârî, Şürût, 17; Büyû', 67.

²⁹³ el-Henînî, Abdülhamîd, el-İbrâü Hakikatühû..., s.257.

²⁹⁴ Bkz. Mecelle, md.2, 3, 12.

²⁹⁵ Mecelle, md.1561; Ali Haydar, Dürer, IV, 74,75; Bilmen, VIII, 31; Apaydın, "İbra", DİA, c.XXI, s.265.

²⁹⁶ Buhûtî, Keşşâfü'l-Kınâ, IV, 304; İbn Nuceym, Resâil, s.470-471.

ifade biçimi söz konusu olabilir. Ali Haydar Efendi İbra için kullanılan 37 ifade biçimine yer vermiştir.²⁹⁷

Türk Borçlar Hukukunda şekle bağlı olmayan bir sözleşme olan ibra, İslâm hukukunda da yazılı veya sözlü olarak yapılabilmesi mümkün olan bir hukukî işlemdir. Borçlanmanın kayda alınmasına önem verilmiş iken,²⁹⁸ bunun ortadan kaldırılması da aynı derecede yazılı kayda alınması özellikle ispat hukuku bakımından önem arz eder. Yazılı olmasının ispat hukuku bakımından ayrıca önemi vardır. Borçlu olan bir şahıs alacaklısından kendisini ibra ettiğini belirten yazılı belge ortaya koyduğu takdirde, diğer ispat hukuku şartlarını da sağlayarak ibrayı ispat etmesi mümkündür.²⁹⁹

XIX. İBRANIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

A- Türk Hukuku

İbranın bir şekle bağlı olmayan bir sözleşme olarak borç ilişkisinin tamamını değil, müstakil bir borcu sona erdirdiğini ifade etmiştir (TBK. md.132).³⁰⁰ Bu meyanda ibra borçlandırıcı değil, bir tasarruf işlemi olarak borcu doğrudan doğruya ortadan kaldırır. Borçlandırıcı işlemlerden farklı olarak hukukî işlemi yapan kişinin, alacaklının mal varlığının pasif kısmını artıran işlemlerdir. Borçlandırıcı işlem ile borç/lar doğar ve borç ilişkisi kurulur. Ancak ibra ile borç sona ermektedir. Borçlar hukukunun ilgi alanına gerçekte daha geniş kapsamda borç ve alacağın ku-

²⁹⁷ Bkz. Ali Haydar Efendi, el-İstiksâ, s.42-44.

²⁹⁸ Bakara, 2/282.

²⁹⁹ İbn Âbidîn, Redd, V, 558; el-Fetâvâ el -Bezzâziyye, II, 341.

³⁰⁰ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.40; Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.11-12.

rulmasına, devrine ve ortadan kaldırılmasına ilişkin her türlü sözleşme girer. Bunların meydana getirdiği sonuçlardan en önemlisi, aslî edim yükümlüğünü ihtiva eden bir borç ilişkisi kurulmasıdır.³⁰¹

Her borçlar hukuku sözleşmesi ile borç ilişkisi kurulmaz. Tasarruf işlemi olan ibra, bir borç doğurmayan borçlar hukuku sözleşmesidir. Ancak ivazlı ibrada, ibra karşılığı bir borcun doğduğu söz konusu edilebilir. İbra kurulduğu anda borç ortadan kalkmış olur. İbra sözleşmesi ile esas borçla birlikte, ona bağlı fer'i borçlar da sona erer.³⁰²

Alacaklı kefalet, rehin, faiz gibi fer'i borçlardan bazılarını ibra dışında tutmak istiyorsa bunu açıkça bildirmelidir. Fer'i hakların tek başına ibrasının esas hak veya alacak üzerine etkisi yoktur. Sadece kefilin ibrası asıl borcun sona ermesini sağlamaz.³⁰³

B- İslâm Hukuku

Özellikle İslâm hukukçuları arasında ıskâtı esas alanlar bakımından ibra derhal etkisini gösterir. Düşen borcun geri gelmesi de söz konusu olmaz.³⁰⁴ İbrayı temlik kabul ederek, kabule bağlı olduğunu düşünenlere nazaran ise, kabul kendisine ulaşmadan ibra eden icabından döne-

³⁰¹ Eren, Borçlar Genel, s.171,172.

³⁰² Gümü, İbra Sözleşmesi, s.253 vd.

³⁰³ Oğuzman/ Öz, Borçlar Genel, I, 546; Tekinay/Akman/ Borcuoğlu/Altop, s.986 vd.; Kılıçoğlu, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.865; Feyzioğlu, Borçlar Genel, 1977, II, 431;Eren, Borçlar Genel, s.1303; Krş. Çil, Şahin, "İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Kamu-İş; C:7, S: 3, 2004, s.5.

³⁰⁴ Hâdimî, Mecâmi', s.45,47.

bilmektedir. İskat görüşü bakımından ise ibrada ikâle dâhi söz konusu değildir.³⁰⁵

Borç, kısmî ve tam ibrada farklı olmakla birlikte, ibra olunan hakkı kesin ve doğrudan olmak üzere ortadan kaldırmaktadır. Borcun ortadan kalktığı kesin olduğundan, yeniden geçerli kılınması söz konusu olmaz.³⁰⁶ Mecelle md.1562’de ibranın hükmü “*Bir kimse diğerini bir hakkından ibra ettikte o hakkı sâkıt olur, artık onu dava edemez*” şeklinde ortaya konmuştur. Geçerli bir ibranın kapsamı dâhilinde, ibra ânına kadar olan hak ve borçlardan herhangi birisi yeniden talep ve dava konusu yapılamaz.³⁰⁷ Bu safhadan sonra borçlunun ikrarı dâhi borcu geri getirmeye yetmez. Söz konusu ikrar, olmayan bir hakkın ikrarı olarak kabul edilir.³⁰⁸ Genellikle ivazsız olduğunda tek taraflı irade beyanı ile kurulup, hüküm ve sonuçlarını doğuran, reddedilmedikçe de borcu sona erdiren bir hukukî işlem olarak görülür. Ancak ivazlı olarak yapıldığında kuruluşu tek taraflı olmaz. Bu durumda tam iki tarafa da borç yükleyen bir sözleşme olduğunu kabul etmek gerekir. Ancak her iki hâlde borçlunun açık ve de zımnî kabulü ile kurulabilmesine rağmen, reddi ile de yürürlük kazanmaz. Geçerli bir ibra sözleşmesinin doğabilmesi için alacaklının ibra îcabının reddedilmemesinin gerekli olduğu kanaatini paylaşmaktayız.

³⁰⁵ Zerka, el-Medhalü’l-Fıkhî’l-Âmm, 1952, I, 682; el-Mevsûatü’l-Fıkhîyye, I, 168,169.

³⁰⁶ Mecelle, md.51.

³⁰⁷ Mecelle, md. 1562, 1563.

³⁰⁸ Ali Haydar, el-İstiksâ, md.5.

XX. SONUÇ

İslâm ve Türk hukuklarında sözleşmelerin kuruluşundaki serbest irade esasının bir yansıması olarak, sözleşmelerden kaynaklanan borcu yine iradî olarak sona erdiren en önemli hukukî sebeplerden bir tanesi ibradır. Bununla borçlunun edim yükümlülüğü azalır veya tamamen ortadan kalkar. Bu hakkını kullanan alacaklı borçlusuyla bir sözleşme yaparak, çoğu zaman kendi aleyhine olan ivazsız bir tasarruf işleminde bulunmuş olur. Bu işlem bir sözleşme sonucunda anlaşma ile neticelendiğinde borçlunun mal varlığının pasifinde bir azalma ile yine kendisi bakımından kazandırıcı bir işlem kurulmuş olur. Türk hukukunda tarafların bu işlemi yapmak bakımından hak ve fiil ehliyetine sahip olması gerekliliğinin yanı sıra, özellikle alacaklının fiil ehliyetine ilaveten tasarruf yetkisine de sahip olması aranır. İbra sözleşmesinin ehliyeteye bakan yönü itibariyle önem arz eden husus, ibra eden alacaklının ehliyetidir. İbra sözleşmesi ibra edilen sınırlı ehliyetsizler açısından hukuki olarak bir yükümlülük doğurmaması sebebiyle, ibra edilen sınırlı ehliyetsiz borçlular kanuni temsilcilerinin rızasına ihtiyaç duymazlar (TMK 16/2).³⁰⁹

Türk hukukunda ibra sözleşmesi ile ikâle gibi borç ilişkisinin değil, borcun sona ermesi sağlanır. Ayrıca ibranın dayandığı temel sözleşme şekle tâbi olsa bile, ibranın kendisinin şekle tâbi olmayan bir mahiyeti vardır. Temel sözleşmenin hukuka uygun olarak meydana gelmesi de ibrayı etkilemektedir. Bu ilişki de var olan ve işlemi ifsat eden bir geçersizlik ibrayı da geçersiz kılacaktır.

³⁰⁹ Gümüş, İbra Sözleşmesi, s.155.

İslâm hukukunda ibra sözleşmesinin kuruluşunda iki yahut tek taraflı olma vasfının tartışmalı olduğu, ağırlıklı görüş ıskât özelliği yanısıra, temlik vasfını da haiz olmak itibariyle ve iki taraflı olmasından yola çıkarak, kabulün gerektiği, bunun susma şeklinde zımnî irade beyanıyla da mümkün olduğu ve Hanefilerde, Mecelle’de de düzenlenmiş şekliyle (md.1568) red ile kabulün oluşmayacağı, yani bir anlamda reddedilmedikçe olumlu anlamda zımnî irade beyanının varlığına ulaşılmıştır. Hatta Türk Borçlar Hukukundan farklı olarak vefat eden bir şahsın ibrası da Mecelle’de de yer aldığı şekliyle mümkün olup (md.1569), ancak vârislerin reddi ile kabul meydana gelmemiş olur.

İslâm hukukunda da borçlunun üzerindeki borç yüküne ilişkin önemli sona erme sebeplerinden biri olan ibra, alacaklı yönünden aktifi azaltan bir tasarruf, ibra edilen borç bakımından sona erme ve ibra edilen bakımından ise bir borçtan kurtulma işlemi mahiyetindedir. İbra sözleşmesi ile o ana kadar doğmuş olan borçların ortadan kaldırılması mümkün iken, henüz doğmamış borçlar için ibra sözleşmesi yoluna gidilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir. Türk hukukunda da hem vadesi gelmiş, hem de doğmuş olmakla birlikte henüz vadesi gelmemiş sözleşmeler için yapılabilmektedir. İbra sözleşmesi marifetiyle kurulan hukukî ilişki genel yahut özel bir nitelik arz edebileceği gibi, tam veya kısmî bir mahiyet arz etmesi de mümkündür. İbranın ıskât niteliği dikkate alındığında, ibra edilen borcun konusu itibariyle zimmetten düşen, “*deyn*” nitelikli borçlarda ibranın mümkün olduğu ön plâna çıkar. “*Ayn*” nitelikli borçlar zimmeti işgal etmemeleri sebebiyle ıskâta elverişli değildir.

İslâm hukukunda ölüm hastalığı döneminde yapılan ibra da vârisler ve diğer alacaklıların haklarını korumak bakımından bazı şartlara tâbi

bulunmaktadır. İbra edilen mirasçı olmadığında, diğer vârislerin izin veya icazeti ile, aksi halde malın üçte birinde geçerli olmaktadır. Temlikâtın şarta bağlanmasının sahih olmadığı ilkesinden hareketle, aynı zamanda temlik vasfına da sahip ibra sözleşmesinin ta'liki şartlara bağlanması geçerli olmamakta, ancak ibranın şart ile takyidine cevaz verilmektedir. Bu çerçevede “*Ne vakit sendeki alacağımın yarısını verirsen, diğer yarısından berisin*” ifadesi hüküm ifade etmemesine rağmen, “*Sendeki şu kadar alacağımın yarısını yarın bana ver, diğer yarısından beri olmak üzere*” şeklindeki bir takyidi şart muteber olmaktadır.³¹⁰ Türk hukukunda ise, ibra vadeli ve şartlı olarak yapıldığında, geçerli olmakta, ancak etkisini şart gerçekleşene kadar göstermemektedir.

Türk hukukunda ibra sözleşmesi ile alacaklının mal varlığında geçici olmayan, kalıcı ve geri döndürülemez bir azalma meydana gelmektedir. Sözleşme kurulduğu anda hüküm ifade ederek, üzerinde anlaşıldığı şekliyle borcu ortadan kaldırır. Bu durum islâm hukukundaki yukarıda açıklanan ıskât anlayışıyla bağdaşır bir haldedir.

Türk hukukunda ibra sözleşmesinin şekle bağlı olmamasına paralel olarak, İslâm hukukunda da ibranın yazılı veya sözlü, ibraya delalet eden pek çok ifadeyle meydana gelebilmesi mümkündür. İslâm hukuku literatüründe, çalışmada bir kısmına temas edilmiş çok sayıda farklı anlamlara gelebilecek ifadelerle dair örnek vardır. Klasik İslâm hukuku kitaplarından itibaren, fetva kitaplarında ve kadı sicillerinde teorik ve çok sayıda uygulama örneklerinin yer alması ve nihayet Mecelle’de ibra konusunun özellikle düzenlenmiş oluşu, İslâm ve Türk hukuk tarihi bakı-

³¹⁰ Bilmen, VIII, 32.

mından konuyu önemli hâle getirmiş ve mukayeseli hukuk çalışmalarına zemin hazırlayabilecek elverişlilikte, zengin hukukî bir çerçeve sunmuş bulunmaktadır. Bu çalışmada bahsedilen hukuk sistemleri bakımından ele alınan ibra konusu ve alt başlıkları, mukayeseli bir bakış açısı etrafında ortaya konulmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

Akdoğan, Sinan, Türk Hukukunda İbra Sözleşmesi (Release Agreements In Turkish Law),Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli 2006.

Akgündüz, Ahmed, İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Özel Hukuk-1 ve 2, c.II-III, İstanbul 2012.

Aksu, Mustafa, “Türk Borçlar Kanununun Getirdiği Yeniliklerden İbra”, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, cilt.8, 2013, s.97-130. (İbra)

Ali el-Hafif, Ahkâmu'l-Muâmelâti's-Şer'iyye, Dârü'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1429/2008.

Ali el-Hafif, ed-Damân fi'l-Fıkhî'l-İslâmi, II. Kısım, Mısır 1973.

Ali Haydar Efendi (v.1935), Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, 3. Baskı, c.I-IV, İstanbul 1330. (Dürer)

Ali Haydar, el-Mecmûatü'l-Cedîde fi'l-Kitâbi'l-Erbaa (Kitabü'l-İstiksâ fi Mesâili'l-İbrâ, s.1-44), Hukuk Matbaası, Dersââdet 1332. (el-İstiksâ)

Ali Haydar, Mirkât-ı Mecelle, 12. Kitab, c.II. Mekteb-i Sanâyi-i Şâhâne Mat., 1298.

Apaydın, H. Yunus, “İbra”, DİA, c.XXI, s.263-266.

Apaydın, H. Yunus, “Hacir”, DİA, c.XIV, s.513-517.

Apaydın, H. Yunus, “Kefalet”, DİA, c. XXV, s.168-177.

Apaydın, H. Yunus, “Muhayyerlik”, DİA, c.XXXI, s.25-30.

Apaydın, H. Yunus, İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 1989. (Hükümsüzlük)

Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yay., 11. Baskı, Ankara 2015.

Arsebük, Esat, Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumi Esasları I, Kaynaklar, Receb Ulusoğlu Basımevi, Ankara 1937.

Atar, F., İslâm İcra ve İflas Hukuku, İstanbul 1990.

Atar, Fahrettin, “Sulh”, DİA, c. XXXVII, s.481-485.

Aybakan, Bilal, “İkâle”, DİA, c.XXII, s.14-16.

Aydın, M. Akif, “Borç”, DİA, c.VI, s.285-291.

Aydın, M. Akif, “Deyn”, DİA, c. IX, s.266-268.

el-Bâbertî, Muhammed b. Muhammed b. Mahmud Ekmelüddin Ebu Abdillâh (v.786/1384), el-Înâyetü Şerhu'l-Hidâye, Dârü'l-Fikr, c.I-X, yy. ty. (el-Înâye)

Bağdâdî, Ebû Muhammed Ğânim b. Muhammed (v.1030/1618), Mecma'u'd-Damânât, Dârü'l-Kütübi'l-İslâmî, yy. ty.

Bakkal, Ali, "Maraz-ı Mevt", DİA, c.XXVIII, s.39-41.

Bardakoğlu, Ali, "Ehliyet", DİA, c.X, s.533-539.

Bardakoğlu, Ali, "Gabn", DİA, c.XIII, s.268-273.

Bardakoğlu, Ali, "Havâle", DİA, c.XVI, s.507-512.

Bardakoğlu, Ali, "İskât", DİA, c.XIX, s.137-143.

Bardakoğlu, Ali, "Vesâyet", DİA, c.XXXXIII, s.66-70.

Başığit, Özgür, "Borçlar Kanunu Tasarısı İle Karşılaştırmalı Olarak Kefalet Sözleşmesinin Sona Ermesi", Legal Hukuk Dergisi, Yıl 3, Sayı 33, Eylül 2005, s.3317-3338.

Bayındır, Servet, "Din ve Ülke Farklılığının Faizin Hükmüne Etkisi", İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 14, Yıl: 2006, s.207-235.

Becker, H., İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Borçlar Kanunu, (Çev. Dr. Saim Özkök), c.VI, Fasikül, IV, Ankara 1972.

Berki, Ali Himmet (v.1976), “Sulh ve İbra” A.D., Ankara 1969, sy. 12, s.753-756.

Berki, A. Himmet, Açıklamalı Mecelle, (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Hikmet Yay., 2. Baskı, İstanbul 1979.

Berki, Şakir, “Borçların Sükûtu”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.12, sy. 1-2, yıl 1955, s.216-267.

el-Beyhakî, Ebu Bekir Ahmed b. Hüseyin (v.458/1066), es-Sünenü'l-Kübrâ, Thk. Muhammed Abdülkadir Atâ, Darü'l-Kütübü'l-İlmiyye, c.I-X, Beyrut 1424/2003.

Bilge, Necip, “Kefilin Mesuliyetinin Şümulü”, AÜHFD, 1956, c.XIII; sy.1, s.86-171.

Bilgili, İsmail, İslâm Hukukunda Ma'dûmun Satışı, Konya 2011

Bilmen, Ömer Nasuhi (v.1971), Hukuku İslâmiyye ve Istılâhâtı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yay., (c.I-VIII), 8. Cilt, İstanbul 1970.

el-Buhârî, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail (256/870), Sahih, Mat. Âmire, c.I-VIII, Mısır 1315.

el-Buhûtî, Mansur b. Yunus b. Selahuddin (v.1051/1641), Keşşâfu'l-Kına' An Metni'l-İkna, Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, c.I-VI, yy, ty.,

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.

Çeker, Orhan, İslâm Hukukunda Çocuk, Kayıhan Yay., İstanbul 1990.

Çeker, O., Fıkıh Dersleri, Tekin Kitabevi, 10. Baskı, Konya 2018.

Çeker, O, İslâm Hukukunda Akidler, Tekin Kitabevi, Konya 2014.

Çil, Şahin, “İş Hukukunda İbra Sözleşmesi”, Kamu-İş, c.7, sy. 3, 2004.

Demir, Abdullah, Medeni Yargılama Hukuku Osmanlı Mahkemesi, İzmir 2010.

Demiray, Mustafa, Hak Zâil Olmaz: Roma, Türk ve İslâm Hukuklarında Eksik Borç, Klasik Yayınları, İstanbul 2009.

Denizci, Özlem Sibel: Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009.

ed-Derdîr, Ebû'l-Berekat Ahmed b. Muhammed b. Ahmed (v.1201/1786), eş-Şerhu'l-Kebîr ala Muhtasarı'l-Halil, c.I-IV, (Desûki'nin Haşiyesi ile birlikte), Dârü'l-Fikr, yy., ty.

Dönmez, İ. Kafi, “Cünûn”, DİA, c.VIII, s.125-129.

Ekinci, Ekrem Buğra, İslâm Hukuku Umûmî ve Husûsî Hükümler, Arı Sanat Yay., 2. Baskı, İstanbul 2016.

Ellek, Hasan, İslâm Hukukunda Malî Konularla İlgili Sulh Anlaşması (Akitler Çerçevesinde), Basılmamış Doktora Tezi, Bursa 2012.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yay., 5. Baskı, Ankara 2017. (Borçlar Özel)

Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yay., 22. Baskı, Ankara 2017. (Borçlar Genel)

Erkan, Umut Vehbi/Yücer, İpek: Ayırt Etme Gücü, AÜHFD, c. 60, sy.3, 2011, s.485-522.

el-Fetâvâ'l-Hindiye, (Heyet-Nizâmüddin el-Belhî başkanlığında), II. Baskı, c.I-VI, Darü'l-Fikir, 1310. (F. Hindiye)

Feyzioğlu, F. Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, I, İstanbul 1976.

Feyzioğlu, F. N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, II, İstanbul 1977.

Feyzioğlu, N.F., Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, I, İstanbul 1978.

Gökyayla, Emre/ Zevkliler, Aydın, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitapevi, 16. Bası, Ankara 2016.

Gözübenli, Beşir, "Ateh", DİA, c.IV, s.51-52.

Gözübenli, Beşir, "Fuzûlî", DİA, c.XIII, s.239-240.

Gümüş, M. Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, c.II, İstanbul 2014.

Gümüş, M. A., Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015. (İbra Sözleşmesi)

Güzelhisarî, Mustafa Hulûsi (v.1253/1837), Menâfiu'd-Dekâyık fi Şerhi Mecâmi'l-Hakâyık, Sahafîyye-i Osmaniye Şti., Matbaa-i Âmire, İstanbul 1308/1890. (Şerhu Mecâmi').

Hacak, Hasan/Kaya Eyyüp Said, "Zimmet", DİA, c.XXXXIV, s.424-428.

Hacak, Hasan, "Mal", DİA, c.XXVII, s.461-465.

el-Hâdimî, Ebu Saîd Muhammed (v.1176/1762), Mecâmiu'l-Hakâyık, Sahafîyye-i Osmaniye Şti., Matbaa-i Âmire, İstanbul 1308/1890. (Mecâmi')

Hallâf, Abdulvahhâb, İslâm Hukuk Felsefesi, İlmü Usûli'l-Fıkh, Çev. Hüseyin Atay, AÜİF Yay., Ankara ty.

el-Hamevî, Ahmed b. Muhammed (v.1098/1687), Ğamzu Uyûni'l-Besâir, c.I-IV, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, yy. 1405/1985.

el-Haraşî, Muhammed b. Abdullah (v.1101/1690), Şerhu Muhtasar-ı Halîl, Dârü'l-Fıkr, c.I-VIII, Beyrut ty.

el-Haskefî, Alâüddîn Muhammed b. Alî b. Muhammed el-Haskefî ed-Dımaşkî (v. 1088/1677), ed-Dürrü'l-Muhtâr Şerhu Tenviri'l-Ebsâr ve Câmi'i'l-Bihâr, Abdülmunim Halil İbrahim, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1423/2002.

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2015,

el-Hattâb, Şemsüddin Ebû Abdillâh Muhammed b. Muhammed b. Abdîr-rahman (v.954/1547), *Mevâhibü'l-Celîl fî Şerhi Muhtasari'l-Halîl, Dârü'l-Fikir*, III. Baskı, c.I-VI, yy. 1412/1992.

el-Hatîb eş-Şîrbînî, Şemsüddin Muhammed b. Ahmed (v.977/1570), *Muğni'l-Muhtâc İla Ma'rifeti Meâni Elfâzı'l-Minhâc, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye*, I. Baskı, c.I-VI, yy.1415/1994.

İbn Âbidin, Muhammed Emin b. Ömer b. Abdi'l-Aziz (v.1252/1836), *Reddü'l-Muhtâr Ala'd-Dürri'l-Muhtâr, Dârü'l-Fikir*, c.I-VI, Beyrut 1412/1992. (Redd)

İbn Âbidin, *el-Ukudü'd-Dürriyye fî Tenkîhi'l-Fetâvâ'l-Hamidiyye*, c.I-II, yy. ty. (Tenkîh)

İbn Âbidin, *Mecmûatü Resâil-i İbn-i Âbidin*, c.I-II, Dersaadet 1325. (“İ'lâmü'l-A'lâm bi Ahkâmi'l-İkrâri'l-Âmm-96-113-“ ve “Neşrü'l-Örfi fî Binâi Ba'zı'l-Ahkâmi Alâ'l-Örfi-114-146” adlı risaleler.) (Resâil)

İbn Âbidînzâde, Alauddin Muhammed b. Muhammed Emin b. Ömer (v.1306/1889), *Haşiyetü Kurratü Ayni'l-Ahyar Li Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr, Dârü'l-Fikir*, c.I-VI, Beyrut 1412/1992. (İbn Âbidîn'in Reddü'l-Muhtâr baskısına ilave 7 ve 8. Ciltler). (Tekmiletü Reddi'l-Muhtâr, Tekmile)

İbn Cüzey Ebû'l-Kasım Muhammed b. Ahmed (v.741/1340), *el-Kavanînü'l-Fıkhiyye*, ty. yy., (el-Kavanîn).

İbn Kayyım el-Cevziyye, Muhammed b. Ebi Bekir (v.751/1350), İ'lâmü'l-Muvakkîn, thk. Muhammed Abdüsselam İbrahim, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, I. Baskı, c.I-IV, Beyrut 1411/1991.

İbn Kûdame, Ebû Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed (v.620/1123), el-Muğnî, I-IX, Mektebetü'l-Cumhuriyyeti'l-Arabiyye, Kahire ty.

İbn Manzûr, Lisânü'l-Arab, Dâru Sâdır, Beyrut 1300.

İbn Nüceym, Zeynüddin b.İbrahim b. Muhammed (v.970/1563), el-Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik, 2. Baskı, c.I-VIII, Dârü'l-Kitabi'l-İslâmiye ty. (Bahr).

İbn Nüceym, el-Eşbâh ve'n-Nezâir, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiye, I. Baskı, Beyrut 1419/1999. (Eşbâh).

İbn Nüceym, Resâili-i İbn Nüceym el-İktisadiyye, Dârü's-Selâm, Thk. Muhammed Ahmed Serac ve Ali Cuma Muhammed, Mısır 1998-99. ("Fîmâ Sakate mine'l-Hukuk bi'l-İşkâti ve mâ lâ Yeskutu –s.453-456–" ve "el-İbrâ-469-472–" risaleleri.) (Resâil)

İbnü'l-Arabî, Ebu Bekir Muhammed b. Abdillâh (v.543/1148), Ahkâmü'l-Kur'ân, Thk. Ali Muhammed el-Buhârî, Dârü'l-Marife, 3. Baskı (Yeni Baskı), c.I-IV, Beyrut 1392/1972.

İbnü'l-Bezzâzî, Muhammed b. Şihab el-Hanefî (v. 827/1423), el-Fetâva'l-Bezzâziyye Matbaatü'l-Meymeniye, Mısır ty., (el-Fetâva'l-Hindiye kenarı IV ve V. ciltler).

İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddin Muhammed b. Abdülvâhid (v.861/1457), Fethu'l-Kadîr, Dârü'l-Fikr, yy. ty. (Feth)

İnan, Ali Naim, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

İzmirlioğlu, Ayça, “6098 Sayılı Kanuna Göre İbraname”, Journal of Yaşar University, c.VIII, sy. Özel, s.1457-1481.

Kabukçu, Şükrü, İslâm Hukukunda İbrâ, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1992.

el-Karâfi, Ebü'l-Abbas Şihabüddin Ahmed b. İdris (v.684/1285), el-Fürûk, Âlemü'l-Kütüb, c.I-IV, yy. ty.

el-Karâfi, Ebü'l-Abbas Şihabüddin Ahmed b. İdris, ez-Zahîre, Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, c.I-XIV, Beyrut 1994.

Karaman, Hayrettin, Mukayeseli İslâm Hukuku 2, İz Yay., 9. Baskı, İstanbul 2016,

el-Kâsânî, Alaüddin Ebû Bekir b. Mesud (v.587/1191) Bedâiu's-Sanâî fi Tertîbi'ş-Şerâî, 2. Baskı, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, yy., 1406/1986.

Kaşıkçı, Osman, “Eski Hukukumuzda Takyidi Şarta Bağlı İşlemler”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, I, Erzincan 1997.

Kaşıkçı, Osman, “Eski Hukukumuzda Şarta Bağlı İşlemler”, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan (haz. İsmail Esin), İstanbul 1999, (s.375-407).

el-Kerâbîsî, Esad b. Muhammed b. El-Hüseyn (v.570/1174), el-Fürûk, Thk. Muhammed Temmum, (Kontrol: Abdussettar Ebû Ğudde), c.I-II, Vezaretü'l-Evkaf el Kuveytiye, 1402/1982.

Keskin, Fatma, Funda, Dürerü'l Hükkam'ın Sulh ve İbra Bölümünün Latinizesi ve Kaynakların Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Sakarya, 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Genişletilmiş 2. Bası, Turhan Kitapevi Yay., Ankara 2016.

Koschaker, Paul, Ayiter, Kudret, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları (Medeni Özel Hukuka Giriş Olarak), Sevinç Mat., Ankara 1977, s.289.

Köse, Saffet, "Rüşd", DİA, c.XXXV, s.298-300.

Malik b. Enes (v.179/795), el-Muvatta, Tsh, Muhammed Fuad Abdülba-ki, c.I-II, Kahire 1951.

Muhammed Ebû Zehra (v.1974), Muhadarât fi Akdi'z-Zevâc ve Âsâruhû, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1971. (Akdü'z-Zevâc)

Muhammed Ebû Zehra, el-Mülkiyetü ve'n-Nazariyetü'l-Akd Fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiye, Dâru'l-Fikri'l-Arabî, Kahire 1996. (el-Mülkiyetü...)

M. Ebû Zehra, İslâm Hukuku Metodolojisi 'fıkıh usûlü', Çev. Abdülkadir Şener, 3. Basım, Ankara 1981.

Mahmasâni, Subhi, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye, 3. Baskı, c.I-II, Dâru'l-İlmi li'l-Melâyîn, Beyrut 1983. (Mûcebât)

Mahmud Hamze, Mahmud b. Muhammed Nesib b. Hüseyin (v.1305/1887), el-Ferâidü'l-Behiyye Fi Kavâidi'l-Fıkhıyye, Dımaşk-Şam 1298/1880.

el-Merdâvî, Alaüddin Ebü'l-Hasen Ali b. Süleyman (v.885/1480), el-İnsâf fi Marifeti'r-Racih Mine'l-Hılaf, Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabi, 2. Baskı, c.I-XII, yy. ty.

el-Merğınânî, Ebü'l-Hasen Burhanüddin Ali b. Ebi Bekir (v.593/1197), el-Hidâyetü Fi Şerhi Bidayeti'l-Mübtedi, (Thk. Talal Yusuf), Dârü İhyai't-Türasi'l-Arabi, c.I-IV, Beyrut ty.

el-Mevsilî, Abdullah b. Mahmud Mevdud (v.683/1284), el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar, Matbaatü'l-Halebi, c.I-V, Kahire 1356/1937.

el-Mevsûatü'l-Fıkhıyye el-Kuveytiye, Vezâretü'l-Evkâf ve's-Şüûni'l-İslâmiyye, c.1-45, Kuveyt 1404-1427.

el-Meydâni, Abdülganî b. Tâlib b. Hammâde el-Guneymî (v.1298/1881), el-Lübâb fi Şerhi'l-Kitâb, Thk. Muhammed Muhyiddin Abdülhamid, Mektebetü'l-İlmiyye, c.I-IV, Beyrut ty.

Molla Hüsrev, (v.885/1480), Dürerü'l-Hukkâm Şerhu Ğureri'l-Ahkâm, Dârü İhyai'l-Kütübi'l-Arabi, c.I-II, yy. ty.

Muhammed Kadri Paşa (v.1306/1888), Mürşidü'l-Hayran ila Ma'rifeti Ahvali'l-İnsan, 2. Baskı, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Bulak 1308/1891.

Müslim, Ebu'l-Hüseyin Müslim b. el-Haccâc (261/874), Sahih, Thk. Muhammed Fuâd Abdülbaki, Darü'l-Hayâi't-Türâsi'l-Arabiyye, c.I-V, Beyrut ty.

Oğuzman, M. Kemal/M. Seliçi, Özer, Kişiler Hukuku Dersleri (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitapevi, İstanbul 1979.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016. c.I-II.

Önen, Ergun, Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Önen, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1999.

Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, s.13.

Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler ve Hukukî Sonuçları, Ankara 1989.

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, Fakülteler Mat., Altıncı Bası, İstanbul 1969.

Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku, İstanbul 2008.

er-Remlî, Şemsüddin Muhammed b. Ebi'l-Abbas (v.1004/1596), Nihâyetü'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc, Dârü'l-Fikr, c.I-VIII, Beyrut 1404/1984.

Savaş, Abdurrahman, “Türk Borçlar Hukukunda İkâle Sözleşmesi”, TAAD, yıl 7, Nisan 2016, sy.26, s.114-115.

Saymen, Ferit H./Elbir, Halid K., Türk Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1966.

es-Semerkandî, Ebû Bekr Alâüddîn Muhammed (v.539/1144), Tuhfetü'l-Fukahâ, c.I-III, 2. Baskı, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1993.

es-Serahsî, Muhammed b. Ahmed (v.483/1090), el-Mebsût, Dârü'l-Marife, c.I-XXXI; Beyrut 1409/1989.

Seyyid Sâbık, Fıkhu's-Sünne, Dârü'l-Fikr, c.I-III, Dımaşk 1414/1993.

Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s.130.

es-Suyûtî, Celalüddin Abdurrahman b. Ebi Bekir (v.911/1505), el-Eşbâh ve'n-Nezâir fî Kavaid ve Fürû'i Fıkhi's-Şafi'iyye, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1411/1990.

eş-Şafiî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris (v.204/820), el-Ümm, Dârü'l-Marife, c.I-VIII, Beyrut 1410/1990.

Şener, Abdülkadir, İslâm Hukukunda Hibe, AÜİF Yay., Ankara 1984,

eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali (v.1250/1834), es-Seylü'l-Cerrâr el-Mütedeffik alâ Hadâiki'l-Ezhâr, Dâru İbn Hazm, ty. yy.,

Şeyhîzâde, Abdurrahman b. Muhammed Süleyman (v.1078/1667), Mecmau'l-Enhur, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, c. I-IV, Beyrut 1419/1998.

eş-Şîrâzî, Ebû İshak İbrahim b. Ali b. Yusuf (v.476/1083), el-Mühezzeb, Dârü'l-Kütübi'l-İlmiyye, c.I-III, yy. ty.

Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Beşinci Basım, c.II, İstanbul 2010.

Tekinay, Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 1993.

Tercier, P./Pichonnaz, P./Develioğlu, H. M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yay., İstanbul 2016.

Tirmizî, Ebû İsâ Muhammed b. İsâ Sevre (v.279/892), el-Câmi'u's-Sahîh, Thk. Abdurrahman Muhammed Osman, Matbaatü'l-Medenî, c.I-V, Kahire 1964.

Tunçomağ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul 1976.

Turanboy, Kürşat, N., İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.

Türk Hukuk Lügati, Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, Çev., Cevat Edege, Yargıtay Yayınları No:15, Ankara, 1983.

Yavuz, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Yay.,10. Bası, İstanbul 2014.

Yazır, Elmalılı M. Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, (Sadeleştirilenler: İ. Karaçam, E. Işık, N. Bolelli, A. Yücel), c.I-X, İstanbul ty.

Yıldırım Mustafa, Mecelle'nin külli kaideleri, İzmir 2001.

Yılmaz, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., Yenilenmiş Onuncu Baskı, Ankara 2011.

ez-Zebîdî, Muhammed Murtaza (v.1205/1791), Tâcü'l-Arûs, Vezâretü'l-A'lâm, Matbaatü Hükûmet-i Kuveyt, ty.

ez-Zerka, M. Ahmed, el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm ile'l-Hukûki'l-Medeniyyeti fi'l-Bilâdi's-Suriye, 3. Baskı, c.I, Dımaşk 1371/1952. (el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, 1952)

ez-Zerka, M. A., el-Medhalü'l-Fıkhî'l-Âmm, Dârü'l-Kalem, c.I-II, Dımaşk 1425/2004.

Zeydan, Abdülkerim, el-Medhalü li Diraseti's-Şerâti'l-İslâmiyye, Mektebetü'l-Kudüs, 11. Baskı, Beyrut 1410/1989. (Medhal)

ez-Zeydan, Abdülkerim, Fıkıh (İslâm Hukuku) Usûlü, Trc. Ruhi Özcan, Ankara 1979.

ez-Zeylaî, Abdullah b. Yusuf (v.762/1360), Tebyînü'l-Hakâyık Şerhu Kenzi'-Dekaik, Matbaatü'l-Kübra el-Emiriyye, Bulak 1414.

ez-Zuhaylî, Vehbe, el-Fıkhü'l-İslâmi ve Edilletühü, Dârü'l-Fıkr, 3. Baskı, Dımaşk 1409/1984.

GREVİN SONA ERMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Aslı NANEÇİ ARICI**

ÖZET

Kanun'a göre kanuni bir grev, buna karar vermiş olan taraf tarafından alınan bir kararla sona erdirilebilir. Sona erdirme kararı en geç ertesi iş günü sonuna kadar yazı ile karşı tarafa ve görevli makama bildirilir. Grevin sona erdiği görevli makam tarafından işyerinde ilan edilir. Kanuni grev, ilanın yapılması ile sona erer. Ayrıca grev kararı alan veya uygulayan sendikanın herhangi bir nedenle kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hallerinde grev kendiliğinden sona erer. Belirtilen durumlarda işçi sendikasının almış olduğu yetki belgesi hükümsüz kalır. Grevi uygulayan sendikanın yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grev sona erer. Bu düzenleme ile grevin etkisiz kaldığı varsayılan durumlarda hâkimin müdahalesiyle grevin sona erdirilmesinin sağlanması amaçlanmıştır.

* Erciyes Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Makale Geliş Tarihi: 15.02.2018
Makale Kabul Tarihi:25.08.2018

Anahtar Kelimeler: Grev, İşçi, İşveren, İşçi sendikası.

END OF STRIKE

ABSTRACT

According to the law, a legal strike can be ended by a decision taken by the party who has decided to do so. The decision to conclude shall be communicated at the latest by the end of the next business day, and shall be notified to the other party and the officer in charge. The strike is declared at the work place by the responsible officer. The legal strike ends with the announcement. In addition, the strike ends automatically if the strike decision or the union applying the strike is terminated or dissolved by any reason. In addition, the authorization certificate that the trade union has received in the cases specified is also null and void. It is determined that, in the date when trade union performing the strike applied for the determination of authorization, three fourth of the workers who are union members have quitted from trade union membership, one of the responsables may appeal to the court to terminate the strike. The strike ends in the date determined by the court. With this arrangement, it is aimed to ensure that the strike is terminated by the intervention of the judge in cases where the strike is supposed to be ineffective.

Keywords: Strike, worker, Employer, Workers' union.

Giriş

Çalışmamızda, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu çerçevesinde grevin sona ermesi ve sona ermesinin doğurduğu sonuçlar incelenmiştir. Kanuni grevin sona erme halleri, STİSK. m. 75’de Kanuni grevin, işçi sendikasının kararıyla sona erdirilmesi, kendiliğinden sona ermesi ve mahkeme kararıyla sona ermesi ayrımı yapılarak düzenlenmiştir. Fakat STİSK m. 75’de ifade edilenlerin dışında kanuni grevi sona erdiren bazı durumlar da vardır. Tarafların grev devam ederken toplu iş sözleşmesi imzalamaları ya da isteğe bağlı tahkim anlaşması yapmaları, grevin grev hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle mahkeme kararıyla durdurulması ya da uygulanmakta olan grevin sıkıyönetim komutanının kararıyla durdurulması hallerinde de grev sona erer. Kanuni grevin sona ermesiyle iş sözleşmesinin askıda kalma durumu ortadan kalkar, işçinin çalışma işverenin ise ücret ödeme yükümlülüğü yeniden başlar.

I. KAVRAM OLARAK GREV

Grev kelimesi Fransızca’dan gelmektedir ve deniz ve nehir kenarlarındaki kumsal araziye ifade eder. Kelimenin diğer bir anlamı ise Paris’te Seine nehri kenarındaki belediye sarayının yanında bulunan ve eskiden idamların infaz edildiği grev meydanı adı verilen meydandan gelir. Daha sonraları bu meydana iş arayanların toplu olarak beklemeleri halk tarafından grev yapmak olarak adlandırılmıştır. 19. yüzyılın başlarından itibaren ise çeşitli menfaatler elde etmek amacıyla toplu olarak ve iradi

şekilde iş bırakma eylemi, grev olarak ifade edilmiştir¹. Grev bir iş mücadelesi aracıdır ve işçilerin isteklerini elde etmeleri amacıyla iş sözleşmesini geçici bir süre için ifa etmeme niyetlerini açıklayan topluca bir karara uyarak işi bırakmaları olarak tanımlanmaktadır².

¹ Melda **Sur**, Grev Kavramı, İzmir 1987, s. 6; Berna **Öztürk**, “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, Çalışma ve Toplum, 2016/4, 51, s. 1795; Selim **Gündüz/Özcan Demir**, “Türkiye’de Grev Ertelemelerinin Yasal Düzeni”, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırmaları 2007, s. 87; Selim **Gündüz**, Türkiye’de Hükümetlerin Grev Hakkına Müdahalesi (1983-1992), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Endüstri İlişkileri Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 3; Kemal **Sülker**, Türkiye’de Grev Hakkı ve Grevler, İstanbul 1976, s. 8; Hakan **Yıldırımoglu**, Avrupa Birliği ve Türkiye’de Grev Yasakları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006, s. 3; Armağan Ebru **Bozkurt Yüksel**, Hukuki Grev Kavramı, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı 20, s. 112.

² Ünal **Narmanlıoğlu**, Grev, Ankara 1990, s. 54; Ümit K. **Seyfettinoğlu/Mehmet Mert/Damla Duman (Ayoğlu)**, “Türkiye’de Grevler ve İşsizlik”, <http://www.sosyalhaklar.net/2009/bildiri/seyfettinoğlu.pdf>, erişim tarihi 08.08.2017, s. 434; Murat **Kandemir**, “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 80.Yıl Armağanı, Cilt 54, Sayı 4, 2005, s. 183; **Öztürk**, s. 1795; M. Çağlar **Özdemir**, “İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumları”, Kamu-İş, C:7, S: 2/2003, s. 6; Müjdat **Şakar**, İş Hukuku Uygulaması, Bireysel ve Toplu İş Hukuku Basın İş Hukuku Deniz İş Hukuku, İstanbul 2005, s. 411; Mehmet Şehmus **Güzel**, Grev, Grevin Yapısal ve İşlevsel Açından İrdelenmesine Katkı, Ankara 1980, s. 13; Orhan **Tuna**, Grev Hakkı İş Mücadelelerinde Yeri Ve Ehemmiyeti, İstanbul 1951, s. 12; **Gündüz/Demir**, s. 87; **Gündüz**, s. 3; Rüçhan **İşık**, İşçi Sendikalarının Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1977, s. 49; Murat **Kandemir**, “Grev Hakkı ve Sınırlandırılması”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 302; **Yıldırımoglu**, s. 3; Sadiye **Odabaşı**, Türk Hukukunda Grev Hakkının Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Bölümü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997, s. 2; Murat **Kandemir**, Grev Hakkının Kötüye Kullanılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, İstanbul 1998, s. 4; Özge **Pınar**, Grev Hakkının Kötüye Kullanılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s. 4. Haluk **Dayıgilli**, “Grev Hakkına Dair”, Çalışma ve Toplum, 2007/1, 12., s. 13., Cahit **Özkan**, “Yasal Greve Amaç Unsuru”, www.cahitozkan.av.tr/.../Yasal%20Grevde%20Amaç%20Unsuru.doc, www.cahitozkanav.tr, erişim tarihi 31.03.2017, Melda **Sur**, “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı 2, s. 273.

Hukukumuzda grev, STİSK. m. 58/I'de düzenlenmiştir. Buna göre, “işçilerin topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir”.

Grevin maddi ve manevi olmak üzere iki unsuru vardır. Maddi unsur işçilerin işi bırakmalarını, manevi unsur ise işçilerin aralarında anlaşmalarını ya da bir kuruluşun kararına uymalarını ifade eder³. Grevin unsurlarından ilki işçilerin işi bırakmalarıdır. İş bırakmanın grev olabilmesi için işi bırakanların işçi niteliğine sahip olmaları gerekir. Memurların, çırakların ve serbest meslek sahiplerinin işi bırakmaları grev olarak kabul edilmez. İşçilerin işi bırakmalarının grev sayılabilmesi için işin toplu olarak bırakılması gerekir. Bunun için de birden çok işçinin işi bırakması gerekir⁴. Tek bir işçinin işverene isteklerini kabul ettirmek için işi bırakması grev sayılmaz⁵. Öte yandan grev niteliği itibariyle toplu bir davranış olmakla birlikte işyerindeki işçilerin tamamının ya da belli bir kısmının işlerini bırakmaları gibi bir zorunluluk da bulunmamaktadır⁶.

³ Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku, 23. Baskı., Ankara 2018, s. 274; **Şakar**, s. 412; Yavuz **Zincirkıran**, Avrupa Birliği Ülkeleri İle Türkiye’de Grev Hakkı ve Grev Süreçleri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 153; **Yıldırımoğlu**, s. 4; Algun **Çifter**, “Yasal Grev ve Unsurları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423905102.pdf>, s. 165, erişim tarihi, 30.03.2017.

⁴ **Sümer**, İş Hukuku, s. 282; **Zincirkıran**, s. 155; **Gündüz**, s. 5.

⁵ Burcu **Kümbül Güler**, “Psiko-Sosyal Boyutuyla Grev”, Çalışma ve Toplum, 2012/1, 32, s. 117; **Gündüz**, s. 5; **Yıldırımoğlu**, s. 5.

⁶ Nurşen **Canıklıoğlu**, “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 39, s. 299; **Gündüz**, s. 5; **Yıldırımoğlu**, s. 5.

Grev bağımlı çalışanların yaptıkları bir eylemdir. Bir işverene bağlı olmayan serbest meslek sahiplerinin iş bırakma eylemleri grev olarak kabul edilmez⁷.

Ayrıca işçilerin aralarında anlaşarak ya da bir kuruluşun topluca çalışmamaları için verdiği karara uyararak işi bırakmalarının grev olarak kabul edilebilmesi için işçilerin bu davranışlarının işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla yapılmış olması gerekir. Bundan dolayı işçilerin topluca anlaşarak pikniğe ya da geziye gitmeleri, bu hareket nedeniyle işyerinde faaliyet durmuş olsa da grev olarak kabul edilmez⁸.

Grevin ikinci unsuru işçilerin aralarında anlaşmaları veya bir kuruluşun kararına uymalarıdır. Anlaşma ya da karar olmadan toplu olarak da olsa işçilerin işten ayrılmaları grev olarak kabul edilmez. Grev kararı verecek kuruluşun işçi sendikası olması şart değildir. Bu kuruluş konfederasyon ya da dernek olabilir. Fakat kanuni grev açısından bu karar işçi sendikası tarafından alınmış olmalıdır⁹. Bunun dışında işçilerin sendika kararı olmadan kendi başlarına grev yoluna gitmeleri de kanun dışı grev olarak kabul edilir¹⁰.

II. KANUNİ GREV

Grevin kanuni grev olması için STİSK. m. 58/II'deki koşulların oluşması gerekir. Buna göre, “toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında

⁷ Kümbül Güler, s. 118; Öztürk, s. 1795; Odabaşı, s. 12.

⁸ Sümer, İş Hukuku, s. 282.

⁹ Sümer, İş Hukuku, s. 283; Caniklioğlu, s. 298; Şakar, s. 412; Yıldırımoglu, s. 7; Pınar, s. 12.

¹⁰ Caniklioğlu, s. 298.

uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak ve geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir". Tanımda kanuni grev için iki unsura yer verilmiştir. Bunlara mesleki amaç ve kanunda öngörülen yöntemlere uygunluk unsurları denilmektedir. Tanımda açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte grevin kanuni grev olarak kabul edilebilmesi için grev yasağı ve engelinin de bulunmaması gerekir¹¹.

A. Mesleki Amaç

Kanuni grev, işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarıyla çalışma şartlarını korumak veya düzeltmek amacıyla yapılır. Grev kararının alınmasının sebebi, işçi sendikasının üyelerinin mesleki ihtiyaçlarının karşılanmasıdır. Mesleki sebepler dışında grev kararının alınması durumunda kanuni grev oluşmaz¹². Ayrıca toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında greve gidilmesi gerekir¹³. Hukukumuzda grev, toplu iş sözleşmesi yapılması sırasında bir pazarlık aracı olarak kabul edilmiştir¹⁴. Kanun hangi hallerde grev yapılabileceğini kesin olarak belirlemiştir. Toplu hak uyuşmazlıklarında ve toplu iş sözleşmesinin süresi içerisinde ortaya çı-

¹¹ **Sümer**, İş Hukuku, s. 283; **Şakar**, s. 412; **Zincirkıran**, s. 155.

¹² A. Nizamettin **Aktay**, Toplu İş Hukuku, 6552 sayılı İş Kanunu İle Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun ile 22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi iptal kararları işlenmiştir, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Ekli, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 346; Haluk **Dayıgilli**, "Grev Hakkına Dair", Çalışma ve Toplum, 2007/1, 12, s. 15; Devrim **Uluçan**, "Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları", Çalışma ve Toplum, 2013/4, 39, s. 283; **Zincirkıran**, s. 155; **Gündüz**, s. 7; Engin **Ünsal**, "Grev Hakkının Geleceği", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (92), s. 423; **Işık**, s. 55.

¹³ **Sümer**, İş Hukuku, s. 283; Sami **Narter**, "Grevin Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi Konusunda Kanunda Bulunan Boşluk ve Yetki Belgesine Etkisi", Karatahta İş Yazıları Dergisi, Nisan 2016, Sayı 4, s. 145; Melda **Sur**, "Siyasi Grev", Çalışma ve Toplum, 2009/4, 23, s. 11; **Canıklıoğlu**, s. 298; **Öztürk**, s. 1817; **Zincirkıran**, s. 155; **Işık**, s. 55.

¹⁴ **Sur**, Siyasi Grev, s. 11; **Öztürk**, s. 1817.

kan toplu menfaat uyuşmazlıklarında grev yoluna gidilmez. Kanun'da ifade edilen amaç dışında yapılan grevler kanun dışı grev olarak kabul edilir. Bundan dolayı hukukumuzda siyasi grev, genel grev ve dayanışma grevleri Kanun'da öngörülen amaçları taşımadıkları için kanun dışı grev olarak kabul edilirler¹⁵.

İşçilerin kanundan doğan haklarını kullanmak amacıyla kendi iradeleri ile örneğin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesine göre ücretlerinin zamanında ödenmemesi sebebine dayanarak çalışmaktan kaçınmaları mesleki amaç unsuru bulunmadığından grev olarak kabul edilmez¹⁶.

B. Kanun'da Öngörülen Yönteme Uygunluk

Kanuni grevin gerçekleşmesi için mesleki amaç unsurunun bulunması yeterli değildir. Grevin Kanun'da öngörülen yönteme uygun olarak yapılması gerekir. Grev kararının alınması, tebliği, ilanı ve uygulamasının Kanun hükümlerine uygun olarak yapılması gerekir¹⁷.

1. Barışçı Çözüm Yollarının Tüketilmiş Olması

İşçi sendikasının grev kararı alabilmesi uyuşmazlığın çözümü için barışçı çözüm yollarının tüketilmiş olmasına bağlıdır. İşçi sendikasının işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işverene karşı sürdürdüğü

¹⁵ Sümer, İş Hukuku, s. 283; Narter, s. 145; Caniklioğlu, s. 298; Öztürk, s. 1820; Murat Şen, "6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Grev ve Lokavt Konusunda Getirdiği Yenilikler", Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30. Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, İstanbul 2013, s. 108.

¹⁶ Caniklioğlu, s. 298.

¹⁷ Sümer, İş Hukuku, s. 284.

toplular görüşme aşamasından bir sonuç alınamamış olması ve Kanun'da düzenlenen arabuluculuk aşamasından geçilmiş olması gerekir. Grev kararı ancak arabuluculuk faaliyetinin başarısız olması üzerine arabulucu tarafından düzenlenen uyuşmazlık tutanağının görevli makam tarafından ilgilere tebliğ edilmesinden sonra alınabilir¹⁸. Bu sürece uyulmadan yapılan bir grev, kanuni grev sayılmaz¹⁹.

2. Grev Kararının Alınması

Grev kararı, toplu görüşmelere katılan yetkili işçi sendikası tarafından alınabilir. İşçi sendikasının yetkisi düşmüşse aldığı grev kararı kanun dışı olur²⁰. STİSK. m. 60'a göre, grev kararı resmi arabulucu tarafından düzenlenen uyuşmazlık tutanağının görevli makam tarafından tebliğinden itibaren altmış gün içinde alınabilir. Belirtilen süre içerisinde grev kararı alınmazsa yetki belgesinin hükmü kalmaz. Sürenin dolmasından sonra alınan grev kararına uyularak yapılan grev ise kanun dışı grev olur. Grev kararı işyerinde ya da işyerlerinde kararı alan işçi sendikası tarafından derhal ilan edilir.

3. Grev Kararının Uygulanması

STİSK. m. 60'a göre, grev kararı, görevli makam tarafından resmi arabulucunun düzenlediği uyuşmazlık tutanağının tebliğinden itibaren altmış gün içinde ve altı iş günü önce karşı tarafa bildirilecek tarihte uygulamaya konulabilir. Bu süre içerisinde grev kararının alınmaması veya uygulanacağı tarihin karşı tarafa bildirilmemesi durumunda işçi sendika-

¹⁸ Sümer, İş Hukuku, s. 284; Caniklioğlu, s. 300.

¹⁹ Caniklioğlu, s. 300; Şen, s. 112.

²⁰ Sümer, İş Hukuku, s. 284.

sının toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi düşer. Grevin uygulanacağı tarih kararı alan taraf tarafından karşı tarafa tebliğ edilmek üzere notere ve bir örneği de görevli makama verilir. Grevin uygulama tarihi, kararı alan işçi sendikası tarafından işyerinde derhal ilan edilir. Bildirilen tarihte başlamayan grev hakkı düşer. Grev kararı süresi içerisinde uygulamaya konulmamışsa, alınmış bir lokavt kararı da yoksa ya da lokavt kararı da süresi içerisinde uygulamaya konulmamışsa yetki belgesinin hükmü kalmaz.

C. Grev Yasağı ve Engelinin Bulunmaması

Bir grevin kanuni grev olması için grev kararının alınması, tebliği, ilanı, uygulamasının Kanun hükümlerine uygun olarak gerçekleşmesi gerekir²¹. Ayrıca 6356 sayılı Kanun'da belirtilen grev yasağının bulunduğu veya grev engelinin ortaya çıktığı uyuşmazlıklarda grev kararı alınmaz ve uygulanmaz Aksi takdirde yapılan grev kanun dışı grev olur²².

Grev engellerinden biri de grev oylamasıdır. İşçiler alınan bir grev kararının uygulanmasına grev oylaması yapmak suretiyle engel olabilirler²³. Yetkili sendika tarafından grev kararı alındıktan sonra ilan tarihinde bu işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte biri talep ederse grev oylaması yapılır. Grev oylaması neticesinde işçiler grevin uygulanmaması yönünde oy kullanırlarsa işyerinde grev uygulanmaz. Grev oylaması ile işçi sendikasının aldığı grev kararını işçilerin kabul edip etmedikleri or-

²¹ Sümer, İş Hukuku, s. 276; Caniklioğlu, s. 300; Şen, s. 112.

²² Sümer, İş Hukuku, s. 285.

²³ Sümer, İş Hukuku, s. 285; Caniklioğlu, s. 300.

taya çıkar. Grev oylaması bir açıdan işçi sendikasının üyelerinin bir daha düşünmeye sevk edilmesidir²⁴.

III. KANUNİ GREVİN SONA ERMESİ

A. Genel Olarak

STİSK . m. 75’de grevin sona erme halleri düzenlenmiştir. Bunlardan birinin gerçekleşmesiyle kanuni grev sona erer. Kanuni bir grevi sona erdirme kararı, kararı alan taraf tarafından ertesi iş günü sonuna kadar bir yazı ile karşı tarafa ve görevli makama bildirilir (STİSK. m. 75/I). Grevin sona erdiği, görevli makam tarafından ilgili işyerinde, ilan edilir. Kanuni grev, ilanın yapılması ile sona erer (STİSK. m. 75/II). Grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir sebeple kapatılması, feshedilmesi veya infisah etmesi hallerinde grev kendiliğinden sona erer (STİSK. m. IV). Ayrıca 75. maddenin son fıkrasında, “grevi uygulayan sendikanın, yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği, ikinci fıkradaki usule göre ilan edilir” hükmü yer alır.

B. Grevi Sona Erdiren Haller

Alınmış ve uygulamaya konulmuş grev kararı, bazı hallerin gerçekleşmesiyle sona erer. Kanuni grevin sona erme halleri, STİSK. m. 75’de işçi sendikasının kararıyla sona erme, kendiliğinden sona erme ve mahkeme kararıyla sona erme şeklinde düzenlenmiştir. Fakat bunların

²⁴ Narter, s. 145; Şakar, s. 418.

haricinde kanuni grevi sona erdiren haller de bulunmaktadır. Tarafların grev devam ederken toplu iş sözleşmesi imzalamaları ya da isteğe bağlı tahkim anlaşması yapmaları, grevin grev hakkının kötüye kullanılması sebebiyle, mahkeme kararıyla durdurulması ya da uygulanmakta olan grevin sıkıyönetim komutanının kararıyla durdurulması hallerinde de kanuni grev sona erer²⁵.

1. Tarafların Anlaşmaları

Grev, işçilerin işverene baskı yaparak isteklerini elde etmelerine yönelik bir baskı aracıdır. Taraflar, karşılıklı istekleri konusunda anlaşılırsa, böyle bir durumda toplu iş sözleşmesine ulaşılmış olur ve grev sona erer. Başka bir deyişle, taraflar amaçlarına ulaşırlarsa, aralarında anlaşarak grevi sona erdirebilirler²⁶.

a. Tarafların Uyuşmazlık Konusu Üzerinde Mutabakata Varmaları

Kanuni grev devam ederken toplu iş sözleşmesi imzalanırsa, grev ve sebep olan mesleki uyuşmazlık ortadan kalkmış olacağından grevin de kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek gerekir. Grevin kanuna uygun olarak sürdürülmesi uyuşmazlığa taraf olanların toplu iş sözleşmesi üzerinde anlaşamadıkları ve toplu iş sözleşmesi imzalamadıkları sürece

²⁵ Sümer, İş Hukuku, s. 288; A. Can Tuncay/F. Burcu Savaş Kutsal, Toplu İş Hukuku, 5. Baskı., İstanbul 2016, s. 465; Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. Baskı., İstanbul 2016, s. 870; Aktay, s. 365.

²⁶ A. Nizamettin Aktay/Kadir Arıcı/Emine Tuncay Kaplan Senyen, İş Hukuku, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Yenilenmiş 6. Baskı., Ankara 2013, s. 609; Aktay, s. 365; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 465; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 870.

mümkündür²⁷. Başka bir ifadeyle grevin amacı gerçekleştiğinde, grev de sona erer. Bundan sonra uygulamaya devam edilmesi halinde grev, kanun dışı greve dönüşür. Aynı şekilde, toplu iş sözleşmesine ulaşılmamasına rağmen, greve devam edilmesi, tipik bir kötüye kullanma teşkil eder²⁸.

b. Tarafların Özel Hakeme Başvuruları

Taraflar toplu menfaat uyuşmazlığının her safhasında anlaşarak özel hakeme başvurabilirler. Taraflar, özel hakeme başvurma konusunda yazılı bir anlaşma yaparlarsa artık greve devam edemezler²⁹. Menfaat uyuşmazlıklarında özel hakeme başvurulması halinde, özel hakem kararları toplu iş sözleşmesi hükmündedir³⁰.

Ayrıca uyuşmazlığın her safhasında taraflar anlaşarak Yüksek Hakem Kurulu'nu da özel hakem olarak belirleyebilirler³¹. Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında çıkan uyuşmazlıkta taraflar uyuşmazlığın çözümü için özel hakeme başvuru konusunda yazılı anlaşma yaparlarsa bundan sonra arabuluculuk, grev hükümleri uygulanmaz. Özel hakeme

²⁷ “Toplu iş sözleşmesi toplu görüşmede tarafların her konuda anlaşmaları sonucu düzenlenen ve taraflar ya da yetkili temsilcileri tarafından imzalanması anında hukuken varlık kazanan sözleşmedir”, Ünal **Narmanhoğlu**, İş Hukuku II, Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. Baskı, İstanbul 2016, s. 692; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465; **Aktay**, s. 365.

²⁸ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 692; Bülent **Küpeli/Metin Ürtiş**, Türk İş Hukukunda Grev, Ankara 1996, s. 116; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 870; Melda **Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Güncelleştirilmiş 5. Baskı, Ankara 2015, s. 464; **Aktay**, s. 365.

²⁹ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465; **Aktay**, s. 365.

³⁰ **Aktay**, s. 365.

³¹ **Aktay/Arıcı/Senay Kaplan**, s. 610; **Küpeli/Ürtiş**, s. 118; İstar **Cengiz Urhanoğlu/Eda Manav**, “Türk Hukukunda Grev Yasakları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 5, s. 249; **Aktay**, s. 366; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 870; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465.

başvuru anlaşması aynı zamanda bir grev engelidir³². Özel hakem anlaşmasına rağmen devam ettirilen grev kanun dışı grev haline gelir³³.

2. İşçi Sendikası Tarafından Grevin Sona Erdirilmesi

Kanuni bir grev, greve karar vermiş işçi sendikası tarafından alınan bir kararla sona erdirilebilir. Grev kararını alma hukukumuzda işçi sendikasına bırakılmıştır. Bu durumda grev oylaması hali hariç grevi sona erdirme de sendika kararıyla mümkün olur³⁴. Konfederasyonun böyle bir yetkisi bulunmamaktadır³⁵.

Sona erdirme kararı, en geç ertesi iş günü sonuna kadar yazı ile karşı tarafa ve görevli makama bildirilir. 2822 sayılı Kanun döneminde karar o yerde yayınlanan en az bir gazetede ya da gazete yoksa mutad vasıtalarla ilan ediliyordu³⁶. 6356 sayılı Kanun'un 75. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kanuni grev karşı tarafa bildirilmekle değil işyerinde ilanın yapılması ile sona erer. İlanın gecikmesi, grevin hukuken sona erme-

³² Cengiz (Urhanoglu)/Manav, s. 249.

³³ Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 690.

³⁴ A. Murat Demircioğlu/Tankut Centel, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Baskı., İstanbul 2015, s. 363; Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 691; Mustafa Kılıçoğlu, Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999, s. 491; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 870; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 465; Narmanlioğlu, Toplu İlişkiler, s. 691; Aktay, s. 366.

³⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 465.

³⁶ Cevdet İlhan Günay, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2013, s. 401; Kılıçoğlu, s. 491; Demircioğlu/Centel, s. 363; Aktay, s. 366; Ünal Narmanlioğlu, "Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri", İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun Değerlendirilmesi Semineri, 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi İstanbul 2013, s. 108.

sini geciktirmiş olur³⁷. Grevin sona erdiğinin ilanı görevli makam tarafından yapılır³⁸.

Greve işçi sendikasının yetkili organı tarafından genellikle yönetim kurulu tarafından karar verildiğinden kaldırılması kararı da bu organ tarafından alınır³⁹.

İşçilerin kendiliğinden işbaşı yapmaları grevi sona erdirir mi erdirmez mi bunun da incelenmesi gerekir. Grev kararı sendika tarafından kaldırılmamakla birlikte işçiler işbaşı yaparlarsa grevin sona erip ermeyeceğine ilişkin Kanun'da hüküm bulunmamaktadır. Öğretide bir görüşe göre, işyerinde greve katılan işçilerin tamamının ya da tamamına yakın bir kısmının işbaşı yapması grevin sona ermesine neden olmalıdır. Aksi düşüncenin kabulü işçilerin temsil gücünü yitirmiş bir sendikanın hakiyetini altına sokulması anlamına gelir⁴⁰. Diğer bir görüşe göre ise, grevi ortadan kaldıran bir sendika kararı olmadıkça işçilerin tamamı işbaşı yaparsa bile grev devam eder⁴¹.

Kanaatimizce greve zaman içinde katılımın azalması nedeniyle grevin etkisiz kalması STİSK. m 75'de düzenlenen hüküm ile aynı değildir. Fakat fikir yönünden benzerlik göstermektedir. Bundan dolayı katılımın sayı olarak çok azaldığı, grevin etkisinin kalmadığı durumlarda sendika, işçilerin iradesine uygun davranarak grev kararını kaldırmalıdır.

³⁷ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465.

³⁸ **Aktay/Arıcı/Kaplan Senyen**, s. 609; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 691; **Demircioğlu/Centel**, s. 363; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 870; **Aktay**, s. 366.

³⁹ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 691; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 870.

⁴⁰ Kenan **Tunçomağ/Tankut Centel**, İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013, s. 483.

⁴¹ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 465.

Sendika bu yönde karar almazsa grevin mahkeme kararıyla kaldırılması düşünülebilir. Burada STİSK m. 72'ye göre grev hakkının kötüye kullanıldığı gerekçesiyle grevin durdurulması mahkemeden talep edilebilir⁴².

3. Kendiliğinden Sona Erme

Greve karar veren sendikanın kapatılması, feshedilmesi durumunda grev kendiliğinden sona erer⁴³.

a. Sendikanın Kapatılması veya Son Bulması

Bu hale grevin kendiliğinden sona ermesi denilmektedir. 6356 sayılı Kanun'un 75. maddesinin 4. fıkrasına göre; grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir nedenle kapatılması halinde grev ve alınmış bir karar varsa lokavt kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz olur (STİSK. m. 75/IV). Bu halde sendika tarafından sona erdirme yönünde bir karar alınması söz konusu olmadığı gibi bu zaten mümkün değildir⁴⁴. Bu durumda grevin sona erdiği görevli makam tarafından ilan edilir⁴⁵. Kanun hükmünün kesin ifadesine göre sendikanın tekrar faaliyete geçmesi durumunda greve devam etmek imkânının bulunmadığını söyleyebiliriz⁴⁶.

Görevli makam işyeri toplu iş sözleşmeleri için işyerinin, işletme toplu iş sözleşmesi için işletme merkezinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nü, aynı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlü-

⁴² Sur, İş Hukuku, s. 465.

⁴³ Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 465.

⁴⁴ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 465; Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693; Aktay, s. 366.

⁴⁵ Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.870; Demircioğlu/Centel, s. 363; Aktay, s. 366.

⁴⁶ Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693; Aktay, s. 366.

ğü'nün yetki alanına giren işyerleri için yapılacak grup toplu iş sözleşmelerinde bu işyerlerinin bağlı bulunduğu Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nü, birden fazla Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü'nün yetki alanına giren işyerlerini kapsayan grup toplu iş sözleşmeleri için Bakanlık ifade eder (STİSK. m. 2/I c).

Ayrıca hükümde açıklık bulunmamakla birlikte grevin ortadan kalkması durumunda toplu iş sözleşmesi yapma yetkisinin düşeceğinin de kabul edilmesi gerekir⁴⁷.

b. Sendikanın Feshedilmesi İnfisah Etmesi

Grevin kendiliğinden ortadan kalkacağı durumlardan biri de işçi sendikasının feshedilmesi, infisah etmesi halidir. Grevi uygulayan işçi sendikasının herhangi bir nedenle feshedilmesi veya infisah etmesi hallerinde grev kendiliğinden sona erer ve yetki belgesi hükümsüz olur⁴⁸.

4. Mahkeme Kararıyla Sona Erme

Grevin mahkeme kararıyla sona ermesi, işçi sendikasının üye kaybetmesi halinde mümkündür⁴⁹. 6356 sayılı Kanun'un 75. maddesinin altıncı fıkrasına göre, grevi uygulayan işçi sendikasının yetki tespiti için başvurduğu tarihte, işyerindeki üyesi işçilerin, dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde, ilgililerden biri, grevin sona

⁴⁷ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 870; Kadir Arıcı, "Toplu İş Uyuşmazlıkları, Grev, Lokavt ve Yüksek Hakem Kurulu", 2. Didim Toplantısı, Birinci Yılında 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslararası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Ekim 2013, Ankara, s. 107.

⁴⁸ Demircioğlu/Centel, s. 363; Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 691; Aktay, s. 366; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 466; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 870.

⁴⁹ Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 466; Aktay, s. 367.

erendirilmesi için mahkemeye başvurabilir. Mahkemece belirlenecek tarihte grevin sona ereceği görevli makam tarafından işyerinde ilan edilir, kanuni grev ilanının yapılması ile sona erer. Buna benzer bir düzenleme, 275 sayılı Kanun'da bulunmamaktaydı. Fakat 2822 sayılı Kanun'da yer almaktaydı. 6356 sayılı Kanunumuzda da yer almıştır. Gerçekten de üyelerinin dörtte üçünün sendikadan ayrılması durumunda sendikanın grevi devam ettirmesi zordur. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere grev uygulanan işyerinde çalışmayan sendika üyelerinin üyelikten ayrılmaları söz konusu hükmün uygulanması açısından dikkate alınmaz⁵⁰. Aynı şekilde burada kastedilen taraf sendika üyeliğidir. Bu itibarla taraf sendika üyesi olan işçilerin başka bir sendika üyeliklerini sürdürmeleri önemli değildir. Grevi uygulayan taraf sendika üyeliğinden ayrılmış olma durumu, ilgili Kanun hükmünün uygulanabilmesi için yeterlidir⁵¹.

Ayrıca işçinin sendika üyeliğinden ayrılmasının hüküm doğurabilmesi için sendikaya bildirim tarihinden itibaren bir ay geçmiş olması gerekir. Bundan dolayı yetkili mahkemenin, grevi uygulayan sendikanın, bu grevi uyguladığı işyerinde üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinin sona erip ermediğinin belirlenmesinde bu süreyi göz önünde bulundurması gerekir⁵².

6356 sayılı Kanun m. 75/VI'da sadece üyelikten ayrılma belirtilmekle birlikte sendika üyeliğinin ölüm, emekli olma, iş kolu değiştirme gibi nedenlerle sona ermesi hallerini de bu kapsamda düşünmek müm-

⁵⁰ Haluk Hadi **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, 6. Baskı, Ankara 2016, s. 600; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 693; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 466.

⁵¹ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 693; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 466.

⁵² **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 600; **Narter**, s. 149.

kündür⁵³. Yargıtay da verdiği kararlarda, “mahkemece sendikanın üye sayısının dörtte üçünün üyeliklerinin istifa, iş kolu değiştirmesi, emeklilik, ölüm gibi sebeplerle sona ermesi gerekir”, diyerek bu durumu ifade etmiştir⁵⁴.

Üye sayısı azalınca, sendika işçileri temsil edemez. Böylece grev de etkisiz kalır. Bu hüküm ile grevin etkisiz kaldığı varsayılan durumlar da hâkimin müdahalesiyle grevin sona erdirilmesi mümkün kılınmıştır⁵⁵. Bu nedenlerle getirilen düzenleme yerindedir⁵⁶. Yargıtay bu konudaki kararında sendikanın işyerinde işçiler adına hareket etme gücünün ortadan kalktığını ve grevi uygulama olanağının kalmamış olduğunu bu sebeple grevin sona ermesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷. Fakat karşıt görüşe göre ise, bu hüküm ile grev hakkının kullanılması mahkeme kararıyla engellenmekte işverenin kötüye kullanımına neden olmaktadır. Yine bu görüşe göre, hüküm sendikaya ait bir hakkın yargı kararıyla kaldırılmasına neden olmaktadır. İşçilere greve katılma veya kaldırabilme yetkisinin verilmesi sendika özgürlüğünü zedeleyebilir. Özellikle küçük işyerlerinde işverenin zorlaması ile sendikadan çekilen işçilerin toplam üyelerin

⁵³ **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 600; Karşı görüşe göre ise, “Gerçekten öncelikle üyelikten ayrılma işçinin bir işlemidir ve uygulamada da üyelikten ayrılma ile üyelikten istifa eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Ayrıca ayrılma kavramı işçinin doğrudan yaptığı bir işlemi ifade etmektedir ve üyeliğin işçinin doğrudan yaptığı bir işlemle sona erdiği tek hal, üyelikten istifadır. Kaldı ki bu görüş hükmün gerekçesine daha uyumludur. Çünkü üyelikten istifa işçinin kendi iradesiyle sendikadan desteğini çektiğini gösteren bir sona erme halidir, Ömer **Ekmekçi**, “Yasal Grevin Üye Kaybı Nedeniyle Mahkemece Sona Erdirilmesinin Koşulları ve Bunun Yetki Belgesine Etkisi”, Legal Yargıtay Kararları İncelemesi, 2006/2, s. 228; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 466; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 871.

⁵⁴ **Y9HD**; 2009/33838, 2009/27396, 15.09.2009; **Y9HD**; 2010/6874, 2010/5636, 02.03.2010, **Narter**, s. 159.

⁵⁵ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 871; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 693; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 466; **Aktay**, s. 367.

⁵⁶ **Günay**, s. 403; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 468.

⁵⁷ **Y9HD**; 1998/15964, 1998/15467, 02.11.1998, Çimento İşveren Dergisi, Ocak 1991, s. 41.

dörtte üçünü teşkil etmesi mümkündür. Grev oylamasında işçilerin greve hayır demelerini sağlayabilmeleri için yapılan baskılar küçük işyerleri için önemli bir sorun iken bu hususta işverene ikinci bir imkân yaratmak işçi işveren ilişkileri açısından yararlı değildir⁵⁸. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü etkisi kalmamış bir grevin devam ettirilmesinde işçilerin ya da işverenin çıkarı bulunmamaktadır⁵⁹.

Grevin mahkeme kararıyla sona erdirilmesi için kimlerin başvuruda bulunabileceği Kanun'da sayılmamış sadece ilgililerden birinin başvuruda bulunabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir durumda, işveren sendikası ya da sendikaya üye olmayan işveren grevin sona erdirilmesini isteyebileceği gibi işyerinde greve katılan ya da katılmayan işçiler de dava yoluyla grevin sona erdirilmesini isteyebilirler⁶⁰. Greviden etkilenen herkes yani grevin uygulandığı işyerinde çalışan işçiler, işveren ya da üyesi bulunduğu işveren sendikası, ilgili kavramına dâhildir⁶¹. Başvuru-
lacak mahkeme STİSK. m. 79 çerçevesinde belirlenir. Mahkeme kararı

⁵⁸ Metin **Kutsal**, “2822 Sayılı Yasada Grev Sırasında Çalışma Özgürlüğü ve Grevin Sona Erdirilmesi”, İktisat ve Maliye Dergisi, s. 530.

⁵⁹ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 468; **Demircioğlu/Centel**, s. 364; Bir olayda, greve katılacak işçi sayısı iki kişidir, bunlar grevin uygulanmaya konulacağı tarihten önce devamsızlık nedeniyle işten çıkarılmışlardır ve işyerinde sendikanın greve katılacak hiçbir üyesi kalmamıştır. Yargıtay, “Burada önemli olan sendikanın artık işçiler adına hareket gücünün ortadan kalkmasıdır. Davalı sendikanın grevi uygulama olanağı kalmamış olmakla grevin kaldırılmasına karar verilmesi gerekir”, **Y9HD**; 15964, 15467, 02.11.1998, **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 683, sonucuna ulaşmıştır. Bir iş mahkemesi kararında da şöyle denilmektedir, “...2822 sayılı Yasanın 51. maddesi gereğince davacı ...işyerinde ...sendikasıncı 05.03.1987 tarihinde uygulanmaya konulan greve katılan davalı...sendikası üyesi işçilerin ¾’ünün sendikadan istifa ile ayrıldıkları tespit edilmekle bu işyerinde uygulanmakta olan grevin kaldırılmasına karar verildi”, Kayseri İş Mahkemesi, 987/15, 04.06.1987, **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 695.

⁶⁰ **Aktay**, s. 367; **Günay**, s. 403; **Kılıçoğlu**, s. 492; **Küpeli/Ürtiş**, s. 119; **Demircioğlu/Centel**, s. 364; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 467; **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 600; **Narter**, s. 149.

⁶¹ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 693.

temyiz olunabilir⁶². Bu hükmün uygulanabilmesi için greve karar verilmiş olması yeterli değildir aynı zamanda grevin işyerinde uygulanmaya başlanmış olması gerekir. Çünkü grev başlamadan işçilerin ne kadarının greve katılacağı bilinemez⁶³. Yargıtay da “2822 sayılı Kanununun 51. maddesine göre, grevin sona erdirilmesinin istenebilmesi için grevin uygulanmaya başlamış olması gerekmektedir. Oysa grev kararının henüz uygulanmaya konulmadığı anlaşılmaktadır. Böylece grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurma şartı gerçekleşmemiştir. İsteğin bu bakımdan reddine karar vermek gerekir. Kaldı ki, sendikadan istifalarının 17 ila 20 Temmuz 1990 tarihleri arasında yapıldığı ve dava tarihine göre, hatta grevin uygulamaya konulacağı bildirilen 17.9.1990 tarihine kadar 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 25. maddesinde öngörülen üç aylık süre de dolmamıştır. Sözü edilen tarihler itibariyle üyelikler geçerlidir. İstek bu bakımdan da yerinde değildir. O halde davanın reddine karar vermek gerekmekte olup, yazılı şekilde aksine hüküm tesisi bozmayı icap ettirmiştir”⁶⁴, şeklinde karar vererek grevin sona erdirilmesinin istenebilmesi için grevin uygulanmaya başlamış olması gerektiğini ifade etmiştir.

Burada işçi sendikasının bütün üyelerinin değil yetki tespiti için Bakanlığa başvurulduğu tarihte grev uygulanan işyerinde çalışan üyelerinin dörtte üçünün üyelikten ayrılmış olması gerekir. İşyerinden ayrılmış olan ya da geçici işsiz kalmış olan işçiler, sendika üyelikleri devam etse bile dörtte üçlük oranın hesabında üye olarak dikkate alınamazlar⁶⁵. Fakat geçici iş ilişkisi kurularak bir başka işyerine gönderilen işçiler hesaba

⁶² Günay, s. 403; Kılıçoğlu, s. 492; Küpeli/Ürtiş, s. 119; Demircioğlu/Centel, s. 364.

⁶³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 466.

⁶⁴ Y9HD; 1990/19612, 1990/10153, 12.10.1990, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 466; Narmanlıoğlu, Toplu İlişkiler, s. 693.

katılmalıdır⁶⁶. Yargıtay da eski tarihli bir kararında, grev uygulayan sendikanın işyerinde çalışan üyesi kalmadığından işyerinden ayrılan işçilerin üyelikleri devam etse bile artık sendikanın işyerinde grevi uygulama gücü ve olanağı kalmadığı ve grevin kaldırılması gerektiği sonucuna varmıştır⁶⁷.

Diğer bir olayda Yargıtay 9.HD, grevin uygulandığı sırada sendikanın yetki başvurusunda bulunduğu tarihe göre işyerinde sahip olduğu üye sayısının dörtte üçünden fazlasını kaybettiği tespit edildiği ve çoğunluğu kaybeden bir sendikanın işyerinde grevi sürdürmesinin çalışma barışını sarsıcı nitelikte bulunduğundan grevin durdurulması kararına hükmeden Edirne İş Mahkemesinin 16.06.2006 tarihli kararını onamıştır⁶⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 15.09.2009 tarihli kararında da somut olayda grevin işletmeye dâhil işyerlerinde ilan edildiği tarihte davalı sendikanın işletmede çalışan üye sayısının tespit edilip bu tarihten grevin sona erdirilmesinin talep edildiği 18.02.2009 dava tarihine kadar üyelerin dörtte üçünün üyelikten ayrılıp ayrılmadığının saptanması daha sonra üye sayısındaki azalmanın işletmede uygulanmakta olan grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılması gerektiğine eğer üye sayısının dörtte üçünün üyelikten ayrılması grevi etkisiz kılmakta ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesine yoksa davanın reddine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁶⁹.

⁶⁶ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 466.

⁶⁷ **Y9HD**; 15964/15467, 02.11.1998, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 467.

⁶⁸ **Y9HD**; 21229/ 21295, 19.07.2006, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 467.

⁶⁹ **Y9HD**; 33838/ 27396, 15.09.2009, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 468.

Sendikanın üye sayısının dörtte üçünde meydana gelen azalma halinde, direk grevin sona erdirilmesine mi karar verilmesi gerektiği yoksa söz konusu azalmanın grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılmasının mı gerekli olduğu öğretide tartışmalıdır. Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın kararına göre, dava tarihine kadar üyelerin dörtte üçünün üyelikten ayrılıp ayrılmadığının saptanması, daha sonra üye sayısındaki bu azalmanın işletmede uygulanmakta olan grevi etkisiz hale getirip getirmediğinin araştırılması gerekmektedir. Eğer üye sayısının dörtte üçünün üyelikten ayrılması, grevi etkisiz kılmakta ise uygulanmakta olan grevin sona erdirilmesi aksi halde ise davanın reddine karar verilmelidir. Öğretideki bir görüşe göre de, her ne kadar madde metninde grevin etkisiz kalması unsuru yer almamış olsa da sendikanın üye kaybı her zaman grevi etkisiz bırakacak bir durum olmadığından, sendikanın işyerinde dörtte üç oranında üye kaybıyla yetinilmeyip aynı zamanda üye kaybı nedeniyle grevin etkisiz kalıp kalmadığı da araştırılmalıdır⁷⁰. Bu görüşe katılmak mümkün değildir. Kanun'un açık hükmüne göre, ilgililerin talepte bulunabilmeleri ve mahkemenin grevin sona erdirilmesine ilişkin karar verebilmesi için sendikanın üyelerinin dörtte üçünün üyelikten ayrılması yeterlidir. Üyelikten ayrılmanın grevi etkisiz hale getirip getirme-

⁷⁰ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 468; **Narmanhoğlu**, *Toplu İlişkiler*, s. 695; Aynı görüş, “Her ne kadar madde metninde grevin etkisiz kalması unsuru yer almamış ise de sendikanın üye kaybı her zaman grevi etkisiz bırakacak bir durum olmadığından (çünkü greve katılmak için sendika üyesi olmak şart olmadığı gibi, az sayıda fakat kilit noktadaki işçilerin grev uygulaması grevi etkili kılabilir) sendikanın işyerinde dörtte üç üye kaybı araştırmasıyla yetinmeyip grevin etkisiz kalıp kalmadığı da ayrıca araştırılmalıdır. Bu sonuç maddenin amacına daha uygun düşer”, A. Can **Tuncay**, *Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Türk Milli Komitesi, Kamu-İş Eğitim Yayını, Ankara 2011, s. 278.

diğini araştırmaya gerek yoktur. Aksi düşüncenin kabulü ilgili Kanun hükmünün uygulanmasını büyük oranda zorlaştırır⁷¹.

Burada iki önemli nokta daha bulunmaktadır. Birincisi dörtte üçlük oranın hesabında sendikanın işyerindeki hangi tarihteki üye sayısının esas alınacağı noktasıdır. Diğeri ise sendikadan ayrılımların hangi tarihe göre tespit edileceğidir. Bu konularda 2822 sayılı Kanun'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bu nedenle 2822 sayılı Kanun döneminde çeşitli tartışmalar ortaya atılmıştır. Bir görüş, dörtte üç için tespitinde esas alınacak üye tam sayısının, grevin ilan tarihindeki üye sayısı değil Bakanlığa yetki başvurusu yapıldığı tarihteki üye sayısının olması gerektiğini, ileri sürmüştü⁷². Yargıtay da bir kararında dörtte üçlük üye kaybının belirlenmesinde ilgilinin grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurduğu tarihin esas alınması gerektiğini ifade etmişti⁷³. Bir başka kararında ise dörtte üçlük oranın tespitinin grevin ilan tarihine göre belirlenmesi gerektiğini belirtmişti⁷⁴.

Fakat 6356 sayılı Kanun, bu konudaki tartışmaları ortadan kaldırarak yetki tespiti için Bakanlığa başvuru tarihini esas almıştır⁷⁵. Yeni

⁷¹ Yine aynı görüşe göre de “Yüksek Mahkeme açıkça hüküm olan yerlerde genişletme yaparak bir yorumlamada bulunamaz. Zaten maddenin getirilişindeki amaç bu kadar çok üyenin ayrılmış olmasının grevi etkisiz kıldığıdır. Hâkimin ayrıca bu kadar çok işçinin ayrılması grevi etkisiz kılmış mıdır yoksa kılmamış mıdır şeklinde bir araştırma yapması kanunun ruhuna uymamaktadır. Kaldı ki bu kadar çok kişi ayrılmışsa zaten amaçlanan şey gerçekleşmiş demektir. Burada artık grevin etkisiz kılınıp kılınmadığının araştırılmasına gerek yoktur”, Şerafettin Güler, “Sendikanın Üye Kaybı Sebebiyle Yasal Grevin Mahkemece Sona Erdirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Sayı 30, s. 305.

⁷² Tuncay, s. 279.

⁷³ Y9HD; 21229/21295, 19.07.2006, Çalışma ve Toplum, 2005/4, s. 243.

⁷⁴ Y9HD; 33838/27396, 15.09.2009, Tuncay/Savaş Kutsal, s. 468.

⁷⁵ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 468; Melda Sur, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum,

düzenleme bu konudaki tereddütlerin giderilmesi açısından yararlı olmuştur⁷⁶. Üye kaybı da davanın açıldığı tarih itibariyle saptanmalıdır⁷⁷. Buradan hareketle yetki tespiti için başvuru anından önceki üyelikten ayrılmaların ve yetki tespiti başvurusundan sonraki üye kazanımlarının dikkate alınmayacağı söylenebilir⁷⁸.

Ayrıca burada Kanun'a uygun olarak uygulanan bir grevin çok uzun sürmesi durumunda hakkın kötüye kullanıldığı sebebiyle mahkeme tarafından durdurulabilip durdurulamayacağı üzerinde durulması gerekir. 2822 sayılı Kanun'a ilişkin tasarı hakkında görüş bildiren işveren çevreleri o dönemde böyle bir hükmün Kanun'a koyulmasını teklif etmişlerdi. Buna göre, "belli ve makul süreyi aşan grevlerin amacını aşan grevler olduğu kabul edilmeli ve bu makul sürenin sonunda eğer grevler devam ediyorsa, bunun bir hakkın suiistimali olduğu görüşünden hareketle, tarafsız organlarca sona erdirilmesi yoluna gidilmelidir". Fakat 2822 ve 6356 sayılı Kanunlarda bu şekilde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Böyle bir düzenleme pozitif hukukta dayanak bulmayacağı gibi grev hakkına da ters düşmektedir. Kanun'a uygun olarak karar verilen ve Kanun'un belirlediği çerçevede uygulanan bir greve uzun sürmesi nedeniyle müdahale edilmesi söz konusu olamaz. Önemli olan grevin uygulanmasının ve devamının dürüstlük kurallarına uygun olmasıdır⁷⁹.

2013/IV-39, s. 358; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 870; **Narmanhoğlu**, Toplu İş Uyuşmazlıkları, s. 109; **Şen**, s. 127; **Sur**, İş Hukuku, s. 464.

⁷⁶ Nüvit **Gerek**, "6356 Sayılı Kanununun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler", Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 24, Sayı6/Cilt 25, Sayı 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013, s. 14.

⁷⁷ **Sur**, İş Hukuku, s. 464.

⁷⁸ **Narter**, s. 149.

⁷⁹ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 695.

5. Grevin Durdurulması

Karar alınmış veya uygulanmaya başlanmış bir grev, bazı hallerin gerçekleşmesi durumunda mahkeme kararıyla durdurulabilir⁸⁰. 6356 sayılı Kanun madde 71 ve madde 72 'de bu hallere ilişkin düzenleme getirmiştir. Mahkemenin uygulanmakta olan bir grevi durdurabileceği bir hal, STİSK. m. 71/II'de düzenlenmiştir. Burada tarafların her birinin karar verilen ya da uygulanmakta olan bir grevin kanun dışı olup olmadığının tespitini her zaman mahkemeden talep edebileceği mahkemenin bir ay içinde karar vereceği, kararın temyizi halinde kararı Yargıtay'ın bir ay içinde kesin karara bağlayacağı, verilecek kararın tarafları, işçi ve işveren sendikasının üyelerini bağlayacağı ve ceza davaları için kesin delil teşkil edeceği düzenlenmektedir. Buna göre, bir grevin kanun dışı olup olmadığı hususunda açılan tespit davasında hâkim tespit kararının kesinleşmesine kadar dava konusu grevin tedbir olarak durdurulmasına karar verebilir. Bu durdurma kararı tespit kararıdır, dava da tespit davasıdır⁸¹. Mahkemenin durdurma kararına rağmen grev uygulanırsa artık kanun dışı grev haline gelir⁸². Kanun dışı grevin işçi sendikası, işveren ve işçiler üzerindeki ağır sonuçları olduğundan karar verilen ya da uygulanmakta olan grevin kanun dışı olup olmadığının mahkeme kararıyla tespiti oldukça yararlıdır. Mahkeme tarafından kanuni olduğu belirlenen greve katılanlar kendilerini daha güvende hissederler ve grevi bu şekilde sürdü-

⁸⁰ Aktay, s. 354; Sümer, İş Hukuku, s. 285; Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 685; Pınar, s. 70.

⁸¹ Aktay, s. 354; Kandemir, Grev Hakkı, s. 156; Pınar, s. 74.

⁸² Sümer, İş Hukuku, s. 286; Aktay, s. 354; Narmanhoğlu, Toplu İlişkiler, s. 685; Kandemir, Grev Hakkı, s. 156; Pınar, s. 71.

rebilirler, fakat kanun dışı kabul edilen bir greve katılanlar ise bu durumu öğrendikleri andan itibaren bu eylemden vazgeçebilirler⁸³.

Ayrıca STİSK. m. 72’de mahkemenin grevi durdurma kararı vermesi düzenlenmiştir. Buna göre mahkemenin bir grev hakkında durdurma kararı verebilmesi grev hakkının iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılması halinde mümkündür. Bu durumda, uygulanan grev bir tarafın veya Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın başvurusu üzerine görevli makamın bulunduğu yerdeki iş davalarına bakmakla görevli iş mahkemesinin kararıyla durdurulur. Burada grev hakkının kötüye kullanılması söz konusudur⁸⁴. Fakat STİSK. m. 72/I’deki grevle kanun dışı grevi karıştırmamak gerekir. Burada belirtilen grev, mesleki amaçla ve kanun hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilen grevdir. Burada grevin iyi niyet kurallarına aykırı tarzda, toplum zararına ve milli serveti tahrip edecek şekilde kullanılıp kullanılmadığının tespiti sorun yaratabilir. Belirtilen kavramlar soyut kavramlar olduğundan hakime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır⁸⁵. Hâkimin uygulanmakta olan kanuni bir grevde grev hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığını somut olayın şartlarına göre değerlendirmesi gerekir⁸⁶. Hakim işyeri ve mahallin özelliğine göre somut olayda makul ölçüyü aşan bir zararın bulunup bulunmadığını araştırıp karar verir⁸⁷. Grev, işçi sendikasının karşı tarafın tekliflerini kabul etmesini sağlamaya yönelik anayasal bir haktır. Dolayısıyla söz konusu hakkın amacına uygun olarak kullanılması gerekir. İşveren sendikasının, işçi sendikasının

⁸³ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 436.

⁸⁴ **Sümer**, İş Hukuku, s. 285; **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 685.

⁸⁵ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 868.

⁸⁶ **Sümer**, İş Hukuku, s. 286.

⁸⁷ **Sur**, İş Hukuku, s. 422.

tüm tekliflerini kabul etmesine rağmen işçi sendikasının grevi devam ettirmesi grev hakkının kötüye kullanılması teşkil eder ve bu durumda mahkemeden grevin durdurulması istenilebilir⁸⁸. Aynı şekilde rakip firmanın teşvikiyle işletmeye zarar vermek amacıyla yapılan grevler de iyi niyet kurallarına aykırı kabul edilebilir⁸⁹. Yargıtay'a göre grev kapsamındaki işyerinin kapatılıp aynı işlerin başka bir adreste başka bir kişiye ait işyerine nakledilmesi suretiyle grevin engellenmek istenmesi yasaya karşı hile durumunu oluşturur⁹⁰. Burada grev yaparken tarafların amacı önemlidir. Kanuni bir grev uygulayan sendika, üyelerinin ekonomik ve sosyal durumlarını düzeltme ve koruma amacı güdüyorsa bu grev işvereni zarara uğratsa da grev hakkının kötüye kullanıldığından söz edilmez. Fakat işçi sendikası işverenin mali gücünün üstünde taleplerde bulunuyorsa ya da çok önemsiz bir nokta yüzünden analaşmazlığı devam ettiriyorsa bu durumda grev hakkının kötüye kullanıldığından söz edebiliriz⁹¹. Ayrıca burada başlamış olan bir grev vardır. Grevin uygulamasına başlanmadan alınmış bir grev kararının kötüye kullanılması ihtimali üzerine durdurma kararı verilmez⁹².

Mahkemenin grevi durdurma kararına rağmen greve devam edilmesi durumunda yapılan grev kanun dışı grev haline gelir⁹³.

6. İşyerinin İşveren Tarafından Kapatılması

⁸⁸ **Sümer**, İş Hukuku Uygulamaları, s. 573.

⁸⁹ **Sur**, İş Hukuku, s. 422.

⁹⁰ **Y9HD**; 4478/22150, 06.10.2004, Yargıtay Kararları Dergisi, Şubat 2005, s. 206.

⁹¹ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 434.

⁹² **Aktay**, s. 355.

⁹³ **Narmanhoğlu**, Toplu İlişkiler, s. 685; **Sur**, İş Hukuku, s. 423.

Grev sırasında işverenin işyerini kapatmasının grevi sona erdirip erdirmediğinin incelenmesi gerekir. İşyerinin kapatılması grevin devam etmesini engeller. Prensip olarak işyerini kapatma işverenin serbestçe kullanabileceği bir özgürlüktür. İşveren dilediği zaman işyerini kapatarak işine son verebilir. Yargıtay'a göre ise işverenin işyerini kapatma isteği gerçek ve samimi ise işyerinin kapatılmasıyla grevin sona erdiğini kabul etmek gerekir⁹⁴. Buna karşılık bazen işverenlerin grev esnasında grevi etkisiz hale getirmek ve grev nedeniyle meydana gelecek zararları önlemek amacıyla işyerlerini kapattıkları görülmektedir. İşverenlerin bu tarz davranışları grev hakkını zedelemektedir. Yargıtay kararına göre de bu duruma kanun dışı lokavtın yaptırımının uygulanması doğru olur⁹⁵. Yargıtay kararından hareketle işverenin işçilere ya da grev kararı alan sendikaya tepki olarak grev devam ederken işyerini kapatmasının grev hakkının kötüye kullanılması teşkil ettiğini ifade edebiliriz.

Grev devam ederken iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde ise grev esnasında iş sözleşmesi askıda olduğundan fesih bildirimini grev sona erdikten sonra hüküm ifade edeceğinden işverenin bu şekilde fesih bildiriyle grevi sona erdiremeyeceğini söyleyebiliriz⁹⁶.

IV. KANUNİ GREVİN SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Kanuni grev, sendika tarafından grevin kaldırılmasının ilan edilmesiyle son bulur⁹⁷. Grevin sona ermesi ile birlikte iş sözleşmesindeki askı hali ortadan kalkar. İş sözleşmesinden kaynaklanan borçlar yeniden

⁹⁴ **Y9HD**; 13656/31145, 20.05.1975, **Sur**, İş Hukuku, s. 466.

⁹⁵ **Y9HD**; 33962/8378, 16.04.1996, *Tekstil İşveren Dergisi*, Ağustos 1996, s. 15.

⁹⁶ **Sur**, İş Hukuku, s. 467.

⁹⁷ **Sur**, İş Hukuku, s. 467.

yürürlük kazanır ve işçi iş görme borcunu yerine getirmeye işveren de ücret ödemeye başlar. İş sözleşmesinden kaynaklanan borçların askıda kalmasına bağlı bütün sonuçlar ortadan kalkar⁹⁸. Bildirim süreleri işleme başlar, ücretten sigorta primi, sendika üyelik ve dayanışma aidatı kesme yükümlülüğü tekrar başlar⁹⁹. Grev, toplu iş sözleşmesinin imzalanması nedeniyle sona ermişse ve anlaşma sonucu ücretlerde artış sağlanmışsa işçilere zamlı ücretler ödenir¹⁰⁰.

Grevin sona ermesine rağmen, bir grup işçi greve devam etmek niyetiyle işlerine başlamazlarsa, işçilerin bu davranışları kanun dışı grev teşkil eder. Fakat işçilerin işlerine başlamamaları greve devam etmek niyeti dışında başka birtakım sebeplere dayanıyorsa bu durumda işçilerin devamsızlığına ilişkin hükümler uygulanır¹⁰¹. Örneğin işçiler kanuni grevin sona erdiğini bilmiyorlarsa devamsızlığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir¹⁰². İşveren, İş K. m. 25/II-g, Deniz İş Kanunu m. 14/I ya da TBK. m. 437'ye göre bu işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebilir. Fakat grevin sona erdiğinden haklı bir sebeple haberi olmayan, bundan dolayı işe başlamayan işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle sona erdirmek doğru olmaz¹⁰³. Yargıtay'a göre, grev ve lokavt uygulaması nedeniyle iş sözleşmesi askıda olan işçinin grev ve lokavtın son bulma-

⁹⁸ Sümer, İş Hukuku, s. 297; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 469; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 871.

⁹⁹ Sümer, İş Hukuku, s. 297.

¹⁰⁰ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 469.

¹⁰¹ Sümer, İş Hukuku, s. 297; Sur, İş Hukuku, s. 467; Tuncay/Savaş Kutsal, s. 469.

¹⁰² Sümer, İş Hukuku, s. 297.

¹⁰³ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 469.

sıyla çalışmak için başvuruda bulunduğu halde işe alınmadığına ilişkin iddiası konusunda ispat yükü kendisine düşer¹⁰⁴.

Grevin sona ermesine ve işçilerin işe başlamak istemelerine rağmen işveren işçilerin çalışmalarına engel olursa işverenin bu tutumu işverinde uygulanmakta olan kanuni lokavt kararı yoksa kanun dışı lokavt teşkil eder. İşveren sadece bazı işçilerin işlerine başlamalarına engel olursa böyle bir durumda ise TBK. m. 408'e göre işverenin temerrüdü söz konusu olur¹⁰⁵. İşverenin, işçiye iş görmemesine karşılık ücret ödemesi gerekir¹⁰⁶.

Sonuç

Alınmış ve uygulamaya konulmuş bir grev kararı tarafların amaçlarının gerçekleşmesi ya da başka bazı hallerin gerçekleşmesi ile sona erebilir. Grev işçilerin işverene baskı yaparak isteklerini elde etmeleri amacıyla yönelik bir eylemdir. Taraflar karşılıklı istekleri konusunda anlaşmaya varırlarsa toplu iş sözleşmesine ulaşılmış olur. Bu durumda anlaşarak grevi sona erdirebilirler. İşçi sendikası almış olduğu grev kararını kendisi ortadan kaldırabilir. Bunun için işçi sendikası almış olduğu grevi sona erdirme kararını en geç ertesi iş günü sonuna kadar yazı ile karşı tarafa ve görevli makama bildirir. Taraflar anlaşarak toplu menfaat uyuşmazlığının her safhasında özel hakeme başvurabilirler. Eğer taraflar özel hakeme başvurma konusunda anlaşma yapmışlarsa greve devam edemezler. Menfaat uyuşmazlıklarında özel hakem kararları toplu iş söz-

¹⁰⁴ **Y9HD**; 1997/4247, 1997/9136, 15.05.1997, Tekstil İşveren Dergisi, Ağust Nos 1999, s. 15-16.

¹⁰⁵ **Sümer**, İş Hukuku, s. 297; **Sur**, İş Hukuku, s. 467; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 469.

¹⁰⁶ **Sur**, İş Hukuku, s. 467; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s. 469.

leşmesi hükmündedir. İşçi sendikasının herhangi bir sebeple kapatılması, feshedilmesi ya da infisahı veya faaliyetinin mahkeme kararıyla durdurulmuş olması hallerinde grev kararı kendiliğinden sona erer, işçi sendikasının yetki belgesi de hükümsüz kalır. 6356 sayılı Kanun grevin ancak belirli sayıda sendika üyesi tarafından desteklenmesi ile uygulanabileceğini kabul etmektedir. Bundan dolayı grevi uygulayan sendikanın yetki tespiti için başvurduğu tarihte işyerindeki üyesi işçilerin dörtte üçünün sendika üyeliğinden ayrıldıklarının tespiti halinde ilgililerden birinin grevin sona erdirilmesi için mahkemeye başvurabileceği kabul edilmiştir. Bu durumda mahkeme tarafından belirlenecek tarihte grev sona erer.

Kaynakça

Aktay , A. Nizamettin : Toplu İş Hukuku, 6552 sayılı İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması İle Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun İle 22.10.2014 tarihli Anayasa Mahkemesi iptal kararları işlenmiştir, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ekli, 1. B., Ankara 2015.

Aktay , A. Nizamettin/Arıcı , Kadir /Kaplan Senyen , Emine Tuncay : İş Hukuku, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa Göre Yenilenmiş 6. B., Ankara 2013.

Arıcı , Kadir : “Toplu İş Uyuşmazlıkları, Grev, Lokavt ve Yüksek Hakem Kurulu”, 2. Didim Toplantısı, Birinci Yılında 6356 sayılı Sendi-

kalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu ve Uluslararası Sendikal Örgütler Sempozyumu, Ekim 2013, Ankara.

Bozkurt Yüksel , Armağan Ebru : “Hukuki Grev Kavramı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2010, Sayı 20.

Caniklioğlu , Nurşen : “6356 Sayılı Kanuna Göre Grev Yasakları ve Grevin Ertelenmesi”, Çalışma ve Toplum 2013/4, 39.

Cengiz Urhanoğlu , İftar/Manav , Eda : “Türk Hukukunda Grev Yasakları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt 1, Yıl 2, Sayı 5.

Çelik , Nuri/Caniklioğlu , Nurşen/Canbolat , Talat : İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 29. B., İstanbul 2016.

Çifter , Algun : “Yasal Grev ve Unsurları”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Dergisi,

<http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423905102.pdf>, erişim tarihi, 30.03.2017.

Dayıgilli , Haluk : “Grev Hakkına Dair”, Çalışma ve Toplum, 2007/1, 12.

Demircioğlu , A. Murat/Centel , Tankut : İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. B., İstanbul 2015.

Ekmekçi , Ömer : “Yasal Grevin Üye Kaybı Nedeniyle Mahkemece Sona Erdirilmesinin Koşulları ve Bunun Yetki Belgesine Etkisi”, Legal Yargıtay Kararları İncelemesi, 2006/2.

Gerek , Nüvit : “6356 Sayılı Kanunun Grev ve Lokavt Konusunda Öngördüğü Değişiklikler”, Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 24, Sayı6/Cilt 25, Sayı 1-2, Mayıs-Ağustos-Kasım 2013.

Güler , Şerafettin : “Sendikannın Üye Kaybı Sebebiyle Yasal Grevin Mahkemece Sona Erdirilmesi”, Çalışma ve Toplum, Sayı 30.

Günay , Cevdet İlhan : İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 4. B., Ankara 2013.

Gündüz , Selim : Türkiye’de Hükümetlerin Grev Hakkına Müdahalesi (1983-1992), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Endüstri İlişkileri Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.

Gündüz , Selim/Demir , Özcan : “Türkiye’de Grev Ertelemelerinin Yasal Düzeni”, Doğu Anadolu Bölgesi Araştırmaları 2007.

Güzel , Mehmet Şehmus : Grev, Grevin Yapısal ve İşlevsel Açından İrdelenmesine Katkı, Ankara 1980.

Işık , Rüçhan : İşçi Sendikalarının Faaliyetlerinin Hukuksal Çerçevesi, Ankara 1977.

Kandemir , Murat : Grev Hakkının Kötüye Kullanılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Tezi, İstanbul 1998. (Grev Hakkı)

Kandemir , Murat : “Yasal Greve Katılmak İstemeyen İşçiler ve İşverenin Çalıştırma Serbestisi ve Sınırları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 80.Yıl Armağanı, Cilt 54, Sayı 4, 2005.

Kandemir , Murat : “Grev Hakkı ve Sınırlandırılması”, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011.

Kılıçoğlu , Mustafa : Sendikalar Hukuku ve Toplu İş Uyuşmazlıkları, Ankara 1999.

Kutal , Metin : “2822 Sayılı Yasada Grev Sırasında Çalışma Özgürlüğü ve Grevin Sona Erdirilmesi”, İktisat ve Maliye Dergisi.

Kümbül Güler , Burcu : “Psiko-Sosyal Boyutuyla Grev”, Çalışma ve Toplum, 2012/1, 32.

Küpelı , Bülent /Ürtiş , Metin : Türk İş Hukukunda Grev, Ankara 1996.

Narmanlıoğlu , Ünal : Grev, Ankara 1990.

Narmanlıoğlu , Ünal : İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, Yeni Mevzuata Göre Yazılmış 3. B, İzmir 2016. (Toplu İlişkiler)

Narmanlıoğlu , Ünal : “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Toplu İş Uyuşmazlıklarına İlişkin Yeni Hükümleri”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar (3), 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Seminer 22 Aralık 2012, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, İstanbul 2013. (Toplu İş Uyuşmazlıkları)

Narter , Sami : “Grevin Mahkeme Kararıyla Sona Erdirilmesi Konusunda Kanunda Bulunan Boşluk ve Yetki Belgesine Etkisi”, Karatahta İş Yazıları Dergisi, Nisan 2016, Sayı 4.

Odabaşı Sadiye : Türk Hukukunda Grev Hakkının Sınırlandırılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi Bölümü Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997.

Özdemir , M. Çağlar : “İş Mücadelesine Katılmayan İşçilerin Hukuki Durumları”, Kamu-İş, C:7, S: 2/2003.

Özkan , Cahit : “Yasal Grevde Amaç Unsuru”,

www.cahitozkan.av.tr/.../Yasal%20Grevde%20Amac%20Unsuru.doc, www.cahitozkanav.tr, erişim tarihi 31.03.2017.

Öztürk , Berna : “Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı”, Çalışma ve Toplum, 2016/4, 51.

Pınar , Özge : Grev Hakkının Kötüye Kullanılması, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.

Seyfettinoğlu , Ümit K./Mert , Mehmet/Duman (Ayoğlu) , Damla : “Türkiye’de Grevler ve İşsizlik”, <http://www.sosyalhaklar.net/2009/bildiri/seyfettinoglu.pdf>, erişim tarihi 08.08.2017.

Sur , Melda : Grev Kavramı, İzmir 1987.

Sur , Melda : İş Hukuku Toplu İlişkiler, 5. B., Ankara 2015. (İş Hukuku)

Sur , Melda : “Uluslararası Normlar ve 6356 Sayılı Kanunun Toplu İş Sözleşmeleri ve Grev Hakkındaki Hükümleri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 15, Özel Sayı 2.

Sur , Melda : “Siyasi Grev”, Çalışma ve Toplum, 2009/4, 23. (Siyasi Grev)

Sur , Melda : “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun Uluslararası Normlar Açısından Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2013/IV-39.

Sülker , Kemal : Türkiye’de Grev Hakkı ve Grevler, İstanbul 1976.

Sümer , Haluk Hadi : İş Hukuku, 23. B., Ankara 2018. (İş Hukuku)

Sümer , Haluk Hadi : İş Hukuku Uygulamaları, 6. B., Ankara 2016. (İş Hukuku Uygulamaları)

Şakar , Müjdat : İş Hukuku Uygulaması, Bireysel ve Toplu İş Hukuku Basın İş Hukuku Deniz İş Hukuku, İstanbul 2005.

Şen , Murat : “6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun Grev ve Lokavt Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Öz İplik-İş Sendikası ve Yeni Yüzyıl Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tarafından Düzenlenen 30. Yılında Yeni Toplu İş Hukuku Düzeni Konferansı, Tebliğler ve Görüşler, İstanbul 2013.

Tuna , Orhan : Grev Hakkı İş Mücadelelerinde Yeri Ve Ehemmiyeti, İstanbul 1951.

Tuncay , A. Can/Savaş Kutsal , Burcu : Toplu İş Hukuku, 5. B., İstanbul 2016.

Tuncay , A. Can : Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirmesi 2009, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği Türk Milli Komitesi, Kamu-İş Eğitim Yayını, Ankara 2011.

Tunçomağ , Kenan/Centel , Tankut : İş Hukukunun Esasları, 6. Baskı, İstanbul 2013.

Ulucan , Devrim : “Kanuni Grev Kararı ve Sonuçları”, Çalışma ve Toplum, 2013/4, 39.

Ünsal , Engin : “Grev Hakkının Geleceği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2011 (92).

Yıldırımoğlu , Hakan : Avrupa Birliği ve Türkiye’de Grev Yasakları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

Zincirkıran , Yavuz : Avrupa Birliği Ülkeleri İle Türkiye’de Grev Hakkı ve Grev Süreçleri, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995.

**AİLE KONUTU NİTELİĞİNİN SONA ERMESİ İLE
DİĞER EŞİN RIZASI ALINMADAN YAPILAN
TASARRUF İŞLEMİ KENDİLİĞİNDEN
GEÇERLİ HALE GELİR Mİ?**

*Dr. Öğr. Üyesi Nurcihan DALCI ÖZDOĞAN**

ÖZET

Türk Medeni Kanunu m.194 hükmü kapsamında, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, konut üzerinde ipotek (aynı zamanda TMK m.194/f.1 kapsamında yer alan diğer işlemler) kurmak isterse, diğer eşin buna açık rıza göstermesi gerekmektedir. Bu rıza işlem öncesinde, işlem sırasında veya sonrasında verilebilir. Eğer diğer eş, işlem öncesinde veya sırasında rıza göstermemişse, işlem eksik bir işlem niteliğindedir. Eş sonradan icazet verirse, işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Eş işlem sonrasında henüz icazet vermeden önce evliliğin sona ermesi veya başka bir nedenle aile konutu niteliğinin sona ermesi halinde de, işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir. Ancak eş işlem sonrasında

* Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.
Makale Geliş Tarihi: 06.07.2018
Makale Kabul Tarihi:10.09.2018

açıkça rıza vermediğini ifade etmişse, işlem kesin hükümsüz hale gelir ve bu aşamada evliliğin sona ermesi veya başka bir nedenle aile konutu niteliğinin sona ermesi, işlemi geçmişe etkili olarak geçerli hale getiremez. Böyle bir durumda kesin hükümsüz hale gelen ipotek işleminin geçersizliği ise, her zaman ileri sürülebilir.

Anahtar Kelimeler: Aile Konutu, İpotek, Tasarruf Yetkisi, Tasarruf İşlemi, Diğer Eşin Rızası.

**DOES AN ACT OF DISPOSAL PERFORMED WITHOUT
CONSENT OF THE OTHER SPOUSE BECOME VALID AUTO-
MATICALLY UPON RESIDENCE
ENDS BEING MATRIMONIAL HOME?**

ABSTRACT

As per the Article 194 of the Turkish Civil Code, if the spouse holding power of disposition of the matrimonial home intends to put hypothec on the matrimonial home, other spouse's explicit consent to the pledge is required. That consent can be given either before or at the moment of or after the act. In case other spouse did not give consent before or at the moment of the act, the act is regarded as deficit. If the spouse gives consent afterwards, the act becomes valid retroactively. In case marriage ends after the act but before the spouse gives consent or residence ends being matrimonial home for any other reason, again the act

becomes valid retroactively. However if the spouse declared explicitly after the act that she/he does not give consent, the act becomes null and void and ending of the marriage or ending of the residence being matrimonial home for any other reason does not make the act valid retroactively. In such case invalidity of the hypothec act which becomes null and void can be alleged any time.

Keywords: Matrimonial Home, Hypothec, Power of Disposition, Act of Disposal, Consent of Other Spouse

I. Giriş

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m.194 hükmü gereğince, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Söz konusu hüküm, İsviçre Medeni Kanunu'nun (İMK) 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren revizyonu ile düzenlenmiş bulunan 169. maddesinden esinlenilerek hazırlanmıştır¹. Bununla birlikte, İMK m.169 ile TMK m.194 arasında farklılıklar da bulunmaktadır². Çalışma konumuzda asıl amacımız, aile konutuna ilişkin TMK m.194 hükmünü bütün yönleriyle ele almak değildir. Zira TMK'nın yürürlüğe girdiği 2002 yılından itibaren birçok değerli eserde söz konusu hüküm ayrıntılı olarak ele alınmış bulunmaktadır. Bu çalışmada, temelde cevap bulmaya çalışacağımız soru, TMK m.194 hükmü kapsamında aile konutu niteliği taşıyan bir konutun, aile konutu niteliğinin sona ermesi durumunda, yukarıda belirtmiş olduğumuz üzere diğer eşin rızasının alınması gerektiği halde rıza alınmadan yapılan bir tasarruf işleminin, geçmişe etkili olarak geçerlilik kazanıp kazanamayacağıdır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, çalışma konumuzda cevap ara-

¹ İMK m.169 hükmünün yasalama sürecine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Band II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999, Art.169, N.4 vd; Bräm, Verena/Hasenböhler, Franz: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB) Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159- 180, Zürich 1998, Art.169, N.1 vd.; Eitel, Paul: "Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer der Familienwohnräume nach Art. 169 Abs. 1 ZGB", Recht 1993, s.216 vd.

² Söz konusu farklılıklara ilişkin olarak bkz. Barlas, Nami: "Yeni Türk Medenî Kanunu Hükmüleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, İstanbul 2004, s.120

duğumuz soruyu ele almaya karar vermemiz Yargıtay HGK'nın 24.05.2017 tarih ve E.2017/2-1609, K.2017/965 sayılı kararıdır. Her ne kadar daha sonraki 13.12.2017 tarih ve E.2017/2-2906, K. 2017/1723 sayılı HGK kararı ile söz konusu karar kaldırılmış olsa da, 24.05.2017 tarihli kararda özetle, aile konutu niteliğinin sona ermesi ile TMK m.194 hükmü gereğince rızası alınması gerektiği halde rıza vermeyen eşin, işlemin iptaline ilişkin açmış olduğu dava devam ederken diğer eşin ölmesi durumunda, rıza yokluğu nedeniyle geçersiz işlemin geçmişe etkili olarak geçerli olacağı kabul edilmiştir. Karşı oy yazısında ise, çoğunluk görüşünün aksine bir kanaat belirtilmektedir.

Aşağıda ilk olarak aile konutu ile ilgili bazı kavramsal açıklamalarda bulunulacak, TMK m.194 hükmünün hukuki niteliği ele alınacak ve yapılan tespitler ışığında neden 24.05.2017 tarihli HGK kararına katılmadığımız gerekçeli olarak anlatılacaktır.

II. TMK m.194 Hükmünün Zaman Bakımından Uygulama Alanı

Öncelikle belirtmek gerekir ki, m.194 hükmü, TMK'nın aile hukuku kitabı, birinci kısım üçüncü bölümü olan evliliğin genel hükümlerinde düzenlendiği için, eşlerin tâbi olduğu mal rejiminden bağımsız olarak uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükmün zaman bakımından uygulama alanı ile kastedilen, hükmün hangi andan hangi ana kadar uygulama alanı bulacağıdır. Her iki eşin de ortak irade ile aile konutu olarak belirlediği ve söz konusu konutu yaşam merkezi haline getirdiği andan

itibaren m.194 hükmü uygulama alanı bulmaya başlayacaktır³. Hükmün zamansal olarak uygulama alanını kaybettiği an ise, evliliğin kesin hüküm (boşanma veya evliliğin butlanı) veya ölüm ile sona ermesidir. Bir diğer anlatımla, kural olarak evlilik birliği devam ettiği sürece hüküm uygulama alanı bulacaktır⁴. Bu bağlamda, eşler arasında boşanma ya da evliliğin iptali davası devam ederken de söz konusu hüküm geçerli olma-ya devam edecektir⁵. Ayrıca, eşler arasında evlilik birliği devam ederken de, aile konutu bu niteliğini kaybederse⁶, m.194 hükmü uygulama alanını kaybedecektir. Örneğin, her iki eşin de anlaşarak konutu aile konutu olarak kullanmaktan vazgeçmeleri, her iki eşin de geri dönme niyeti olmaksızın kesin bir biçimde aile konutundan taşınmaları, aile konutu üzerinde

³ Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.30; Zeiter, Alexandra/Schlumpf, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB-PartG, Zürich-Basel-Genf 2016, Art.169, N.4; Şıpka, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m.194), İstanbul 2004, s.89.

⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.11; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.33; Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2010, N.13; Schwander, Ivo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 3. Auflage, Basel 2006, Art.169, N.4; Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter: Grundriss des Eherechts, Bern 2000, N.17.21; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.4; Geiser Thomas: "Neues Eherecht und Grundbuchführung (Ergänzte Fassung des anlässlich der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter am 26 September 1986 in La Chaux – de Fonds gehaltenen Vortrages)", ZGBR 68/1987, s.17; Barlas, s.121; Kılıçoğlu, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara 2016, s.250; Şıpka, s.89; Doğan, Murat: "Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", AÜHFD, C. 52 S. 4, 2003, s.108; Kamacı, Mahmut: "Aile Konutu Ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)", Yargıtay Dergisi, 2004, S.1-2, s.119.

⁵ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.11; Hegnauer/Breitschmid, N.17.21; Schwander, Art.169, N.9; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.4; Şıpka, s.96; Kamacı, s.120.

⁶ Evlilik birliği devam ederken aile konutu niteliğinin sona erdiğini ispat külfeti, bunu iddia eden eşe aittir (Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.4; Schwander, Art.169, N.10).

hak sahibi olan eşin kendi kararı ile belirsiz bir süre için konutu terk etmesi⁷ durumları⁸ gibi.

III. TMK m.194 Hükümünün Maddi Olarak Uygulama Alanı

Söz konusu hükümde, aile konutuna ilişkin bir tanımlama yapılmadığından, bir konutun aile konutu niteliğinde kabul edilebilmesi için gerekli olan unsurlar, öğreti ve yargı içtihatları ile kabul edilmiştir. Aynı durum, İMK m.169 hükmü için de geçerlidir. Bu hususta genel kabul gören belirlemeyle, eşlerin iradesine göre, eşlerin sürekli olmak kaydıyla ortak konut olarak kullandıkları veya kullanmaları gereken konut, aile konutudur⁹. TMK m.194 hükmünün gerekçesinde ise aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan olarak tanımlanmıştır. Eşlerin, aile konutu niteliği taşıyan konuttan kalıcı nitelikte olmayan uzun süreli taşınmaları (örneğin mesleki nedenlerle veya eğitim amaçlı olarak belirli süreliğine, yani geçici olmak kaydıyla başka bir şehre veya ülkeye yerleşmeleri) aile konutu niteliğini ortadan kaldırmayacaktır.

⁷ Aksi görüş için bkz. Hegnauer/Breitschmid, N.17.21; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s.166, dpn.43; Kamacı, s.121 (Yazar aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin kendi rızası ile bir daha dönmek üzere konutu terk etmesi halinde aile konutu niteliğinin sona ereceğini kabul etmektedir. Aynı doğrultuda bkz. Hegnauer/Breitschmid, N.17.21). Türk Hukukunda bu hususta ayrıntılı açıklama bkz. Şıpka, s.93 vd.

⁸ Söz konusu durumlar ve bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Schwander, Art.169, N.10.

⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.14; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.3; Weber, Roger: "Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung", AJP 2004, s.30. Diğer tanımlamalar için bkz. Schwander, Art.169, N.6; Dural/Öğüz/Gümüş, s.165; Armutcuoğlu, Can Yalçın: "Aile Konutuna Sağlanan Koruma Ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", MÜHF-HAD, C.17, S.1-2, s.414 vd.

Bu açıklamalar ışığında, öğretide bir konutun aile konutu niteliği taşıyabilmesi için, üç unsura ihtiyaç duyulduğu kabul edilmektedir. Bunlar; konut, aile ve yaşam merkezi haline getirmedir¹⁰. Konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekânları ifade eder¹¹. Konut unsuru açısından aile konutu olarak kullanılan yer müstakil bir ev, bir apartman dairesi, bir oda, hatta eşlerin hem işyeri hem de ev olarak kullandıkları yer olabilir. Aile unsuru için, kadın ve erkeğin oluşturduğu ve TMK hükümleri gereğince geçerli olarak kurulmuş bulunan bir evlilik olması yeterlidir. Resmi nitelikte olmayan birleşmelerde yaşanan konut m.194 hükmü kapsamına girmez¹². Eşlerin çocuklarının olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Yaşam merkezi unsuru için ise, aile konutuna ilişkin olarak m.194 hükmü ile getirilen koruma, sadece aile için yaşamsal önemi olan konut, yani evlilik ve aile yaşamının merkezi haline getirilmiş yer niteliğindeki konutlar için getirildiğinden, bu durumdaki konutlar aile konutu olarak kabul edilmektedir¹³. Bu nedenle de, eşlerin sadece bir tek aile konutu olabileceği kabul edilmekte-

¹⁰ Aile konutu kavramı için konut ve aile olmak üzere iki unsura gerek olduğuna ilişkin olarak bkz. Kılıçoğlu, s.241. Dört unsurun gerekli olduğuna ilişkin olarak ise bkz. Kamacı, s.117.

¹¹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.15; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.17; Kılıçoğlu, s.241.

¹² Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.15a; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.18; Schwander, Art.169, N.1; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.2; Şıpka, s.77; Kılıçoğlu, s.242; Doğan, Murat: "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", AÜEHFD, C. VI, S.1-4, 2002, s.286; Kamacı, s.115.

¹³ TMK m.186 hükmünde yer alan eşlerin birlikte seçeceği konut (*evlilik konutu - eheliche Wohnung*) ile aile konutu bu açıdan birbirinden farklılık arz etmektedir. Öğretide aile konutunun, eşlerin birlikte seçeceği konuta göre daha dar kapsamlı olduğu ifade edilmektedir. Aile konutu ile eşlerin birlikte seçeceği konut ayırımına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.13a; Geiser, s.16; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, N.11 vd.

dir¹⁴. İkinci bir konut veya yazlık ev vb. konutlar aile konutu niteliğinde kabul edilmemektedir.

IV. TMK m.194 Hükümünün Hukuki Niteliği

Söz konusu hüküm, evlilik birliğini koruyan bir hüküm niteliğinde olmakla birlikte, diğer koruyucu hükümlerden ayrıldığı nokta, hâkim tarafından alınacak bir kararla işlerlik kazanmayıp, kanunen bütün evlilikler için geçerli olmasıdır. Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere, eşler arasında hangi mal rejimi uygulanırsa uygulansın, m.194 hükmü bütün evlilikler için uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Bununla birlikte, m.194 hükmünde yer alan düzenlemenin aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş açısından ne tür bir sınırlama getirdiği hem İsviçre hem de Türk öğretisinde tartışmalıdır. Bu konuda ileri sürülen görüşler başlıca üç başlık altında toplanmaktadır. Bunlardan ilki, hükümde yer alan sınırlamanın fiil ehliyeti (*Handlungsfähigkeit*) sınırlaması olduğu yönünde olup, söz konusu görüş İsviçre öğretisinde çoğunluk görüşü¹⁵ niteliğini haiz bulunmaktadır. Diğer görüşe göre ise, söz konusu hükümde yer alan sınırlama bir tasarruf yetkisi (*Verfügungsfähigkeit/Dispositionsfähigkeit*)

¹⁴ Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.3; Geiser, s.17; Weber, s.30; Dural/Öğüz/Gümüş, s.165; Doğan, Aile Konutu, s.286; Kamacı, s.118; Armutcuoğlu, s.415. Bununla birlikte çok istisnai olarak sağlık veya mesleki sebeplerle birden fazla aile konutu olabileceği de öğretilerde kabul edilmektedir. Örneğin bir çiftçinin kışın şehirde yazın köyde yaşaması veya aile bireylerinden birinin sağlık sorunları nedeniyle tedavisi için bir kısım aile bireylerinin ilde bir kısım aile bireylerinin ilçede yaşaması gibi. Bu durumlarda aynı anda aile konutu niteliği taşıyan iki konutun bulunduğu kabul edilmektedir (Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.16; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.27; Geiser, s.17; Schwander, Art.169, N.6).

¹⁵ Hegnauer/Breitschmid, N.17.17; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, N.13. İsviçre öğretisinde bu görüşte olan diğer yazarlar için bkz. Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.11; Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.37a.

sınırlaması niteliğindedir¹⁶. Türk hukukunda öğreti¹⁷ ve içtihatlarda¹⁸ hakim görüş niteliğinde olan bu görüş, İsviçre hukukunda¹⁹ azınlık görüşü niteliğindedir. Bir diğer görüş uyarınca²⁰ ise, söz konusu hükümde yer alan sınırlama evlilik birliğinden doğan katılma hakkı (*eherechtlich motiverstes Mitspracherecht*) niteliğindedir.

Kanaatimizce de söz konusu hükümde yer alan sınırlama bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir²¹. Zira fiil ehliyeti sınırlaması olduğu kabul edilirse, hukuki işlemde bulunan eşin hukuki işlem ehliyeti sınırlanmış olacağı için hem taahhüt yani borçlandırıcı hem de tasarruf işlemlerinde diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır²². Oysa, hükmün koruma amacıyla kanaatimizce taahhüt işlemleri yer almamaktadır. Zira

¹⁶ Fiil ehliyeti ve tasarruf yetkisi kavramlarının karşılaştırması için bkz. Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina E.: Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2017, Art.11 ZGB, N.28.

¹⁷ Barlas, s.121; Dural/Öğüz/Gümüş, s.168; Doğan, s.109; Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2017, s.218 (yazarlar m.194 hükmünde yer alan sınırlamanın tasarruf yetkisi kısıtlaması niteliğinde olduğunu ve buna ilişkin şerhin de tasarruf yetkisine ait kısıtlamaların şerhi niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Aynı yönde bkz. Sirmen, s.208. Aksi görüş için bkz. Serozan, Rona: “Aile Konutu Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009, s.594). Kılıçoğlu ise, söz konusu aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemlerin tasarruf yetkisini sınırlandıran işlemler olduğunu ifade etmekle birlikte (s.252), söz konusu hüküm ile aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulduğunu belirtmektedir (s.256). Türk hukukunda m.194 hükmünde yer alan sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğuna ilişkin görüş için bkz. Armutcuoğlu, s.426.

¹⁸ Yargıtay HGK 26.10.2005 tarih ve E.2005/12-676, K.2005/600 sayılı kararı. Bununla birlikte HGK’nın 13.12.2017 tarih ve E.2017/2-2906, K.2017/1723 sayılı kararında hükümde yer alan sınırlamanın fiil ehliyeti sınırlaması olduğu ifade edilmiştir (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 04.07.2018).

¹⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.38a.

²⁰ Schwander, Art.169, N.15; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.14; Şıpka, s.49 vd.; Acar, Faruk: Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007, s.178-179.

²¹ Çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu konudaki tartışmaların ayrıntılarına girmeyip, sadece görüşümüzü belirtmekle yetiniyoruz.

²² Hegnauer/Breitschmid, N.17.17.

mehaz kanun olan İMK m.169 hükmünün yasalaşma sürecinde²³ yapılan tartışmalar da bunu göstermektedir. Böylece TMK m.194 hükmü kapsamında aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, söz konusu hüküm gereğince aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshederken, aile konutunu devrederken veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırırken diğer eşin rızasını almak zorundadır. Burada hak sahibi olan eşin aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmasına ilişkin işlemleri tasarruf işlemi niteliğindeyse, diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır. Bununla birlikte aile konutunu devir işlemlerine ilişkin olarak da, örneğin satım, bağışlama gibi, taahhüt işlemleri değil, tasarruf işlemi sırasında diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulacaktır²⁴. Oysa diğer görüş, yani fiil ehliyeti sınırlaması görüşü kabul edilirse hem taahhüt hem de tasarruf işlemlerinde diğer eşin rızası aranacaktır ki, kanaatimizce m.194 hükmünün koruma amacına taahhüt işlemleri girmemektedir.

V. TMK m.194 Hükmü Kapsamında Diğer Eşin Rızasına İhtiyaç Duyulan Hukuki İşlemler

Söz konusu hükümde, İMK m.169 hükmünden farklı olarak “hukuki işlem” kavramına yer verilmemiştir. Sadece aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesih, aile konutunu devir ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması kavramlarına yer verilmiştir. Oysa İMK m.169 hükmünde aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran diğer hukuki işlemler ifadesi yer almaktadır. Bu kapsamda, İMK m.169 hükmü daha doğru olmakla birlikte, TMK m.194 hükmü bakımından da aynı esas kabul edilmektedir.

²³ İMK m.169 hükmünün yasalaşma sürecine ilişkin olarak bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.38.

²⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.38a; Doğan, Aile Konutu, s.291-292.

Aşağıda ele alacağımız Yargıtay HGK kararına konu olayda aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yapmış olduğu işlem, ipotek kurma işlemi olduğu için, çalışma konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu başlık altında sadece m.194 hükmünde yer alan ve diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulan aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemlerin neler olduğu ele alınacaktır. Kira sözleşmesiyle ilgili işlemler ve devir işlemlerine yer verilmeyecektir²⁵.

A. Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran Hukuki İşlemler

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, hükmün kapsamına sadece hukuki işlemler girmektedir. Bunun dışındaki sadece fiili nitelikte işlemler veya pasif davranışlar, örneğin hak sahibi olan eşin aile konutunda inşaat değişiklikleri yapması veya aile konutunu bakımsız bırakması, m.194 hükmü kapsamında yer almamaktadır²⁶. Diğer yandan, aile konutu üzerinde hukuki işlemde bulunan hak sahibi eşin, bu hukuki işlemde diğer eşin rızasına ihtiyaç duyması için, söz konusu hukuki işlemin aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırması gerekmektedir. Bu bağlamda, hak sahibi olan eşin aile konutu üzerindeki hakkını ortadan kaldıran hukuki işlemlerde ve aynı zamanda aile konutu üzerinde hakları beklenmeyen değişikliklere (sınırlandırmalara) tâbi kılacak veya aile konutu üzerindeki haklarda mevcut bir değişiklik yaratmasa bile, gelecekte aile konutunun kaybına sebep olabilecek önemli bir tehlikeyi içinde barındı-

²⁵ Bu hususta ayrıntılı açıklama için bkz. Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.49 vd.; Hegnauer/Breitschmid, N.17.22 vd.; Kılıçoğlu, s.242 vd.; Şıpka, s.133 vd., s.117 vd.

²⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.34; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.46; Eitel, s.217; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.9.

ran hukuki işlemlerde, m.194 hükmü kapsamında diğer eşin rızası aranacaktır. TMK m.194/I hükmünde yer alan, “aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” ifadesi ile bu tarz işlemler bakımından sınırlı bir sayım yapılmamış olduğundan, hangi tür hukuki işlemlerin bu kapsamda yer alacağı belirlenmesi gerekmektedir. Ekonomik açıdan mülkiyet devri ile aynı olan veya ailenin, aile konutunu kullanmasını hukuken imkânsız kılan ya da önemli ölçüde kısıtlayan örneğin kira, intifa hakkı veya oturma hakkı, alt kira, kira sözleşmesinin devri, oturma hakkı veya intifa hakkından feragat, miras payı veya ortaklık payının devri gibi hukuki işlemlerde diğer eşin rızası aranacaktır²⁷. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutunu taşınmaz rehni, özellikle ipotek konusu yapmasında, diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağı, söz konusu kanun hükmünde taşınmaz rehnine ilişkin açık bir ifade bulunmadığı gerekçesiyle, İsviçre öğretisinde²⁸ tartışmalı iken, Türk hukukunda²⁹ ipotek işlemlerinin de m.194 kapsamında yer alacağı noktasında duraksama bulunmaktadır.

Öğretide, aile konutundan yararlanmayı etkilemeyen veya oldukça az etkileyen taşınmaz irtifaklarında, örneğin kaynak irtifakı, geçit irtifakı gibi, diğer eşin rızasının aranmayacağı kabul edilmektedir³⁰.

²⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.42; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.52; Schwander, Art.169, N.16; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.8; Dural/Öğüz/Gümüş, s.166; Şıpka, s.123 vd.; Kılıçoğlu, s.252; Doğan, Aile Konutu, s.290.

²⁸ Söz konusu tartışmalar için bkz. Eitel, s.215, dpn.6 ve s.217 vd.; Schwander, Art.169, N.16; Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.46; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.53 vd.; Geiser, s.19; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.8;

²⁹ Kılıçoğlu, s.252; Şıpka, s.127; Barlas, s.127; Doğan, s.107; Dural/Öğüz/Gümüş, s.166-167; Kamacı, s.129.

³⁰ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.45; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.52; Eitel, s.216; Geiser, s.21.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin üçüncü bir kişiye alım veya ön alım hakkı tanınmasında ise, m.194 hükmü kapsamında diğer eşin rızasının aranıp aranmayacağına ilişkin olarak, İsviçre-Türk öğretisinde ön alım hakkı bakımından diğer eşin rızasının aranmayacağı, zira ön alım hakkının kullanılabilmesi için öncelikle satım veya satıma eş değer bir işlemin yapılmış olması gerektiği, bu işlemde ise zaten diğer eşin rızası aranacağından, ön alım hakkı kurulmasında/tanınmasında diğer eşin rızasına gerek olmadığı görüşü hakimdir³¹. Alım hakkı bakımından ise, üçüncü kişiye tanınan ve şerh verilen alım hakkı, evlilik birliği devam ederken koşulsuz olarak, yani başka bir işleme gerek kalmaksızın herhangi bir zamanda kullanılabilir ise, aile konutunun satımı gerçekleşeceği için, alım hakkı tanınmasında diğer eşin rızasının aranacağı kabul edilmektedir³².

B. Rıza Koşulunun Arandığı Hukuki İşlemlerde Rıza Gösterilmemesinin Hukuki Sonuçları

1. Geçerli Bir Rızanın Unsurları

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, TMK m.194 hükmü kapsamında diğer eşin rızasına tâbi olan bir hukuki işlemde bulunmasında, bu hukuki işlemin arzu edilen hukuki sonuçları meydana getirebilmesi için diğer eş tarafından rıza verilmiş olması gerekmektedir. TMK m.194 hükmünde rıza koşulu ile ilgili olarak, diğer eşin açık rızasının bulunması gerektiği ifade edilmektedir. Bunun dışında rızanın unsurları-

³¹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.45; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.52; Schwander, Art.169, N.16; Eitel, s.222; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.8.

³² Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.45; Eitel, s.222; Schwander, Art.169, N.16; Şıpka, s.128.

na ilişkin bir belirleme yer almamaktadır. Bu noktada öncelikle belirlenmesi gereken husus, rızanın zamanıdır. Bu hususta öğretide³³ kabul edilen, rızanın, rızaya tâbi işlem yapılmadan önce (izin), işlem yapıldığı sırada ve işlem yapıldıktan sonra (icazet) gösterilebileceğidir. Zira söz konusu hükümde, en geç işlem sırasında rıza verilmelidir ifadesi yer almadığı için, işlem öncesinde, sırasında ve sonrasında rıza verilebilir. Rızanın şekline ilişkin olarak ise, kanunda açık bir şart öngörülmediği için, herhangi bir şekilde (sözlü, yazılı veya resmi) verilebileceği kabul edilmektedir³⁴. Ancak ispat problemleri açısından yazılı rıza verilmesinde fayda bulunmaktadır. Bununla birlikte, Kanun'da açık rıza arandığı için, zımni olarak rıza verilemeyecektir. Rıza, varması gerekli bir irade beyanı olduğu için, yöneltileceği kişinin de belirlenmesi gerekmektedir. İspat kolaylığı bakımından, rızanın aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin işlem yapmış olduğu hukuki işlemin karşı tarafına yöneltilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵. Bununla birlikte öğretide³⁶, hukuki işlemde bulunan eşe de rızanın yöneltilmesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir. Son olarak ise, rıza içerik açısından yeterince somut olmalı ve belirli bir işlemi konu almalıdır³⁷. Bir başka anlatımla, önceden, ileride yapılması muhtemel bütün işlemlere toptan rıza verilmesi geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyecektir.

³³ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.50; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.62; Schwander, Art.169, N.18; Geiser, s.20; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.10; Barlas, s.128; Şıpka, s.141; Doğan, Aile Konutu, s.291.

³⁴ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.49; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.63; Schwander, Art.169, N.19; Geiser, s.19; Barlas, s.128; Dural/Öğüz/Gümüş, s.168; Şıpka, s.141; Doğan, Aile Konutu, s.291; Kamacı, s.131.

³⁵ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.48.

³⁶ Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.61; Barlas, s.128.

³⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.47; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.60; Schwander, Art.169, N.17; Geiser, s.20; Zeiter/Schlumpf, Art.169, N.10; Barlas, s.128; Dural/Öğüz/Gümüş, s.168.

2. Hukuki İşlemden Sonra Verilen Rızanın (İcazetin) Sonuçları

Yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere, m.194 kapsamında rızaya tâbi olan hukuki işlemlerde verilecek olan rıza, işlem sonrasında da verilebilir. Bu durumda, söz konusu hukuki işlem geçmişe etkili (*ex tunc*) olarak geçerli hale gelecektir. Rıza verilene kadar ki süreçte ise, hukuk işlem askıda, yani eksik (*unvollständig/in der Schwebe*) bir işlem niteliğindedir³⁸. Rızanın verilmesi ile birlikte işlem tamamlanmış olacak ve hukuki sonuçlarını meydana getirmeye başlayacaktır. Eğer m.194 kapsamında diğer eşin rızasının aranacağı hukuki işlemin belirli bir süre içerisinde yapılma zorunluluğu varsa ve rıza, bu sürenin bitiminde hâla verilmemişse, süre bittikten sonra verilen rızanın işlemi geçerli hale getirmeyeceği kabul edilmektedir³⁹. Ayrıca, aile konutu ile ilgili işlemin tarafı olan üçüncü kişi, rıza vermeyen veya rızası alınmayan eşin bu işleme icazet verip vermeyeceği konusundaki kararını bildirmesi için, yetkisiz temsile ilişkin Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.46/II hükmünde olduğu gibi uygun bir süre verebilir⁴⁰. Bu süre içinde eş icazet vermediği takdirde, işlem kesin hükümsüz hale gelir.

Aile konutu ile ilgili hukuki işlem diğer eşin rızası alınmadan yapılmışsa ve işlem yapıldıktan sonra fakat eş henüz işleme rıza vermediği-

³⁸ Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.62; Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.51; Barlas, s.128; Şıpka, s.141, 149. Rıza alınmadan yapılan işlemin geçersiz olduğu, ancak burada askıda geçersizlik olduğuna ilişkin olarak bkz. Doğan, s.108; Kamacı, s.130.

³⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.51; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.62.

⁴⁰ Kılıçoğlu, s.257; Doğan, Aile Konutu, s.292.

ni açıklamadan⁴¹ önce evlilik boşanma, kesinleşmiş iptal kararı veya ölüm yoluyla sona ererse veya aile konutu bu niteliğini kaybederse, işlemin kendiliğinden geçerlilik kazanacağı kabul edilmektedir^{42 43}. Eşin rızası alınmadan yapılan hukuki işleme sonradan da rıza gösterilebileceği için, eşin açıkça rıza göstermediğini ifade etmediği durumlarda işlem kesin hükümsüz değildir. Kesin hükümsüz olmayan bir hukuki işlem, bir diğer anlatımla eksik bir işlem, biraz önce ifade etmiş olduğumuz durum-

⁴¹ Şıpka “eş henüz işleme rıza vermediğini açıklamadan” ifadesi yerine, “geçersizlik ileri sürülmediği” ifadesini kullanmakta ve işlem yapıldıktan sonra, henüz daha diğer eş tarafından geçersizlik ileri sürülmediği hallerde evliliğin sona ermesi halinde, işlemin geçmişe etkili olarak geçerli hale geleceğini ifade etmektedir (s.171). Barlas bu hususta isabetli olarak, eşin “geçersizliği ileri sürmesi” ifadesinden, eşin işleme icazet vermediği ve işlemin geçersiz olduğu anlamının çıkarılabileceğini ve böyle bir durumda artık işlem geçersiz olduğu için, işlemin bu durumlarda geçmişe etkili olarak geçerli hale gelemeyeceğini ifade etmektedir (s.129, dpn.53).

⁴² Bu yönde bkz. Barlas, s.129 (Ayrıca yazar evliliği sona erdiren veya aile konutu niteliğini sona erdiren durumların henüz işlem yapılmadan önce ortaya çıkması ve işlemin yapıldığı sırada zaten mevcut olması durumunda, işlemin geçerliliğinin zaten diğer eşin rızasına bağlı olmayacağını ve serbestçe yapılabileceğini isabetle ifade etmektedir, s.129 ve ayrıca bkz. s.129, dpn.54); Kamacı, s.132. İMK m.169 hükmünde yer alan sınırlamanın tasarruf yetkisi sınırlaması olduğundan hareketle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yapmış olduğu tasarruf işleminin, ailenin konuttan taşınması veya evliliğin sona ermesi nedeniyle aile konutu niteliğinin sona ermesi durumunda, tasarruf yetkisi sonradan kazanılmış olacağı için, tasarruf işleminin iyileşeceğine ilişkin olarak bkz. Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.40. Ancak yazarlar burada rıza alınmadan yapılan tasarruf işleminin sonradan iyileşmesine ilişkin olarak, henüz rıza verilmemiş olması ile rıza verilmediğinin açıkça ifade edilmesi arasında bir ayrım yapmamaktadır.

⁴³ Yargıtay 2. HD 7.6.2010 tarih ve E.2009/8276, K.2010/11146 sayılı kararında “...Evliliğin devamı sırasında, hak sahibi eş tarafından aile konutunun devri veya bu konut üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Rızası gereken eş, yapılan devir işleminin geçersizliğini ancak evlilik birliği devam ediyorsa isteyebilir. Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermiş olması karşısında Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddeye dayalı olarak davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.” şeklinde karar vermiştir. Kanaatimizce evlilik birliği devam ederken eş rıza vermediğini açıkça ifade etmişse, işlem kesin hükümsüz hale gelmiştir. Kesin hükümsüz işlemin geçersizliği ise her zaman istenebilecektir. Aynı yöndeki karar için bkz. 2. HD 13.1.2010 tarih ve E. 2009/19922, K. 2010/387; 2.HD 7.7.2014 tarih ve E. 2014/12999, K. 2014/15762; 2. HD 12.1.2016 tarih ve E. 2015/17120, K. 2016/265 sayılı kararlar. (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 04.07.2018).

larda, yani evliliğin sona ermesi veya başka bir nedenle aile konutu niteliğinin sona ermesi durumlarında, geçmişe etkili olarak geçerli hale gelebilecektir. Zira bu hallerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş artık tasarruf yetkisini kazanmış olacağından, tasarruf yetkisi eksikliği sona erecek ve işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir. Oysa, TMK m.194 hükmünde yer alan sınırlama, fiil ehliyeti sınırlaması niteliğinde kabul edilirse, bu saydığımız durumlarda işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelmeyecektir. Zira tasarruf işlemlerinde, işlemde bulunun kişi işlem yaptığı sırada tasarruf yetkisine sahip değilse, sonradan kazandığı tasarruf yetkisi ile işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir⁴⁴. Oysa fiil ehliyeti, bir başka ifadeyle hukuki işlem ehliyeti, bir hukuki işlemin geçerli olarak hüküm ve sonuç doğurması için aranan ve bu anlamda hukuki işlemin geçerlilik unsurları arasında yer alan bir şarttır. Dolayısıyla, m.194 hükmündeki sınırlama fiil ehliyeti sınırlaması olarak kabul edilirse, rıza alınmadan hukuki işlem yapıldığında, söz konusu hukuki işlem kesin hükümsüz yani geçersiz olacaktır. Hukuki işlem ehliyeti yokluğu nedeniyle geçersiz olan işlemin, sonradan hukuki işlem ehliyetinin kazanılması yoluyla geçerliliğinden de bahsedilemeyecektir⁴⁵.

3. Rıza Verilmemesinin Sonuçları

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz üzere, TMK m.194 hükmü kapsamında diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulan hukuki işlemlerde, rıza verecek olan eş, bu rızayı işlemde sonra da verebilir. Böyle bir durumda işlem eksik bir işlem niteliğinde olup, verilen rıza ile işlem geçmişe etkili

⁴⁴ Bu hususta bkz. von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979, s.220.

⁴⁵ von Tuhr/Peter, s.220.

olarak baştan itibaren geçerli hale gelecektir. Eğer rıza gösterecek eş, açık bir şekilde rıza vermediğini ifade ederse, bu durumda işlem geçmişe etkili olarak kesin hükümsüz (*nichtig*) hale gelecektir⁴⁶. Bu durumda, hak sahibi olan eşle işlem yapan üçüncü kişinin rızanın varlığı ve geçerliliğine ilişkin iyiniyetli olması da, sonucu değiştirmeyecek, yani işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyeti korunmayacaktır⁴⁷. Bu bağlamda, kesin hükümsüzlük yaptırımına bağlı olan sonuçlar, burada da söz konusu olacaktır⁴⁸. Örneğin, dava konusu yapılmış bir durum varsa hâkim tarafından işlemin kesin hükümsüz olduğu re'sen dikkate alınacak, herkes tarafından işlemin kesin hükümsüz olduğu ileri sürülebilecektir. Rızanın açık bir şekilde verilmemesi durumunda herhangi bir dava açılmasına gerek olmadan işlem kendiliğinden kesin hükümsüz hale gelecek, ancak işlemin kesin hükümsüz olduğuna ilişkin tespit davası açılabilir.

Rıza verilmesi gereken hukuki işlemin türüne göre, işlemin kesin hükümsüz olması ve bu kesin hükümsüzlüğün ileri sürülmesi durumunda sebepsiz zenginleşme veya istihkak davası yoluyla tasfiye gündeme gelecektir⁴⁹. Öte yandan, rıza gösterilmeyen hukuki işleme dayanılarak tapu kütüğüne yapılan bir tescil söz konusu olursa, yolsuz tescilin düzeltilmesi

⁴⁶ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.59; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.69; Barlas, s.129. Söz konusu geçersizliğin kendine özgü, butlan benzeri bir geçersizlik olduğuna ilişkin olarak bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.168; Kılıçoğlu, s.257. Bir kişinin diğer eşin rızasını almadan aile konutunu bilerek devralması veya lehine ipotek tesisi ve diğer eşin karşı çıkması halinde devir veya kısıtlayıcı ayni hak hüküm ifade etmez ise de burada bu devir veya ipoteğin mutlak butlanla geçersiz olduğunun ileri sürülemeyeceğine ilişkin olarak bkz. Reisoğlu, Safa: “Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, Bankacılar Dergisi, S.40, 2002, s.69.

⁴⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.59; Barlas, s.129.

⁴⁸ Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.70.

⁴⁹ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N.60; Bräm/Hasenböhler, Art.169, N.72.

davası da gündeme gelecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, yolsuz tescilin düzeltilebilmesi için iyiniyetli üçüncü kişi tarafından TMK m.1023 hükmü kapsamında bir kazanım olmaması gerekmektedir. Bunun dışında adına yolsuz tescil yapılan kişinin, söz konusu aile konutunu iyiniyetle kazanımı mümkün değildir.

Bu başlık altında, son olarak ele almak istediğimiz husus, aile konutu ile ilgili hukuki işlem diğer eşin rızası alınmadan yapılmış ise ve işlem yapıldıktan sonra eş rıza vermediğini açıkça ifade etmişse, işlem geçmişe etkili olarak baştan itibaren kesin hükümsüz hale geleceğinden; eşin rıza vermediğini açıklamasından sonra yukarıda bir önceki başlıkta değindiğimiz evliliğin sona ermesi veya aile konutu niteliğinin sona ermesi durumlarının gerçekleşmesi, kesin hükümsüz işlemi geçerli hale getirmeyecektir⁵⁰.

Çalışma konumuzda, temelde cevap aradığımız sorunun cevabı ve özellikle aşağıda ele alacağımız HGK kararı biraz önce ifade ettiğimiz görüş ile yakından ilintili durumdadır. Bu noktada, özetle tekrar ifade etmek gerekirse; aile konutu ile ilgili hukuki işlem diğer eşin rızası alınmadan yapılmış ve eş henüz rıza vermediğini açıklamamışsa, işlem askıda olduğu için evliliğin sona ermesi veya aile konutu niteliğinin sona ermesi durumlarında işlem kendiliğinden geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, bu sonucun gerçekleşmesi için, saydığımız durumların eş icazet vermediğini açıklamadan önce gerçekleşmesi gerekmektedir. Buna karşılık, eş icazet vermediğini açıkladıktan sonra işlem kesin hükümsüz hale geleceğinden, saydığımız du-

⁵⁰ Barlas, s.129.

rumların gerçekleşmesi halinde işlemin kendiliğinden geçerli hale gelmesi de mümkün olmayacaktır. Zira işlem bir kere kesin hükümsüz hale gelmiştir ve kesin hükümsüz işlemin de tekrardan geçerli hale gelmesinden (iyileşmesinden) bahsedilemeyecektir. Bu bağlamda, çalışma konumuzu seçmeye bizi yönlendiren HGK kararında, ifade ettiğimiz bu durumlardan hangisinin söz konusu olduğu ve HGK'nın ne yönde bir çözüm bulduğuna değinmeden önce, kısaca HGK kararına konu olayı anlatıp, ardından bu hususlara değinmenin yerinde olacağını düşünüyoruz.

VI. Yargıtay HGK'nın 24.05.2017 tarih ve E.2017/2-1609, K.2017/965 Sayılı Kararının Değerlendirilmesi⁵¹

A. Dava Konusu Olayın Gelişimi

Davacı eş, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşinin ipotek tesis ettirmesine rıza göstermemiş ve aile konutu üzerinde rızası olmadan ipotek tesis ettirildiği için Konya 4. Aile Mahkemesinde ipoteğin kaldırılması ve aile konutu şerhi konulmasına ilişkin dava açmıştır. Davanın devamı sırasında 31.05.2012 tarihinde davalı eş vefat etmiştir. Yapılan yargılama sonunda ilk derece mahkemesi 19.12.2013 tarih ve E.2011/850, K.2013/982 sayılı kararı ile davanın kabulüne karar vermiştir. Davalı vekili tarafından karar temyiz edilmiş ve Yargıtay 2.HD'nin 24.03.2015 tarih ve E.2014/9016, K.2015/5407 sayılı kararı ile, “... *Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır (TMK m. 194/1). Bu rıza alınmadan konutla ilgili yapılan tasarruf işlemi geçersizdir. Bu geçersizliği,*

⁵¹ Aynı yöndeki bir diğer karar için bkz. HGK 24.5.2017 tarih ve E.2017/2-1608, K.2017/964. (Kararlara www.kazanci.com adresinden erişilmiştir. Erişim tarihi 04.07.2018).

rızası gereken eş, konutun bu vasfını devam ettirmesi koşuluyla ancak evlilik birliği süresince ileri sürebilir. Evlilik ölümle veya boşanma yahut da iptal kararıyla sona ermiş ise, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin "aile konutuna" sağladığı koruma da sona erer ve rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Davacı ile aile konutu üzerinde ipotek tesis ettiren eşi İ.'in evliliği, İ.'in yargılama devam ederken 31.05.2012 tarihinde ölümü ile sona ermiştir. Evlilik ölüm ile sona erdiğine göre davaya konu taşınmaz aile konutu olma niteliğini kaybetmiştir. Diğer bir ifadeyle evliliğin sonlanmasıyla aile konutu ile kira sözleşmesini feshetme, devretme ve üzerindeki hakları sınırlandırmaya dair kısıtlama "kendiliğinden" ortadan kalkar. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken, Türk Medeni Kanununun 194. maddesine dayanılmak suretiyle yazılı şekilde "ipoteğin kaldırılmasına" karar verilmesi doğru görülmemiştir...", gerekçesiyle oyçokluğu ile bozulmuştur.

İlk derece mahkemesinin direnmesi üzerine HGK tarafından yapılan incelemede "Direnme yolu ile Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, aile konutu niteliğini haiz taşınmazda ipotek tesis eden davacı eşin ölümü üzerine davacı eşin Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde sağlanan korumadan yararlanıp yararlanmayacağı, burada varılacak sonuca göre ipoteğin kaldırılması talebinin konusuz kalıp kalmayacağı noktasında toplanmaktadır. Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerekçelerine nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi

usul ve yasaya aykırıdır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında TMK'nın 194. maddesinde tanınan aile konutu korumasının evliliğin ölüm ile sona ermesi durumunda da devam edeceği, sözü edilen hükmün sadece evliliğin korunması için getirilmiş bir hüküm olmadığı, aksi halde malik olmayan eşin TMK'nın 240, 279 ve 652. maddelerinde yer alan haklarını kullanamayacağı, davacının bu davayı açmakta hukuki yararının devam ettiği gerekçesiyle direnme kararının usul ve yasaya uygun olduğu belirtilmiş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir. Yukarıda açıklanan nedenlerle, davalı ...'ın ölümü sebebiyle konusuz kalan dava hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm tesisi gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu sebeple direnme kararı bozulmalıdır.” şeklinde karar verilmiştir.

Karşı oy yazısında ise, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu' nun değerli çoğunluğu ile aramızdaki uyumsuzluk; Özel Daire'nin bozma ilamında belirtildiği gibi, yargılama sırasında davalı eşin (malik eşin) ölümü nedeniyle, aile konutuna tanınan korumanın sona erip ermeyeceği, rıza alınmadan yapılan tasarruf işleminin yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanıp kazanmayacağı, aile konutu niteliğinin devam edip etmeyeceği ve sonuçta davanın konusuz kalıp kalmayacağına ilişkindir. ...aile konutu, sıradan bir mal olmayıp, aile konutunun, her iki eş ve varsa çocuklar için maddi değerinin yanında, manevi değeri bulunmaktadır. Eşlerden birinin ölümü halinde dahi, sağ kalan eş ve varsa çocuklar için aile konutunun bu değeri ortadan kalkmaz, aksine yaşanmış ortak anılardan dolayı özellikle manevi değeri daha da artar. Aile konutunun öneminden dolayı, kanun koyucu Türk Medeni Kanunu' nda, aile konutu

ile ilgili önemli düzenlemelere yer vermiştir. ...Açıkça görülüyor ki kanunun koyucu, aile konutunun maliki olmayan eş yararına, aile konutu ile ilgili, aile konutunun maliki olan eşin sağlığında başlayıp (TMK m.194) ve ölümünden sonra da devam eden (TMK m.240,652) adeta bir koruma zinciri oluşturmuştur. Bu sebeple, aile konutunun maliki olan eşin ölümünden sonra da sağ kalan eş açısından, ortak konutun aile konutu niteliği sürmektedir. Somut olayda davacı (sağ eş), evlilik birliği sürerken aile konutunun üzerine tesis edilen ipotekle ilgili, açık rızasının alınmadığını (TMK m.194/1) iddia ederek, eşi sağ iken bu davayı açmış, yargılama devam ederken malik eş (davalı) ölmüştür. Dolayısıyla davacı, evlilik birliğinin devamı sırasında, ipotek sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürmüştür. Bu durumda, şayet, açık rıza alınmadan ipotek tesis edilmiş ise, ipotek ile ilgili işlem hükümsüz demektir. Hükümsüz bir işleme imza atan eşin ölümüyle de o işlem geçerli hale gelemez. Yani ölü olan bir işlem diriltilemez. Aksi düşünce kabul edilirse, kanunda aile konutu ile ilgili yapılan koruma zinciri kopacak, sağ kalan eş kanundan kaynaklanan (TMK m. 240 ve TMK m.652) haklarından yararlanamayacaktır. Olayımızda taşınmaz halen ipotekli şekilde murisin terekesinde durmaktadır. Ancak, ipotek alacaklısı banka, ipotegin paraya çevrilmesi için icra takibi başlatmıştır. Aile konutu, icra yoluyla satılma tehdidi altındadır. Dava konusuz kalmamıştır. Davacının, yargılamaya devam edilerek, delil durumuna göre, davanın esası ile ilgili karar verilmesini istemesi yönünde hukuki yararı bulunmaktadır. Çünkü, tüm delillerin değerlendirilmesi sonucunda, şayet ipotek işleminin hükümsüzlüğü belirlenirse, ipotek kaldırılacaktır. Oysa, davanın konusuz kaldığından bahisle, esasa girilmeden, "davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar verilecek olursa, davacının elinden, ipotek işleminin

hükümsüzlüğünü kanıtlama hakkı alınacak, hükümsüz ipotek işlemine dayanılarak başlatılan icra takibi devam edecek, aile konutu cebren satılacaktır. Aile konutunun satılması halinde ise, davacı, kendisine kanunun tanıdığı haklarını (TMK.m.240 ve 652)kullanamayacak ve adeta sokağa atılmış olacaktır. Böylesi bir durum ise, davacı eş açısından ağır hak ihlali sonucunu doğuracaktır. Diğer bir anlatımla; konusu devam eden davanın, konusuz kaldığından bahisle, yargılamanın usulden sonlandırılması halinde (yargılamaya devam edilmeyerek davanın esası hakkında bir karar verilmemesi halinde), davacının, hukuki dinlenilme (HMK m. 27), hak arama hürriyeti ve adil yargılanma (Anayasa m.36, AİHS m.6) haklarına yasal olamayan bir müdahale söz konusu olacaktır. O hale, evlilik ölümle sona ermekle birlikte, davacının davadaki hukuki yararı sürmektedir. Dava konusuz kalmamıştır. Davacının, yargılamanın sürüdürülerek davasını kanıtlama ve mahkemeden davanın esası ile ilgili bir hüküm alma hakkı vardır.” gerekçesiyle HGK’nın bozma kararına katılmadığı ifade edilmiştir.

B. Davacının HGK Kararına Karşı Karar Düzeltme Yoluna Başvurması ve Direnme Yolu İle Uyuşmazlığın HGK’a Gelmesi

Yukarıda ele almış olduğumuz HGK kararına karşı davacı vekili karar düzeltme talebinde bulunmuş ve HGK’nın 13.12.2017 tarih ve E.2017/2-2906, K.2017/1723 sayılı kararı ile davacı vekilinin karar düzeltme istemi kabul edilmiş, HGK’nın 24.05.2017 gün ve 2017/2-1609 E., 2017/965 K. sayılı bozma kararının kaldırılması ve direnme kararı uygun olmakla, işin esası yönünden diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Böylece yukarıda ele almış olduğumuz HGK kararının hatalı olduğu,

daha sonraki HGK kararı ile kabul edilmiştir. Zira 13.12.2017 tarihli HGK kararında “...Somut olayda, dava açıldığı tarihte davalı eş üzerine kayıtlı taşınmaz üzerinde davalı banka lehine konulmuş bir ipoteğin varlığı söz konusu olup, davacı sağ eş dava açarak ipoteğin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Şayet iddia edildiği gibi açık rıza alınmamış ise bu ipotek işleminin geçersiz olduğu açıktır. Dolayısıyla, geçerli bir işlemin olmadığı kabul edildiği hallerde, malik olan eşin ölümünün bu işleme hukukilik kazandırması düşünülemez. Diğer bir anlatımla ölü olan bir işlem diriltilemez. O hâlde, sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla, yukarıda açıklanan hakları (TMK m. 240 ve 652) bulunmaktadır ve davacının bu davayı açtığı sırada var olan hukuki yararı, yargılama sırasında davalı eşin ölümünden sonra da devam etmektedir. Bunun yanında, hâlen ortada geçersizliği ileri sürülen bir ipotek bulunmaktadır. Bu nedenlerle, evlilik ölümle sona ermekle birlikte davanın konusuz kaldığını söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce, davacının davasında haklı olup olmadığı hususunun araştırılmasına olanak sağlanmadan, taşınmazın cebri icra ile satılması sonucunu doğuracak, bu durum ise büyük hak ihlallerine yol açacaktır. Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında somut olayda davacı kadının yargılama sırasında TMK 'nın 240 ve 652. maddeleri kapsamında bir talebinin olmadığı, bu sebeple davacının TMK'nın 194. maddesinde belirtilen aile konutu korumasından yararlanmayacağı, ancak şartları varsa taşınmazın aile konutu olduğunun tespiti davası açabileceği, Hukuk Genel Kurulunun bozma kararının yerinde olduğu görüşü ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmiştir. Açıklanan nedenlerle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulüyle Hukuk Genel Kurulunun 24.05.2017 gün ve 2017/2-1609 E., 2017/965 K. sayılı bozma kararının kaldırılması ve direnme kararı uygun

olmakla, işin esası yönünden diğer temyiz itirazlarının incelenmesi için dosyanın Özel Daireye gönderilmesi gerekmektedir.” şeklinde karar verilmiştir.

C. 24.05.2017 Tarihli HGK Kararının Değerlendirilmesi

Dava konusu olay kapsamında söz konusu olan işlem, TMK m.194 hükmü kapsamında aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş tarafından ipotek tesis ettirilmesidir. Yukarıda da açıklamış olduğumuz üzere, aile konutu üzerinde ipotek tesis edilmesinde m.194 hükmü gereğince diğer eşin açık rızası alınmalıdır. Ancak HGK kararından anlaşıldığı üzere eşin ipotek tesis edilmesi işleminde rızası bulunmamaktadır. HGK kararında davalı banka vekilinin *“davaya konu ipoteğin bizzat davacının yazılı muvafakatına istinaden tesis edildiğini, davacının söz konusu ipotek işleminden haberdar olmadığını iddia etmesinin de haksız ve kötü niyetli olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini”* istediği ifade edilmektedir. Ayrıca kararda *“Yerel mahkemece davaya konu taşınmazın davacı ile davalı ...'in aile konutu olduğu ancak davacı ile davalı ... arasındaki evliliğin davalı ...'in davanın devamı sırasında 31/05/2012 tarihinde vefat etmesiyle sona erdiği, ölümle sona eren evlilik sebebiyle de davaya konu taşınmazın aile konutu özelliğini kaybettiği, davacının aile konutu şerhi konulması hususundaki davasının konusuz kaldığı, ancak davaya konu taşınmaz üzerine ipotek tesis edilirken davacının haberinin olmadığı ve açık rızasının alınmadığı, tacir olan davalı şirketin de ipotek tesis edilirken taşınmazın aile konutu olduğunu bildiği, banka tarafından davacının rızasının alındığı iddia edilen muvafakatnamenin de HMK'nın 206. maddesinde öngörülen şartları taşımadığından resmi belge niteliğinde olmadığı gerekçesiyle ipoteğin kaldırılması tale-*

binin kabulüne karar verilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. Dolayısıyla karardan anlaşıldığı üzere, davacı eşin aile konutu üzerinde ipotek tesisi işlemine rıza göstermediği noktasında bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Zaten davacı eşin ipoteğin kaldırılmasına ilişkin açmış olduğu dava ile de, iradesinin rıza vermemek yönünde olduğu açıktır. Bir başka anlatımla, söz konusu aile konutu üzerinde ipotek tesis ettirilmesi işleminde diğer eşin rızası alınmamıştır ve işlemden sonra diğer eş rıza göstermediğini açıklamıştır. Yukarıda da ele almış olduğumuz üzere, burada söz konusu olan durumda işlem kesin hükümsüz hale gelmiştir. Kesin hükümsüz hale gelmiş olan işleme ilişkin rıza göstermeyen eş, kesin hükümsüz nitelikte olan ipoteğin kaldırılmasına ilişkin dava açmıştır. Dava devam ederken ise, aile konutu üzerinde ipotek tesis ettiren davalı eş vefat etmiştir. HGK kararında böyle bir durumda aile konutu niteliğinin sona ereceği, zira evliliğin ölümle son bulduğu ifade edilmektedir. Bu hususta tereddüt bulunmamaktadır. Ölümle evlilik sona erdiği için, aile konutu da, bu niteliğini kaybedecektir. Ancak bizatihi aile konutu niteliğinin sona ermesi, kesin hükümsüz işlemi geçmişe etkili olarak geçerli hale getirmeyecektir. İpotek tesisi işlemine rıza göstermeyen eş, bu işleme sonradan da rıza gösterebileceği için, açıkça rıza vermediğini açıklamadan önce eş vefat etseydi, HGK kararında varılan sonuç isabetli olurdu. Zira böyle bir durumda işlem kesin hükümsüz değil, askıda olacağı için, işlem askıdayken aile konutu niteliği sona ererse, işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelir. Oysa dava konusu olayda eş açıkça rıza vermediğini ifade ettiği için, kesin hükümsüz hale gelen işlemin geçerli hale geldiğine ilişkin HGK’nın ulaştığı sonuç, anlatmış olduğumuz gerekçelerle kanaatimizce isabetli değildir. HGK’nın ulaştığı sonuç ile bizim vardığımız sonuç arasındaki farklılık, teorik bir farklılık olmayıp, uygu-

lama açısından da farklı sonuçların gerçekleşmesine neden olacaktır. HGK kararı ile banka ipoteği paraya çevirebilecek, yani dava konusu konut satılıp, paraya çevrilebilecektir. Oysa bizim bu çalışmada vardığımız sonuç kabul edilecek olursa, banka ipoteği paraya çeviremeyecek ve böylece dava konusu konut da satışa çıkarılamayacaktır. Bunun dışında davacı eş, sağ kalan eş olarak TMK'nın ilgili hükümlerinde, özellikle m.240 ve m.652'de, kendisine tanınan haklardan yararlanabilecektir.

Uyuşmazlığın karar düzeltme yoluyla tekrar HGK'a gelmesi üzerine verilen 13.12.2017 tarihli HGK kararı ile de 24.05.2017 tarihli HGK kararının hatalı olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bu bağlamda bu çalışmada vardığımız sonuç ile 13.12.2017 tarihli HGK kararı örtüşmektedir.

VII. Sonuç

Yukarıda sınırlı bir biçimde ele almış olduğumuz TMK m.194 hükmüne ilişkin olarak, bu çalışmada temelde cevap aradığımız, söz konusu hüküm gereğince rıza alınması gereken bir işlemde, rıza alınmamışsa, evliliğin sona ermesi veya başka bir nedenle aile konutu niteliğinin sona ermesi durumlarında işlemin geçmişe etkili olarak geçerli hale gelip gelmeyeceği sorusuydu. Bu bağlamda, ilk olarak belirtmek gerekir ki, kanaatimizce hükümde yer alan sınırlama, tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Dolayısıyla, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, rıza almadan işlem yaparsa, söz konusu işlem eksik bir işlem niteliğindedir. Eğer eş sonradan icazet verirse, işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir. Eğer eş icazet vermeden önce aile konutu niteliği sona ererse, diğer eş tasarruf yetkisini sonradan kazanmış olacağı için, işlem geçmişe etkili olarak geçerli hale gelecektir. Bununla birlikte eğer rıza vermesi

gereken eş, açıkça işleme rıza vermediğini ifade etmişse, işlem kesin hükümsüz olacağı için, icazet verilmediğinin açıkça ifade edilmesinden sonra evliliğin sona ermesi veya başka bir nedenle aile konutu niteliğinin sona ermesi durumlarında işlemin geçmişe etkili olarak geçerli hale gelmesinden de bahsedilemeyecektir. Zira işlem bir kere kesin hükümsüz yani geçersiz hale gelmiş ise, sonradan geçerli hale gelmesi mümkün olmayacaktır.

KAYNAKÇA

Acar, Faruk: Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007.

Armutcuoğlu, Can Yalçın: “Aile Konutuna Sağlanan Koruma Ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği”, MÜHF-HAD, C.17, S.1-2.

Barlas, Nami: “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu’na Armağan, İstanbul 2004.

Bräm, Verena/Hasenböhler, Franz: Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB) Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159- 180, Zürich 1998.

Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina E.: Berner Kommentar, Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bern 2017.

Doğan, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu”, AÜEHFD, C. VL, S.1-4, 2002. (*Aile Konutu*)

Doğan, Murat: “Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD, C. 52 S. 4, 2003.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014.

Eitel, Paul: “Die zustimmungsbedürftigen Rechtsgeschäfte des Ehegatten als Alleineigentümer der Familienwohnräume nach Art. 169 Abs. 1 ZGB”, Recht 1993.

Geiser Thomas: “Neues Eherecht und Grundbuchführung (Ergänzte Fassung des anlässlich der Generalversammlung des Verbandes Schweizerischer Grundbuchverwalter am 26 September 1986 in La Chaux – de- Fonds gehaltenen Vortrages)”, ZGBR 68/1987.

Hausheer, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Band II/1/2, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Artikel 159- 180 ZGB, Bern 1999.

Hegnauer, Cyril/Breitschmid, Peter: Grundriss des Eherechts, Bern 2000.

Kamacı, Mahmut: “Aile Konutu Ve Hak Sahibi Eşin Bu Konutla İlgili Tasarruflarına Diğer Eşin Katılma Hakkı (Rıza) (TMK.nun 194. Maddesi)”, Yargıtay Dergisi, 2004, S.1-2.

Kılıçoğlu, Ahmet: Aile Hukuku, Ankara 2016.

Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2017.

Reisoğlu, Safa: “Yeni Medeni Kanun’un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri”, Bankacılar Dergisi, S.40, 2002.

Schwander, Ivo: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I Art.1-456 ZGB (Herausgegeben von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser), 3. Auflage, Basel 2006.

Serozan, Rona: “Aile Konutu Şerhine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Ankara 2009.

Sirmen, Lale: Eşya Hukuku, Ankara 2015.

Şıpka, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m.194), İstanbul 2004.

Tuor, Peter/Schnyder, Bernhard/Schmid, Jörg/Rumo-Jungo, Alexandra: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich 2010.

Weber, Roger: “Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung”, AJP 2004.

von Tuhr, Andreas/Peter, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Auflage, Zürich 1979.

Zeiter, Alexandra/ Schlumpf, Michael: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht-Partnerschaftsgesetz Art.1-456 ZGB-PartG, Zürich-Basel-Genf 2016.

TOPLU İŞ HUKUKU AÇISINDAN İŞÇİNİN YILLIK ÜCRETİ İZİN HAKKI

*Dr. Öğretim Üyesi Hatice Duygu ÖZER**

ÖZET

4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçilere tanınan yıllık ücretli izin hakkı; hak kazanma koşulları, iznin uygulanması, izin ücreti gibi temel esasları bakımından anılan kanunda düzenlenmiştir. İş sözleşmelerinde de bu esaslara göre hükümler yer almaktadır. Ancak yıllık ücretli izin hakkı bireysel iş sözleşmeleri kadar toplu iş sözleşmeleriyle de sıklıkla düzenlenen konular arasındadır. Bu nedenle yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin toplu iş sözleşmesinde nasıl düzenleneceği de önem arz etmekte ve çalışmamızın ilk bölümünü oluşturmaktadır. Toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmının iş sözleşmesinin muhtevasına ilişkin olan bölümüne dahil edebileceğimiz yıllık izne ilişkin hükümler, yıllık izne hak kazanma koşullarını kolaylaştırıcı nitelikte olduğu gibi kullanımına ilişkin esaslar yönünden de daha esnek hükümler içerebilir. Yıllık izin

* Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
Makale Geliş Tarihi: 17.07.2018
Makale Kabul Tarihi 17.10.2018

ücretinin daha yüksek bir miktarda belirlendiği toplu iş sözleşmeleri de uygulamada sıklıkla karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, yıllık izin toplu iş uyuşmazlıkları bağlamında ele alınmıştır. Böylece yıllık iznin grev ve lokavtta ne şekilde kullanılabilceği ve yıllık izne hak kazanmak için aranan koşulları gerçekleştirilmede grev ve lokavtın etkisinin ne olacağı üzerinde durulmuştur.

ANAHTAR KELİMELER: Yıllık Ücretli İzin, Toplu İş Sözleşmesi, Grev, Lokavt, Toplu İş Hukuku

RIGHT TO ANNUAL PAID PERMIT FOR THE WORKERS ACCORDING TO COLLECTIVE LABOUR LAW

ABSTRACT:

The right of paid annual leave recognized by the workers under the Labor Law No. 4857; the conditions of entitlement, the application of the permit, the permit fee, etc. Labour contracts also include provisions according to these principles. However, the right to annual paid leave is often the subject of collective labor agreements as well as individual job contracts. For this reason, it is also important how to regulate the provisions of the annual paid leave on the collective bargaining agreement, thus it forms the first part of our work. Contract articles relating to the annual leave may be included in the part of the normative part of the collective bargaining agreement relating to the content of the employment contract. These are not only facilitating the conditions for entitlement to annual

paid leave but may also include more flexible provisions on the basis of annual paid leave use. Collective bargaining agreements, that the annual leave fee is also set at a higher level, are often confronted in practice.

In the second part of our work, annual leave addressed up in the context of collective labor disputes. Thus, how annual leave can be used during strikes and lockouts released. Finally it was emphasized how the strike and lockout effect qualifying condition for annual leave.

KEY WORDS: Annual Paid Permit, Collective Labour Agreement, Strike, Lock-out, Collective Labour Law

Giriş

İşçinin en temel haklarından biri de dinlenme hakkıdır. Bunu sağlamak üzere ara dinlenmesi, hafta tatili ve nihayet yıllık ücretli izin hakları tanınmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu’umuzda (madde 53-61 arası) işçiye yıllık ücretli izin hakkının tanınmış olduğu görülmektedir¹. Yıllık ücretli izin kavramının öğretide nitelik itibariyle birbirinden çok farklı olmayacak biçimde tanımlanmış olduğu görülmektedir. Bu tanımlardan birini yapan Tulukçu’ya göre, “yıllık ücretli izin hakkı, işçiler için kanun, iş veya toplu iş sözleşmesi veya örf ve adet kuralları ile belirlenen çalışma koşullarının yerine getirilmesi kaydıyla, iş ilişkisinin devamında ve çalışma süresinin içinde çalışmaksızın ve ücretlerinde bir kesinti olmaksızın serbest kalıp dinlenebilme imkânı sağlayan, vazgeçilmez, devredilmez, kişiliğe bağlı bir haktır².”

İş Hukuku sistemimizde yıllık ücretli izin hakkı, en az bir yıllık bir bekleme süresinin geçirilmiş olması kaydıyla işçinin kıdemine göre değişen süreler kadar ve en önemlisi ücret kesintisi söz konusu olmaksızın verilen bir haktır. Bu konuyla ilgili olarak incelenmesi gereken en temel hususlar işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmek için gereken koşulları yerine getirip getirmediği, iznin kullanımına ilişkin esaslar ve nihayet yıllık izin ücretine ilişkin hususlardır. Bu çalışmada inceleme

¹ Belirtmek gerekir ki, yıllık ücretli izin hakkı sadece 4857 sayılı İş Kanunu’na tabi olan işçiler açısından değil, Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu’na tabi işçiler açısından da var olan bir haktır. Ancak çalışmamızda 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenen yıllık ücretli izne ilişkin esaslar toplu iş hukuku açısından ele alınmak suretiyle konu sınırlandırılacaktır.

² Binnur **Tulukçu**, İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012, s.235.Yıllık ücretli izin kavramına ilişkin öğretide yapılan diğer tanımlar için bkz. Ercan **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, s.347.

konumuz anılan hususların bireysel iş hukuku boyutuyla incelenmesi olmayacaktır³. Çalışmada hedeflenen, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin öncelikle toplu iş sözleşmesi açısından ele alınmasıdır. Şöyle ki, yıllık izinle ilgili hükümler, toplu iş sözleşmelerinde düzenleniş biçimleri, izne hak kazanma koşulları, iznin kullanımı ve izin ücreti bağlamında değerlendirilecektir. Bir diğer konu başlığı olarak ise, yıllık ücretli izne ilişkin hükümler yasal ve yasa dışı grev ve lokavt boyutuyla ele alınacaktır.

I.Yıllık Ücretli İzinle İlgili Hükümlerin Toplu İş Sözleşmesi Açısından Değerlendirilmesi

A.Genel Olarak

Toplu iş sözleşmeleri, iki temel bölümden oluşmakta ve bunlar normatif ve borç doğurucu kısım olarak adlandırılmaktadır⁴. Normatif kısım, iş sözleşmelerinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili düzenlemeler içermektedir.(TİSGLK.m.33/1). Bu yönüyle bir toplu iş sözleşmesinde yer alması zorunlu olan kısımdır⁵. Bu kısımda yer alan hükümler, kanun gibi genel ve objektif hukuk kuralları etkisine sahiptir⁶. Normatif hükümler arasında yer alan ve “iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümler” başlığı altında düzenlenen hükümler, doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümler ve işyerinin çalışma düzenine ilişkin hükümler olarak iki farklı başlık altında ele alınmaktadır. Bu ayrımın ortaya

³ Zira bu konuda öğretilerde yeterli sayıda monografik çalışma yapılmış olduğu görülmektedir.

⁴ Can **Tuncay**/Burcu **Savaş Kutsal**,Toplu İş Hukuku, İstanbul 2016, s.184; Nuri **Çelik**/Nurşen **Caniklioğlu**/Talat **Canbolat**, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017, s.831 vd.; Fevzi **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992, s.10 vd.

⁵ Turhan **Esener**, İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1964, s.39; Melda **Sur**, İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017, s.247; Talat **Canbolat**, 6356 sayılı Kanun’a Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013,.s.27.

⁶ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.184.

çıkış sebebi ise, toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin hükümlerinin her zaman tek tek işçilerin iş sözleşmelerini normatif bir şekilde etkileyip bu etkinin bir sonucu olarak da işçilere işveren karşısında bir talep hakkı verememesinden kaynaklanmaktadır⁷. Bu açıdan sadece doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümler bu nitelikte bir özellik arz etmekte, diğerleri ise ancak toplu bir talep hakkı verebilmektedir.

Doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümler, aslında bireysel iş sözleşmelerine de konulabilecek türde hükümler içermektedir. Bu kısımda yer alan hükümlere verilecek başlıca örnekler şunlardır; ücret, ücret zamları, prim, ikramiye sosyal yardımlar gibi ücret ekleri, izinler, çalışma süreleri ile ilgili düzenlemelerdir⁸. Yıllık izin süreleri, yıllık izin ücreti ve yıllık izne hak kazanma koşulları da niteliği gereği bu kısımda yer aldıklarından, toplu iş sözleşmelerinin iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin olan ve doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümler inceleme konumuz açısından önem arz etmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri 6356 sayılı Kanun'un 34. maddesinde belirtildiği üzere, işyeri toplu iş sözleşmesi, işletme toplu iş sözleşmesi ve grup toplu iş sözleşmesi olarak üç farklı biçimde oluşturulabilmektedir. İşyeri veya işyerleri (grup) toplu iş sözleşmesi, bir işverenin bir veya birden çok işyerinde yapılacak toplu iş sözleşmesidir. Bu husus, 34/1. maddede şu şekilde ifade edilmiştir; "Bir toplu iş sözleşmesi aynı işkolunda bir veya birden çok işyerini kapsayabilir." İşletme toplu iş sözleşmesi ise, bir işverenin aynı işkolunda kurulu birden çok işyerini kapsa-

⁷ Şahlanan, s.14.

⁸ Esener, s.45; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.834.

mak üzere akdedilen toplu iş sözleşmesidir⁹. Grup toplu iş sözleşmesi ise, birden çok işverene ait olup aynı işkolunda faaliyet gösteren işyerlerinin her birinde yetkili olan işçi sendikası ile işveren sendikası arasında yapılan bir diğer toplu iş sözleşmesi çeşididir¹⁰.

Yukarıda bahsettiğimiz toplu iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin esaslar anılan toplu iş sözleşmelerinin tamamında da mevcut olduğundan, yıllık ücretli izne ilişkin düzenlemeler bu üç tür sözleşmenin de doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili kısmında yer alabilecektir¹¹.

Bunların yanı sıra bir de çerçeve sözleşme adı verilen ve 6356 sayılı Kanun’la ilk kez mevzuatımızda düzenlenen bir başka toplu iş sözleşmesi daha bulunmaktadır. Çerçeve sözleşme ise, 33. maddede, “Ekonomik ve Sosyal Konseyde temsil edilen işçi ve işveren sendikaları arasında işkolu düzeyinde yapılan sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Ancak bazı özelliklerinden dolayı çerçeve sözleşmenin bir toplu iş sözleşmesi türü olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır¹². Bunlardan en önemlisi bu sözleşmede normatif kısmın bulunmayıp sadece borç doğurucu kısımdan ibaret olmasıdır. Öte yandan, m.33/3’de, çerçeve sözleşmesinin içeriği şu şekilde belirlenmiştir; “mesleki eğitim, iş sağlığı ve güvenliği,

⁹ İşletme TİS’nin unsurları ile ilgili olarak, Ünal **Narmanhoğlu**, İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016, s.333 vd.

¹⁰ **Sur**, s.271; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.841-843.

¹¹ Ekleme gerekir ki, toplu iş sözleşmesi türü açısından bir farklılık ortaya çıkmayacağı gibi toplu iş sözleşmesinin hangi işkolunda yapılmış olduğunun da bir önemi olmayacaktır. Zira mevzuatımızca belirlenen işkollarının tamamında yıllık izin kullanan işçiler faaliyet göstermektedir. İşkolu kavramı ile ilgili olarak bkz. Ertuğrul **Yuvalı**/Yusuf **Güleşçi**, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından İşkolu Kavramı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.10, S.38, Y.2013, s.63-66.

¹² TİS’den farkları ile ilgili olarak, **Canbolat**, s.149-152.

sosyal sorumluluk ve istihdam politikalarına ilişkin düzenlemeler içerebilir.”

Bu noktada üzerinde durmak istediğimiz husus, yıllık ücretli izinle ilgili bir konunun çerçeve sözleşmeyle düzenlenip düzenlenemeyeceğidir. İlgili madde metninde bu sözleşmeyle düzenlenecek konu başlıkları sınırlı sayı esasına göre belirlendiği için iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir konu olan yıllık ücretli izin haklarının doğrudan çerçeve sözleşmeye konu olabilmesi kanaatimizce mümkün olamayacaktır. Ancak maddede ifade edilen konu başlıkları genel ve soyut bir biçimde belirlenmiş olduğundan, örneğin istihdam politikasına ilişkin düzenleme yapan bir çerçeve sözleşmede özel politika gerektiren grupların istihdamını artırmak amacıyla hazırlanan hükümde bu nitelikteki çalışanlara diğerlerine kıyasla daha uzun yıllık ücretli izin sürelerinin belirlenmesi dolaylı yoldan yıllık izne ilişkin bir düzenleme olacak ve aynı zamanda işçi lehine bir düzenleme de olacağından kanaatimizce geçerli sayılabilecektir¹³. Öğretide de toplu iş sözleşmeleriyle çerçeve sözleşmelerinin düzenledikleri konuların tamamen birbirlerinden ayrı olması gerekmediği kabul edilmektedir¹⁴. Ancak bu sonucun kabulü durumunda ortaya çözümlenmesi gereken başka bir sorun çıkmaktadır. Şöyle ki, çerçeve sözleşme ile düzenlenen yıllık izin hakkına ilişkin bir hükmün toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen aynı konudaki bir hükümle çelişmesi durumunda, hangi hükme üstünlük sağlanacağı belirlenmelidir. Bu sorunun yanıtı da yine çerçeve sözleşmenin toplu iş sözleşmesi niteliğinde kabul edilip edilme-

¹³ Bu konunun kanunda açık bir şekilde ifade edilmemiş olmasını eleştiren yönde, Ayşe Deniz **Postacı**, “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Çerçeve Sözleşme”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9,S.121-122, s.233.

¹⁴ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.225.

yeceğine göre değişecektir. Yetki koşulu aranmadan yapılan çerçeve sözleşmelere diğer toplu iş sözleşmelerinin üzerinde emredici bir etki sağlamanın mümkün olmaması gerektiği hem bu sözleşmenin kesinlikle bir toplu iş sözleşmesi olmayıp sadece borçlar hukuku anlamında bir üçüncü kişi yararına sözleşme olduğunu kabul edenler¹⁵ hem de bu sözleşmeyi kendine özgü bir toplu iş hukuku sözleşmesi olarak görüp, yürürlükte bir toplu iş sözleşmesi bulunmayan işyerlerinde iş sözleşmesine doğrudan uygulanabilecek diğer bir deyişle iş sözleşmesinin üzerinde bir etkiye sahip olan bir nitelikte görenler¹⁶ tarafından kabul edilmektedir. Dolayısıyla iki sözleşmenin birbiriyle çelişen hükümler içermesi durumunda, çerçeve sözleşmenin normatif hükümler içermemesi ve sadece sözleşme taraflarına karşılıklı borç yükleyici bir özelliğinin olması nedeniyle toplu iş sözleşmesi hükümlerine üstünlük tanınabilir. Ancak bu konuda açık bir hüküm bulunmamasının eksikliği de öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁷.

B.Yıllık İzne İlişkin Hükümlerin Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alış Biçimi

Toplu iş sözleşmelerine konulan hükümler özellikle iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin olup da doğrudan doğruya iş sözleşmesine konulabilecek türdeki hükümlerdir ve bunlar nötr hükümler biçiminde düzenlenmiş olabilir. “Nötr hüküm” olarak adlandırılan toplu iş sözleşmesi

¹⁵ Talat **Canbolat**, “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014, s.52; Kübra **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014, s.225.

¹⁶ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.226.

¹⁷ Talat **Canbolat**, “Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümler”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 Semineri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013,s.64.

hükümleri, iş mevzuatındaki emredici bir hükmün toplu iş sözleşmesinde tekrar edildiği veya bu hükme atıf yapıldığı hükümlerdir¹⁸. Böylece bu hüküm kanun hükmüne ek olarak normatif bir etkiye sahip olabilmektedir. Ancak uygulamada yıllık izne ilişkin pek çok toplu iş sözleşmesi düzenlemesinin nötr hüküm içermek yerine işçi lehine hükümler biçiminde düzenlenmiş olduğu görülmektedir.

Bundan başka yıllık ücretli izne ilişkin düzenleme içeren bir toplu iş sözleşmesi hükmünün başka bir toplu iş sözleşmesi hükmüne gönderme yapacak biçimde düzenlenmesi de mümkündür¹⁹.

Yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin “revizyon kayıtları” olarak adlandırılan toplu iş sözleşmesi hükmü biçiminde yazılması da mümkün olabilecektir. Bu tür kayıtlarla, toplu iş sözleşmesinde yer alan bir konunun belirli şartların ortaya çıkması veya belirlenen bir tarihte yeniden gözden geçirilmesine olanak tanınmaktadır.

Bundan başka bir de “rıza hükümleri” olarak ifade edilen ve toplu iş sözleşmesiyle işçinin onayının önceden alınması amaçlı kayıtlar içeren hükümlerden bahsetmek gerekir. Bu hükümlerle genellikle işçilerin fazla çalışmaya, denkleştirmeye ya da kısa çalışmaya onay vermelerine yönelik düzenlemelere rastlanır. Yıllık ücretli izinle ilgili olarak ise, özellikle yıllık iznin uygulanmasına yönelik rıza hükümleri oluşturulabilir. Yıllık iznin uygulanmasına ilişkin esasların düzenlendiği İş K.m.56/2 hükmüne göre; “(Değişik üçüncü fıkra: 14/4/2016-6704/16 md.)...53. maddede öngörülen izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden

¹⁸ Tuncay/Savaş Kutsal, s. 190; Narmanhoğlu, s.382; Karş. Sur, s.248.

¹⁹ Narmanhoğlu, s.383.

aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir.” Anılan hükümlerle yıllık izin sürelerinin bir bölümü on günden az olmamak üzere kaç bölünebileceği hususu önceden toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir mi? Bu maddenin 6704 sayılı Kanun’la değiştirilmeden önceki şeklinde yıllık izin sürelerinin tarafların anlaşmasıyla en fazla üçe bölünebileceği kabul edilmişti²⁰. Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği²¹nde ise, yıllık ücretli iznin işverence bölünemeyeceği ve kural olarak işveren tarafından sürekli bir şekilde verilmesinin zorunlu olduğu kabul edilmiştir.(Y.m.6) Düzenlemelerden anlaşılmaktadır ki, kanun koyucunun hedefi, yıllık ücretli iznin sadece işçinin onayıyla bölünebilmesine olanak tanımaktır. Bu onayın peşinen toplu iş sözleşmesi ile verilmesi ise kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Yetki alıp toplu iş sözleşmesi yapmış bir sendikanın işçileri temsil yetkisi olduğu hususu tartışmasızdır. Bu işçinin sendikaya üye olma iradesiyle hem toplu iş sözleşmesine hem de toplu iş sözleşmesiyle getirilen normatif kurallara onay vermiş sayıldığı²² kabul edilmiş olsa da, iznin kaç bölüneceğine ilişkin esaslar kişinin kendisince belirlenmelidir²³. Belirtmek gerekir ki, bu nitelikteki bir hüküm, “işyerinin çalışma düzeniyle ilgili” bir hüküm olduğundan, sadece sendika üyesi olan işçilere değil²⁴, tüm işçilere uygulanacak niteliktedir²⁵. Bu sonuç ise, sendika

²⁰ Hatta maddenin bundan önceki şeklinde, “bir bölümü 12 günden aşağı olmamak üzere ikiye bölünebileceği” yönünde bir ifadeye yer verilmişti.

²¹ RG., 03.03.2004, 25391.

²² Fevzi **Demir**, “Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, S.2, s.98.

²³ Bkz. D.3.

²⁴ Ancak Alman toplu iş sözleşmesi sistemi bizdekinden farklı olarak sadece toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın üyesi olan işçilere uygulanır, (Sebastian **Kreber**, “Alman İş Hukukunda Toplu Sözleşme Sistemi”, Çev: Yeliz **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Temmuz-Ağustos 2017, s.883).

²⁵ Örneğin, işçiye yararlılık ilkesi gereği, lisansüstü eğitim gören personelin öğretim dönemi boyunca haftada bir gün yıllık iznini kullanılması sağlanır.” biçiminde bir hüküm getirile-

üyeyi olmayan işçilere onları temsilen üyesi olmadıkları sendika tarafından onay verilmesi sonucunu doğuracaktır. Bu nedenle yıllık izin bölünmesinde olduğu gibi diğer rıza hükümlerinde de ihtiyatlı olarak ele alınması gereken toplu iş sözleşmesi hükümleri hazırlanmalıdır²⁶.

Toplu iş sözleşmelerine yıllık ücretli izinle ilgili konulabilecek bir diğer rıza hükmü de İş K. m.58’de düzenlenen “izinde çalışma yasağı”nın kaldırılmasına ilişkin hüküm olabilir. Anılan maddede, “Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir.” hükmüne yer verilerek aslında madde başlığında ifade edildiği gibi mutlak bir izinde çalışma yasağının bulunmadığını, işverene isterse izinde çalışan işçiye ödediği yıllık izin ücretini geri isteyebileceği düzenlenmiştir. Toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle işveren bu hakkında vazgeçebilecektir²⁷. Zira bu hüküm nispi emredici nitelikte olduğundan, işçi yararına ortadan kaldırılması da mümkün olmalıdır.

Bu konuda yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, sadece İş K.’da yer alan bu yasağın, bu kanun kapsamında olmayan işçiler için de getirilecek bir biçimde genişletecek bir toplu iş sözleşmesi hükmünü geçerli saymamak gerekecektir. Kanun koyucunun Deniz İş Kanunu, Basın İş Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu kapsamındaki işçiler açısından sessiz

rek işçinin on günden geriye kalan yıllık iznini birer gün olarak kullandırılmasının sağlandığı bir toplu iş sözleşmesi hükmü hazırlanabilir. Ancak kanaatimizce, “yıllık izin en fazla ikiye bölünerek kullandırılır.” şeklinde bir toplu iş sözleşmesi geçerli olamaz.

²⁶ Bu yöndeki eleştiri, **Sur**, s.254.

²⁷ Belirtmek gerekir ki, “rıza hükümleri”, öğretide Alman hukukundan esinlenerek sadece işçinin rızasının söz konusu olduğu hükümler olarak ele alınmaktadır. Ancak bunu işverenin rızası biçiminde de anlamının mümkün olmadığı yönünde bir hükme rastlanılmamaktadır.

kalarak bu yönde bir yasak getirmemesi yönündeki iradesini aşmamak gerekmektedir²⁸. Kaldı ki bu konudaki ILO Sözleşmelerinde de benzer bir yasağa rastlanılmamaktadır²⁹.

Bu yönde benzer bir tartışma konusu ise, işverenin yıllık izinden indirim yapabilmesine olanak tanıyan TBK.m.423 hükmünün toplu iş sözleşmesiyle ortadan kaldırılıp kaldırılamayacağıdır³⁰. Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK kapsamındakilere uygulanan yıllık izin esasları ile İş K. kapsamındakilere uygulananlar arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır. İlk akla gelen fark, bir yıllık bekleme süresine dahil edilecek çalışılmayan sürelerin İş Kanunu'ndaki kadar sınırlı sayılamamış olmasıdır³¹.

TBK m.423/son da, "...toplular iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz." ifadelerine yer verilerek, bazı durumlarda indirim

²⁸ Aynı yönde, **Akyiğit**, s.632.

²⁹ 24 Ekim 1936 tarihinde kabul edilen 54 sayılı Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İzinlerine İlişkin Sözleşme, 54 sayılı sözleşmeyi değiştiren 72 sayılı Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İzinlerine İlişkin Sözleşme, 1952 tarihli 101 sayılı Tarımda Çalışanların Yıllık Ücretli İzinlerine İlişkin Sözleşmeler (bunların bir kısmı ülkemizce onaylanmamıştır) de bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır.

³⁰ TBK.m.423'de; İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir. İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle iş görme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz. Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz." hükümlerine yer verilmiştir.

³¹ Ercan **Akyiğit**, "Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin", Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011, s.28 vd.

yapılamayacağına ilişkin yasağın ortadan kaldırılamayacağına işaret etmiştir. Dolayısıyla pozitif ayrımcılık içeren bu hükmün aksi yönünde bir toplu iş sözleşmesi hükmü geçersiz olacaktır. TBK m. 423 hükmü esasen işverenin maddede sayılan durumlar ortaya çıktığında yıllık izin sürelerinde kanun gereği indirim yapması yükümlülüğü biçiminde algılanmalıdır. Bu hüküm işverene tanınan bir olanaktan ibarettir. O halde bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile işverenin yıllık izin sürelerinde indirim gitme hakkından feragat etmesi geçerli olacaktır³². İşçi aleyhine indirim sürelerinin artırıldığı veya kanunda sayılan indirim sebeplerinin dışında yeni indirim sebeplerinin getirildiği toplu iş sözleşmesi hükmü ise geçerli olmayacaktır.

C. Yıllık Ücretli İzne Hak Kazanma Koşullarının Toplu İş Sözleşmesi İle Düzenlenmesi

1.Yıllık İzin Hakkı Olmayanlara Toplu İş Sözleşmesi ile Bu Hakkın Tanınması

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yıllık ücretli izin 4857 sayılı İş Kanunu'na tabi olan işçilere tanınan bir hak olduğu gibi tamamen benzer düzenlemelerle olmasa da TBK, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçilere de tanınan bir haktır. 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki yıllık izin hükümlerinden yararlanabilmek için bir yıllık kıdeme sahip olmanın yanında, kanunda belirlenen bazı sözleşme türleriyle çalışmıyor olmak gerekmektedir. İş K.m.53. maddesinde, "Niteliklerinden ötürü bir yıldan az süren mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlara bu Kanu-

³² Ercan Akyiğit, "Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İzin İşverence Kısaltımı (İndirimi)", Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.3, s.84.

nun yıllık ücretli izinlere ilişkin hükümleri uygulanmaz.” denilmek suretiyle ilk sınırlamanın mevsimlik iş ve kampanya işleri için yapılan iş sözleşmeleri için tespit edildiği görülmektedir³³. Anılan hükmün nispi emredici olmasının bir sonucu olarak toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümle bu tür işlerde çalışanlara da yıllık izin hakkı tanınabilecektir³⁴.

Ayrıca İş K.m.10’da, Bu Kanunun,53, 54, 55, 56, 57, 58....maddeleri süreksiz işlerde yapılan iş sözleşmelerinde uygulanmaz. Süreksiz işlerde, bu maddelerde düzenlenen konularda Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.” demek suretiyle yıllık izne ilişkin hükümlerin süreksiz iş sözleşmesiyle çalışanlara uygulanamayacağı kabul edilmiştir. Ancak kanaatimizce süreksiz iş sözleşmesiyle çalışanlara da yıllık izin hakkı tanıyan toplu iş sözleşmesi hükümleri getirmek teorik olarak mümkün olsa da, yıllık ücretli izinde temel amaç uzun süre çalışana dinlenme hakkı vermektir ve süreksiz iş sözleşmesiyle çalışan işçi açısından bu hükme gerek yoktur. Aynı işverene ait işyerlerinde yapılan sürekli-süreksiz çalışmaların birleştirilerek yıllık ücretli izne hak kazanılacak

³³ Önemle belirtmek gerekir ki, Yargıtay yeni tarihli bir kararında mevsimlik işe benzerlik gösteren “aralıklı çalışmalarda” mevsimlik işten farklı olarak işçinin yıllık izin hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Y.9.HD., 24.02.2015, 12664/7882 sayılı karar ve değerlendirmesi için bkz. Gaye Burcu **Yıldız**, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri 2015, İstanbul 2016, s.176.

³⁴ Zeki **Okur**, “Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin (Karar İncelemesi)”, Kamu-İş Dergisi, Y.2008, C.10 , S.2, s.9; Süleyman **Baştizerzi**, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Ankara 2011, s.89; Bu yönde hazırlanan toplu iş sözleşmelerinin geçeli olacağına ilişkin örnek Yargıtay kararları için bkz. Mehtap **Yücel Bodur**, “Mevsimlik İş Sözleşmesi İle Çalışanların Yıllık Ücretli İzin Hakları”, İş ve Hayat Dergisi, Y.2015, C.,S.1, s.135; **Tulukçu**, s.308.Dipnot 28’de bahsedilen Yargıtay kararında da, bu olanağa işaret edilmiş olduğu görülmektedir. Mevsimlik işlerde çalışanlara da bireysel ve toplu iş sözleşmesiyle izin hakkının tanınabileceği yönünde, Gaziantep BAM, 7. H.D., E. 2017/381 K. 2017/316 T. 9.3.2017, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/bolge-adliye-mahkemesi/gaziantep-bam-bam-7-hd-e-2017-381-k-2017-316-t-9-3-2017>, erişim tarihi, 12.07.2018.

sürenin belirlenmesine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri de belirlenebilir.

2.Bekleme Sürelerine İlişkin Hükümlerin Değiştirilmesi

Yıllık izne hak kazanabilmek için İş K.m.53'de yer alan en önemli koşul, öğretide bekleme süresi olarak ifade edilen ve en az bir yıl çalışarak veya çalışılmış gibi sayılarak geçirilen süredir. Çalışılmış gibi sayılan hallerin neler olduğu 55. maddede sayılmıştır. İş K.m.54/2'de "Bir yıllık süre içinde 55 inci maddede sayılan haller dışındaki sebeplerle işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır." Burada belirtilmesi gereken husus, maddede sayılan sürelerde toplu iş sözleşmesi ile değişiklik yapıp yapılamayacağıdır. Maddede on bir başlık altında sayılan çalışılmış gibi sayılan hallerin hükmün nispi emredici özelliğinden dolayı işçi lehine olacak biçimde artırılması mümkünken, bu başlıkların azaltılması veya sürelerinin düşürülmesi mümkün olmamalıdır³⁵. Maddenin son kısmında ifade edilen "işveren tarafından verilen diğer izinler" ifadesinin bir sonucu olarak toplu iş sözleşmesine işverenle anlaşarak yeni sürelerin eklenebilmesi olanağı ortaya çıkmaktadır. An-

³⁵ Y. 22. HD., 21.11.2013, E. 2012/28274, K. 2013/26371, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2014/2, S. 41, s. 396 vd. ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. Kübra **Doğan Yenisey**, "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul 2017, s.137.

cağ öğretide anılan sürelerin sınırlı sayı ilkesine göre belirleme yapıldığından, bunlara ekleme yapılamayacağı kabul edilmiştir³⁶.

3.İzin Sürelerinin Değiştirilmesi

İş K.m.53'de, işçilerin kıdemine göre değişen asgari yıllık izin süreleri şu şekilde belirlenmiştir; "İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi, hizmet süresi; a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara on-dört günden, b) Beş yıldan fazla onbeş yıldan az olanlara yirmi günden, c) Onbeş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmialtı günden az olamaz." Nispi emredici nitelikte düzenlenmiş bu hakla ilgili olarak aynı maddenin son kısmında, bu sürelerin toplu iş sözleşmeleri ile artırılacağı açıkça belirlenmiştir. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle izin sürelerinin artırılması mümkün olacaktır.

Anılan maddede tüm işçiler açısından genel nitelikteki bu düzenlemenin yanı sıra bazı çalışanlar için özel nitelikte ve pozitif ayrımcılık içeren hükümler kabul edilmiştir. İlk grup yer altında çalışan işçilerdir. "Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır."(m.53/5) ifadesine yer verilerek yasal izin sürelerini arttırmıştır³⁷. İkinci grup ise, 53/6. maddede şu şekilde ifade edilmiştir; "... onsekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz." Kuşkusuz bu hükümlerin de toplu iş sözleşmeleriyle yeni bir artışa tabi tutulması da mümkün olacaktır.

³⁶ Taner **Çöğenli**, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul,1983, s. 102; Öner **Eyrenci/Savaş Taşkent/Devrim Ulucan**, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017, s.336.

³⁷ 10/9/2014 tarih ve 6552 sayılı Kanun'un 5. maddesi ile değişik hüküm.

Toplu iş sözleşmeleriyle yıllık izin sürelerinin artırılmış olduğu durumlarda, öncelikle ele alınması gereken husus, artırılan kısmın da yasal yıllık ücretli izin süresiyle aynı esaslara tabi olup olmayacağıdır. Diğer bir ifade ile yıllık izin kullandırılmasının zorunluluğu, iznin bölünmezliği ilkesi, izinden vazgeçilemeyeceği gibi kuralların tümünün sadece yasal izin süreleri için değil, toplu iş sözleşmesiyle artırılan kısım için de kabul edilmesi gerekir. Bu konuda iş mevzuatımızda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda bu konuda iki farklı görüşün bulunduğunu aktaran Akyiğit'e göre, yıllık ücretli izinden vazgeçilememesi ilkesi ile ilgili olarak bireysel iş sözleşmeleriyle hak kazanılmış olan yıllık iznin fazlalık kısmından vazgeçmek mümkün olmalıdır³⁸. Ancak aynı kuralı toplu iş sözleşmeleri açısından da kabul etmek kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Bu nedenle yasal olarak belirlenen kısım için hangi ilkeler geçerli ise, artırılmış kısım için de aynı esasları kabul etmek gerekecektir.

İşçiye tanınan ücretsiz yol izni sürelerinin artırılması konusuna da değinmek gerekir. İş K.m.56/6'ya göre, "Yıllık ücretli izinleri işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde geçirecek olanlara istemde bulunmaları ve bu hususu belgelemeleri koşulu ile gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren toplam dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır." hükmü gereği kanunda düzenlenen dört günlük ücretsiz yol izni süresini de toplu iş sözleşmesi ile artırmak mümkün olacaktır. 1475 sayılı Kanun döneminde iznin ikiye bölünerek kullandırılması olasılığında "...işveren işçiye yedi günden fazla ücretsiz yol

³⁸ Akyiğit, s.77.

izni vermeye zorlanamaz.” hükmü yer almaktaydı³⁹. 4857 sayılı Kanunda bu yönde bir üst sınır yer almamaktadır. Acaba toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle ücretsiz yol izninde üst sınırın 1475 sayılı Kanun’daki gibi belirlenebilmesi mümkün olacak mıdır? Öncelikle bu belirlenimin amacını tespit etmek gerekecektir. Özellikle iznin bölünerek kullanılması olasılığında, her bir il dışında geçirilen yıllık izin için ayrı yol izni verilebilecek midir? Bu konuda öğretide bu iznin bir defaya mahsus verilebileceği⁴⁰ yönünde görüşler olduğu gibi her bir izin için ayrı ayrı uygulanabileceği görüşleri de mevcuttur⁴¹. 4857 sayılı Kanun 56. maddede “toplam dört güne kadar” ifadesini kullanmış olduğu için kanaatimizce yürürlükteki kanun döneminde bu tartışmanın bir önemi kalmamıştır. Dolayısıyla toplu iş sözleşmelerine de bu yönde üst sınır getiren hükümler koymaya da ihtiyaç bulunmadığı gibi özü itibarıyla nispi emredici olan yıllık izin hükümlerinden biri olan yol izni için de tarafların aralarında anlaşarak yol izin sürelerini artırmaları yönündeki toplu iş sözleşmesi hükümlerine sınır getirmemek gerektiği sonucuna ulaşılabilir.

Öte yandan anılan sürenin toplu iş sözleşmesiyle ücretli hale getirilmesi de kanaatimizce mümkün olmalıdır⁴². Böyle bir olasılıkta kuşkusuz ortaya çıkacak alacak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir alacak

³⁹ Maddenin devamında “işyerinin kurulu bulunduğu yerden başka bir yerde iznini geçirecek olanlara, eğer isterlerse gidiş ve dönüşlerinde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere işveren yedi güne kadar gereken ücretsiz izni vermek zorundadır.” hükmüne yer verilmişti. O dönemde yedi günden fazla ücretsiz izin verilmemesi hususunun iznin bölünmesi ve işyerinin bulunduğu il dışında geçirme olasılıklarının ikisi için de bir sınır teşkil edip etmeyeceği tartışılmış, baskın görüş, “işveren işçiye yedi günden fazla ücretsiz yol izni vermeye zorlanamaz” yönündeki sınırlamanın işyerinin bulunduğu yer dışında izin geçirilmesi olasılığını kapsamadığı yönünde olmuştur, (Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986, s.892).

⁴⁰ Tulukçu, s.353.

⁴¹ Serkan Bingöl, Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2012, s.63.

⁴² Aynı yönde Tulukçu, s.317.

olacağından, STİSK.m.53/2’de belirtildiği gibi uygulanacak faiz oranı işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı olacaktır⁴³.

D. Yıllık İzin Kullanımına İlişkin Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

1.Yıllık İzin Süresinden Sayılmayacak Durumlar

İş K.m.56/5’de, “Yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri izin süresinden sayılmaz.” hükmüne yer verilerek anılan sürelerin yıllık izin süreleriyle iç içe geçemeyeceği açıklığa kavuşturulmuştur⁴⁴.

Ayrıca İş K.m.59/2 ve Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği⁴⁵’nin 6. maddesinde, “İşveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde İş Kanunu’nun 17. maddesinde belirtilen bildirim süresi⁴⁶ ile 27. maddesi gereğince işçiye verilmesi zorunlu yeni iş arama izinleri, yıllık ücretli

⁴³ Toplu iş sözleşmesinden doğan alacak kavramı ile ilgili olarak bkz. Fevzi Şahlanan, “Toplu İş İlişkileri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, İstanbul 2016, s.520.(Seminer 2015)

⁴⁴ 9. HD., E. 2016/1177 K. 2016/15294 T. 27.6.2016 sayılı kararda, “toplu iş sözleşmesinde yasadaki açık hükme aykırı bir biçimde “ yıllık ücretli izin sürelerinin içine rastlayan hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günleri izin süresine dahildir” yönündeki düzenlemeye itibar edilmemesi ve yıllık izin ücreti hesaplanırken bu toplu iş sözleşmesine göre işlem yapılmaması gerektiğine hükmedilmiştir.Kakar metni için bkz, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/9-hukuk-dairesi-e-2016-1177-k-2016-15294-t-27-6-2016>, erişim tarihi 12.07.2018.

⁴⁵ RG.03.03.2004, 25391.

⁴⁶ 7. HD., E. 2016/17771 K. 2016/17890 T. 31.10.2016 tarihli karara göre, “Yıllık izin ile ihbar öneli iç içe geçemeyeceğinden yıllık iznin ihbar önelinden önce kullanılması asıl olup hiçbir şekilde ihbar öneli ile yıllık izin iç içe girmemelidir... Yıllık izin ile ihbar önelinin iç içe girmesi yıllık izni değil ihbar önelini geçersiz kılar.”, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/7-hukuk-dairesi-e-2016-17771-k-2016-17890-t-31-10-2016>, erişim tarihi, 12.07.2018.

izin süreleri ile iç içe giremez.” denilerek işçi lehine iki farklı süreye daha işaret edilmiştir.

Öte yandan, haftada sadece beş gün çalışılan işyerlerinde hafta tatili dışında kalan çalışılmayan gün yıllık izin süresine eklenmeyecek, diğer bir ifade ile bu tatil günü ile yıllık izin süresi iç içe girecektir⁴⁷.

Ayrıca açıkça Kanun’da yer almasa da, yıllık izin sürelerinde işçinin hastalık nedeniyle rapor alması olasılığında rapor süresi ile izin süresinin de iç içe geçmemesi gerektiği öğretide ağırlıklı olarak kabul edilen görüştür⁴⁸.

Grev ve lokavtta geçen zamanlar da aşağıda ele alınacağı gibi yıllık izinle iç içe geçebilecek nitelikte olmayan sürelerdir⁴⁹.

Kanunda ve Yönetmelikte sayılan bu durumların dışında yeni durumları toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle çoğaltıp çoğaltılmayacağı üzerinde durulmalıdır. Örneğin, işçi açısından ortaya çıkan zorlayıcı haller ile kanundan doğan bir ödevin yerine getirilmesi gibi durumların da yıllık izin süreleriyle iç içe giremeyeceği kanaatimizce toplu iş sözleşmeleriyle belirlenebilir.

⁴⁷ Sarper **Süzek**, İş Hukuku, İstanbul 2016, s.873, Tankut **Centel**, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s.234.Bu yönde Yargıtay kararları, 9. HD’nin 15/06/2015 tarih, E.2015/16428, K.2015/21565 ve yeni tarihli **İzmir BAM, 7. Hukuk Dairesi**, E. 2017/1602, K. 2017/1644, 11/01/2018 ve bu kararı isabetsiz bulan karar incelemesi için bkz. Fevzi **Şahlanan**, “**Haftada 5 Gün Çalışılan İşyerlerinde Cumartesi Gününün Yıllık Ücretli İzin Süresinden Sayılıp Sayılmaması**”, <http://www.tekstilisveren.org.tr/hukuk/karar-incelemeleri>, erişim tarihi, **13.07.2018**.

⁴⁸ **Çelik/Caniklioğlu/Centel**, s. 697; Hamdi **Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı /Ulaş Baysal**, İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s.471.

⁴⁹ **Tulukçu**, s.329.

2.İznin Kullanım Tarihinin Belirlenmesi

İlgili Yönetmeliğin 7/1. maddesine göre, “Yıllık ücretli izne hak kazanan işçi izin talebini kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir.”Ancak işveren yönetim hakkı gereği kendi uygun göreceği bir tarihte işçinin izne çıkma tarihini kararlaştırır. Bu belirlemeyi yaparken işveren Yönetmelik’te düzenlenen bazı kurallara da uygun davranmak zorundadır. Örneğin, 100 işçiden fazla çalışanı olan işyerlerinde izne çıkma zamanını yıllık izin kurulu belirlemelidir. İzin kurulu izne çıkış tarihleriyle ilgili bir sıralama çizelgesi hazırlayarak bu esaslara göre izne çıkışları belirler. Kurul, bunu yaparken işçinin talebini de göz önünde bulundurmalıdır. Ayrıca Yönetmeliğin 8/3. maddesindeki, “aynı tarihe rastlayan izin isteklerinde işyerindeki kıdem ve bir önceki yıl iznini kullandığı tarih dikkate alınarak öncelikler belirlenir.” şeklindeki düzenleme ile iznin kullanım tarihinin belirlenmesinde keyfi uygulamaların önüne geçilmek istenmiştir. Bu noktada toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle izin tarihi belirlemede farklı kriterler belirlemek mümkün olmalıdır. Elbette bu yapılırken işçiler arasında ayrımcılık teşkil edecek nitelikte düzenlemeler geçerli olmayacaktır. Örneğin “yıllık izin taleplerinde öncelikle çocuklu kadın işçilerin taleplerine göre değerlendirme yapılır.” şeklindeki bir hüküm getirmek mümkün olacakken, “yıllık izin taleplerinde öncelikle taraf sendikaya üye işçilerin taleplerine göre değerlendirme yapılır.” hükmü geçerli olmamalıdır.

İzin tarihi belirleme konusunda, toplu iş sözleşmelerine, hak kazanılan hizmet yılı içinde kullanılmayan iznin en geç bir sonraki yılın belirli bir tarihine kadar kullandırılması yönünde bir hükmün de konulabileceği kanaatindeyiz. Yıllık iznin kullanım biçimi ile ilgili olarak mev-

zuatımızda aslolan işçiye bireysel biçimde bir kullanım sağlamaktır. Ancak Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'nin 10. maddesinde, “İşveren veya işveren vekili Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süre içinde, işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayan toplu izin uygulayabilir.” ifadesine yer vermek suretiyle bazı işçilerin işverence toplu izin kullanma yükümlülüğü oluşturulmasına olanak tanınmıştır. Toplu izin uygulaması bireysel iş sözleşmelerinden öte toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenebilecek nitelikte bir husustur. Yapılacak düzenlemede “işçi sayısının belirli bir rakamın altına indiği durumlarda işverenin toplu izne çıkarma hakkını kullanamaması” na ilişkin hükümler konulabilmelidir. İlgili yönetmelikte belirli bir sayı sınırı getirilmemiş olsa da, toplu izin uygulamasının izin kurulunun hazırlayacağı çizelgelerle yapılması gerektiği yönündeki yönetmelik hükmünden hareketle, 100 kişiden az işçinin çalıştığı işyerlerinde izin kurulu bulunmadığından, toplu iznin de ancak izin kurulu bulunan işyerinde uygulanabileceği sonucu ortaya çıkmaktadır⁵⁰. Bu durumda toplu iş sözleşmelerine yukarıda belirtilen hükmün aksine birden fazla işçinin bulunduğu ve yapılan işin niteliğinin de toplu izin kullanımına elverişli olduğu durumlarda işvereni yıllık izin kurulu kurma yükümlülüğü altına sokan hükümler konulabileceği gibi izin kurullarında kaç kişinin/kimlerin görev alacağına ilişkin hükümler de konulabilmelidir⁵¹. İzin

⁵⁰ Aksi yönde **Akyiğit**, s.305. Yazar, Yönetmelik hükmünü, 100 den az işçisi olan işyerleri açısından işverenin izin kurulu kurma yükümlülüğü olmasa da bunu yapmasına herhangi bir engelin de olmadığından, ihtiyari olarak izin kurulu kurabileceğini bu yüzden toplu izinle ilgili 100 işçi sayısına gerek olmadığı en az üç işçinin bulunduğu işyeri açısından izin kurulu kurulabileceği görüşündedir. Ancak kanaatimizce kanun koyucunun iradesi bu yönde olsaydı ilgili yönetmeliğe, “toplu izin uygulamasının olduğu işyerinde izin kurulu kurulması zorunludur” yönünde bir hüküm koyması gerekirdi.

⁵¹ İlgili yönetmeliğin 15. maddesinde biri işveren ikisi işçi temsilcisi olmak üzere üç kişiden oluşacak bir kuruldan söz edilmiştir. Ayrıca kurul üyelerinin seçimine ilişkin esaslara da yer verilmiştir.

kurullarının oluşumuna ilişkin konulacak hükümler, toplu iş sözleşmelerinin normatif kısmının “işyerinin çalışma düzeniyle ilgili” bölümünde yer alacaktır⁵².

Yıllık iznin kullanımıyla ilgili kullanım zamanının belirlenmesi, toplu izin kullanımı gibi hususların ise işvereni sendikaya değil de işçilere karşı yükümlülük altında soktuğundan, toplu iş sözleşmesinin borç doğurucu kısmında olamayacağı kuşkusuz olmakla birlikte iş sözleşmesinin içeriğine ilişkin normatif hükümlerden, doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili kısma mı yoksa işyerinin çalışma düzeniyle ilgili kısma mı dahil etmemiz gerektiği hususu tartışmaya açıktır. Kanaatimizce, toplu izin kullanılmasıyla ilgili hükümlerin işyerinin çalışma düzeniyle ilgili hükümler oldukları, doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümlerden sayılamayacağını kabul etmek gerekir. Varılan sonucun gerekçesini ise, Eyrenci, bu hükümlerin birey olarak işçiyi etkilemesinin toplu iş sözleşmesinin işçinin iş sözleşmesine olan normatif etkisinden değil de, onun işyerinde ortak çıkarları olan bir üyesi olmasından kaynaklanması biçiminde açıklamaktadır⁵³. Ancak eklemek gerekir ki, işyerinin çalışma düzeniyle ilgili hükümler arasında ifade ettiğimiz yıllık iznin kullanılmasıyla ilişkili hükümlerin, hiçbir surette işçiye bireysel talep hakkı veremeyeceği biçiminde de yorumlanmaması gerekir.⁵⁴ Örneğin, birkaç işçiden oluşan bir işyeri biriminin çalışanlarının, işyerinin genelinde uygulanan

⁵² **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.834. Anılan yazarlar, doğrudan yıllık izin kurullarıyla ilgili olmasa da benzer bir uygulama olan “sendika üyelerinin disiplin kurullarında görev almalarına ilişkin hükümlerin” bu kısımda yer alması gerektiği görüşündedir. Aynı yönde, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.192.

⁵³ Öner **Eyrenci**, “Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri”, Kamu-İş Dergisi, Nisan 1988, s.12.

⁵⁴ **Şahlanan**, s.19.

toplu izin sistemine dahil edilmemelerini istemeleri bireysel nitelikli bir talep hakkı olmalıdır.

3.Toplu İş Sözleşmesine Yıllık Ücretli İznin Bölünmesine İlişkin Esaslar Konulması

İş K.m.56/2’de, “izin süreleri, tarafların anlaşması ile bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler hâlinde kullanılabilir.” hükmüne yer verilerek iznin işverence sürekli bir şekilde verilmesi zorunluluğuna istisna getirmiş olmaktadır. Bu noktada toplu iş sözleşmesine işçilerin yıllık ücretli iznin bölünmesine peşinen onay verdiği ve rıza hükümleri olarak adlandırılan hükümler konulması mümkün olacak mıdır? Benzer bir durum olan fazla çalışma onayının peşinen toplu iş sözleşmeleriyle alınmasının mümkün olduğu öğretide ağırlıklı olarak kabul görmektedir. Bu konuda Akyiğit, izni bölmenin işçinin özel yaşamını ilgilendirdiği kabul edilirse anlaşmanın da mutlaka işçi ile işveren arasında yapılabileceğini, şayet iznin bölünmesinin iş sözleşmesinin içeriğini ilgilendirdiği kabul edilirse toplu iş sözleşmesiyle iznin bölünmesinin mümkün olacağını ifade etmektedir⁵⁵. Kanaatimizce yıllık izinde asıl amaç, işçinin hak ettiği yıllık izne en iyi ne şekilde gerçekleşecekse o yönde bir kullanım biçimi sunmak olacağından, bu durumun tespiti de ancak yıllık izne hak kazanılıp kullanma aşamasında belirlenecektir. Bu nedenle kural olarak izne çıkmadan çok önce bir toplu iş sözleşmesi hükmü ile bu belirlemeyi yapmak işçinin o yılki izin kullanımıyla ilgili iradesini yansıtamayacaktır. Zira bir işçi açısından uygun olan bölünme biçimi diğer işçi için ol-

⁵⁵ Akyiğit, s.310.

mayabileceğinden bu anlaşmanın toplu iş sözleşmeleri yerine bireysel iş sözleşmeleriyle belirlenmesi daha isabetli olacaktır⁵⁶.

4.İzinde Çalışma Yasağının Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenlenmesi

İş K.m.58’de, “Yıllık ücretli iznini kullanmakta olan işçinin izin süresi içinde ücret karşılığı bir işte çalıştığı anlaşılırsa, bu izin süresi içinde kendisine ödenen ücret işveren tarafından geri alınabilir.” hükmü yer almaktadır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki, toplu iş sözleşmelerine izinde çalışma yasağının bulunmayacağı yönünde bir hüküm koymaya gerek olmayabilecektir⁵⁷. Zira maddenin yazım biçiminden bu konuda işverene takdir hakkı tanınmış olduğu açıktır. Ancak izinde çalışma yasağı kapsamının genişletilmesi diğer bir ifade ile sadece İş Kanunu’nda yer alan bu yasağın bu kanun kapsamı dışında kalanları da içine alacak biçimde toplu iş sözleşmesiyle düzenlenip düzenlenemeyeceği tartışılmalıdır. Öncelikle şu hususun ortaya konulması gerekir ki, sadece 4857 sayılı İş Kanunu’nda düzenlenen bu yasağın genel kanun-özel kanun ilişkisi gereği Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu’na uygulanması mümkün olmayacağı gibi TBK kapsamındaki işçilere aynı yasağı genişletmek ise, TBK genel kanun niteliğinde olduğundan hiç mümkün olmayacaktır⁵⁸.

⁵⁶ Karş. **Tulukçu**, s.350-351.

⁵⁷ Her ne kadar yasağın toplu iş sözleşmesi ile kaldırılmasına ihtiyaç olmayacağını ifade etsek de, bu durum elbette toplu iş sözleşmesi ile yasağın tamamen kaldırıldığı hükümlerin geçerliliğini etkilemeyecektir.

⁵⁸ Deniz İş Kanunu-İş Kanunu ilişkisinde, her iki kanunun özel kanun niteliğinde olmasından dolayı Deniz İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan tüm durumlarda İş Kanunu hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır. Bunun için Deniz İş Kanunu’nda açıkça İş Kanunu’na atıf yapıldığında ancak bu mümkün olabilecektir, (Bektaş **Kar**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’na Etkisi”, İÜHFM C. LXXII, S. 2, s. 167-176, 2014, s.169). Basın İş Kanunu ile İş Kanunu arasında da genel-özel kanun ilişkisi bulunmadı-

Bu durumda kanun ile getirilmemiş bir yasağın toplu iş sözleşmesiyle İş Kanunu kapsamı dışındakilere yönelik olarak genişletilmesi de kabul edilemeyecektir.

Yıllık izinde çalışma yasağının yaptırımı, ilgili maddede izin ücretinin işverence geri alınabilmesi olarak ifade edilmiştir. Öğretide bazı yazarlar ise, bu davranışın sadakat borcuna da aykırılık oluşturacağından, işverene haklı fesih olanağı tanıdığı ileri sürmektedir⁵⁹. Bu aşamada akla gelen soru, izinde çalışma yasağına aykırı davranan işçiye toplu iş sözleşmesi ile aylıktan kesme veya “işçinin davranışlarından kaynaklanan” bir geçerli neden ya da haklı nedenle fesih yaptırımlarının uygulanmasının mümkün olup olmayacağıdır. Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle, izinde çalışma yasağına aykırı davranan işçinin kanunda belirtildiği şekilde yıllık izin ücretinin geri istenmesine ilave olarak, ücretten kesme cezası da verilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Fesih konusunda ise, öncelikle ifade etmek gerekir ki, kanaatimizce yıllık izinde çalışma yasağının ihlal edildiği her durum mutlaka sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edilmemelidir. Zira bizim hukukumuzda sadece izinde ücretli işte çalışmak yasaklanmıştır. Oysa Alman hukukunda “iznin amacına uymayan kazanç elde etmek suretiyle geçirilmesi” yasaklanmıştır ve yeterince dinlenemeyip hazır olmayan bir

ğı, Basın İş Kanunu'ndaki boşluklara İş Kanunu değil TBK hükümlerinin uygulanması gerektiği öğreti görüşü ve yargı kararlarıyla kabul görmüştür. Bu konuda Haluk Hadi **Sümer**, Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013, s.17; YHGK., 16.05.2001, 9-417/419, www.kazancı.com.tr, erişim tarihi, 22.06.2018.

⁵⁹ Ahmet **Sevimli**, “Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2010, S. 18, s.40. Ancak bu durumun haklı fesih oluşturacak ağırlıkta olmayacağından işverene geçerli fesih hakkı vereceği yönünde yargı kararları da bulunmaktadır. Y.9. H.D. , 24.01.2011, E.2009/46353, K.2011/91, (www.uyap.gov.tr).

şekilde tekrar işbaşı yapılan durumlar yasağa aykırılık teşkil edip sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edilmiştir⁶⁰.

Haklı nedenle fesihte ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile ilgili olarak tarafların aralarında anlaşarak kanunda sayılmayan bir durumu haklı fesih sebebi kabul etmeleri mümkündür. İzinde çalışma yasağına aykırılığı doğrudan doğruluk ve bağlılığa uymayan (m.25/II-e) bir neden olarak göremediğimiz durumlarda bu fesih sebebine benzer yeni bir fesih sebebi oluşturmayla ilgili olarak şu şekilde yorum yapılabilir; kanunda sayılmayan yeni bir sebebin taraflarca toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle haklı fesih sebebi yapılabilmesi kural olarak mümkündür⁶¹. Yeter ki kanunda sayılan durumlara benzer nitelikte olsun. Böylece toplu iş sözleşmesine “yıllık izinde başka bir işverene ait işyerinde çalıştığı tespit edilen işçilerin iş sözleşmeleri haklı nedenle feshedilir.” hükmü koyabilmek mümkün olacaktır.

E.Yıllık İzin Ücretine İlişkin Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

1.Yıllık İzin Ücretinin Hesabı ve Ödenme Usulüne İlişkin Toplu İş Sözleşmesi Hükümleri

Yıllık izin ücretiyle ilgili olarak ilk belirtilmesi gereken, iki farklı ücretin söz konusu olduğudur. İlki iş sözleşmesi devam ederken işçiye

⁶⁰ **Akyiğit**, s.604-606. İsviçre Hukuku'nda da “işçi yıllık izin sırasında üçüncü bir kişi için ücretli olarak iş görür ve işverenin haklı menfaatlerini zedelerse, ödenmiş izin ücretlerini geri isteyebilir.” ifadesine dayanarak, aykırılık durumunun sadakat borcuna aykırılık olduğu belirtilmiştir, (Hamdi **Mollamahmutoğlu**/ Muhittin **Astarlı** ,”6098 Sayılı TBK'nın İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.1, İstanbul 2011, s.619-620).

⁶¹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.275; **Çelik /Caniklioğlu/Canbolat**, s.571; E.Tuncay **Senyen Kaplan**, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017, s.307.

izin kullandırılan süreçte ödenmesi gereken ücret, ikincisi iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanılmayan yıllık ücretli iznin izin ücreti alacağına dönüşmesidir.

İş sözleşmesi devam ederken izin kullandırılan süreçte işçiye ödenmesi gereken ücretle ilgili bu husus, İş K.m.57/1’de, “İşveren, yıllık ücretli iznini kullanan her işçiye, yıllık izin dönemine ilişkin ücretini ilgili işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek zorundadır.” demek suretiyle belirlemiştir. Ücretin hesabında dikkate alınacak esaslar ise, anılan maddede 50. maddeye yapılan atıfla, “Fazla çalışma karşılığı olarak alınan ücretler, primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar, ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretlerin tespitinde hesaba katılmaz.” hükmüyle özetle çıplak ücret üzerinden bir hesap yapılmasına işaret etmektedir⁶². Bu noktada anılan hükmün işçi lehine değiştirilebileceği kanaatiyle, toplu iş sözleşmelerine giydirilmiş ücret üzerinden bu hesaplamanın yapılabileceği yönünde bir hüküm konulabilecektir. Öte yandan, hesaplamada kullanılacak ücretin brüt mü yoksa net mi olacağı hususundaki bir belirlemenin de toplu iş sözleşmesiyle açıklığa kavuşturulması mümkündür. Ücretle ilgili hesaplamalarda genel kabul gören, brüt ücret üzerinden hesaplama yapılmasıdır. Bu nedenle iş sözleşmesi devamında kullanılan yıllık izin ücretinin hesabında da, brüt ücret dikkate alınmalı ancak işveren ücretten kesintiler yapmak zorunda olacağından, brüt değil net ücret üzerinden işçiye ödeme

⁶² Y 9HD. , 30.09.2003 tarih, E. 2003/2771, K. 2003/15686 sayılı kararı. (www.uyap.gov.tr.)

yapılması gerekmektedir⁶³. Aynı esas iş sözleşmesi sona erdikten sonra ortaya çıkan yıllık izin ücretine de uygulamak mümkündür.

Ayrıca anılan ücretin hesabında hangi andaki ücret miktarının dikkate alınacağı da bir başka sorundur. İzne hak kazanılan tarihin mi yoksa gecikmeli olarak iznin fiilen kullanıldığı tarihin mi dikkate alınacağı hususunda mevzuatımızda bir açıklık olmamakla beraber, iznin fiilen kullanıldığı andaki ücret üzerinden hesaplanması esasını kabul etmenin işçi lehine olacağı açıktır. Bu nedenle toplu iş sözleşmelerine, “iznin fiilen kullanıldığı andaki ücret üzerinden” hesaplama yapılması ya da hak kazanılan tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılarak bu tarihten sonraki gecikmeli kullanımlar için de faiz uygulamak ve anılan faiz oranını da temerrüt tarihinden itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı olarak kabul eden hükümler konulabilecektir.

İkinci durum olan iş sözleşmesi sona erdikten sonra kullanılmayan yıllık ücretli iznin izin ücreti alacağına dönüşmesi⁶⁴ olasılığında ise İş K.m. 59’da belirtildiği üzere, “İş sözleşmesinin, herhangi bir nedenle sona ermesi halinde işçinin hak kazanıp da kullanmadığı yıllık izin sürelerine ait ücreti, sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücreti üzerinden kendi-

⁶³ Bu yönde yeni tarihli bazı Yargıtay kararları da bulunmaktadır. Örneğin, Y.9. HD, E.18934, K.20059, 17.06.2014, <https://www.kararara.com/forum/viewtopic.php?f=47&t=21063>, erişim tarihi, 29.05.2018; Y. 9. HD., E. 2016/10536, K. 2017/1928, 14.2.2017, kazancı.com.tr.

⁶⁴ Bu noktada ifade etmek gerekir ki, aslında kullanılmayan yıllık ücretli izin tam olarak ücret alacağına dönüşmemekte, aslında hak edilmiş yıllık ücretli izin süresi alacağı İş K.m.59 hükmüne göre hesap edilmektedir. Bunun sebebi olarak ise, yıllık ücretli iznin kullandırılmamasının işveren açısından yeterli bir yaptırım olmamasıdır, (Mehmet Onat **Öztürk**, “Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.35, Y.2012/4, s.76-79). Var olan yaptırım sadece işverene idari para cezası ödetmek olsa da, bu ceza işçinin dinlenme hakkına etki eden ve onun lehinde olan bir düzenleme değildir.

sine veya hak sahiplerine ödenir.” hükmü gereği hesaba katılacak ücret sözleşmenin sona erdiği tarihteki ücret olacaktır⁶⁵. Ücret türü olarak burada da çıplak ücretin dikkate alınacağı açıktır⁶⁶. Şayet kullanılmayan birden fazla yıla ilişkin izin alacağı varsa bunlar için her birini ait oldukları ücret değil, sözleşmenin sona erdiği tarihteki son ücret dikkate alınmalıdır⁶⁷.

Ücretin ödenmesine ilişkin 57. maddede ücretin ödenme yöntemi olarak, ” ...işçinin izine başlamasından önce peşin olarak ödemek veya avans olarak vermek...” ifadelerine yer verilmiştir. Yıllık izin ücretinin işçiye peşin olarak ödenmesi genel prensip olan “çalıştıktan sonra ücret alma” sistemi içinde tutarlı ve anlaşılabilir olsa da, yıllık izin ücretinin avans olarak işçiye ödenmesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu konuda ileri sürülen görüşlerden biri, henüz yıllık izne hak kazanmak için aranan bekleme süresini doldurmadan işçiye yıllık izin ücretinin avans olarak verilebileceği yönündedir⁶⁸. Bu görüşün kabulü aslında sadece ücretin değil, izninde hak edilmeden önce bir nevi “avans izin” olarak kullanılması anlamına gelecektir⁶⁹. Yoksa iznin ayrı tarihte kullan-

⁶⁵ Anılan hüküm 132 sayılı Ücretli Tatiller ILO Sözleşmesi’nin 11. maddesinde belirlenen esasa da uygundur. Belirtmek gerekir ki 1970 tarihli revize edilmiş bu sözleşmeye ülkemiz taraf değildir. Ancak yine de 1475 sayılı kanunda iş sözleşmesinin feshi durumunda ödenecek yıllık izin ücretini düzenleyen hükmün, anılan sözleşmeye uygun bir biçimde fesih değil, “iş sözleşmesinin herhangi bir nedenle sona ermesi” olarak genişletilmiştir.

⁶⁶ Y.9. HD.,E.10497/K.23425, 22.12.2003, Legal İHSGHD,S.Y.2004, s .635.

⁶⁷ Y.9. HD., E. 2009/35734, K. 2012/223, 21.03.2012, <http://ilknurtemel.av.tr/yillik-izin-ucreti-son-ucret-uzerinden-odendir-is-akdinin-feshedilmis-olmasi-sarttir-calisma-suresinin-belirlenmesi-usulu/>, erişim tarihi, 30.05.2018.

⁶⁸ **Akyiğit**, s.401.Yazar tam olarak bu görüşte olduğunu açıkça ifade etmemekle birlikte alternatif görüşlerden birinin de bu olacağını savunmaktadır.

⁶⁹ Avans iznin tarafların anlaşmasıyla izne hak kazandırılmadan kullanılabilmesi yönünde, Turgay **Özen**, “Yıllık Ücretli İzin ve Avans İzin Kullanımı”,

dırılıp, ücretinin ayrı tarihte ödenmesi esaslı yıllık izin sistemimize uygun olmayacaktır. Kanaatimizce İş Kanunu'nda dahi düzenlenmeyip TBK'da genel hükümlerle yetinilerek düzenlenen avans konusunun 57. maddeden çıkarılması daha isabetli olacaktır. Zira kanun koyucunun burada hedefi, yıllık iznini kullanmakta olan işçinin ücret kaygısı yaşamamasını sağlamaktadır. Ücretin işçi izne başlamadan evvel peşin olarak ödenmesi zorunluluğu da bu hedefi karşılayacak niteliktedir⁷⁰.

2.Yıllık İzin Ücretinin Ödenmemesinin Sonuçlarının Toplu İş Sözleşmesiyle Belirlenmesi

Yıllık izin ücretinin ödenmemesinin sonuçlarıyla ilgili olarak verilecek en belirgin örnek Basın İş Kanunu'nda şu şekilde yer almaktadır; Basın İş K.m.29'a göre, "Gazeteciye bu Kanun'un 21. maddesinde yazılı yıllık izni vermeyen veya izni vermiş olup da, izin müddetine ait ücreti ödemeyen işverene, yıllık izin vermediği veya izin süresine ait ücretleri ödemediği kimsenin izin müddetine tekabül eden ücretler yekûnunun üç katı kadar idarî para cezası verilir; ayrıca gazeteciye ödenmesi gereken ücret toplamı, iki kat olarak ödenir." Görüldüğü gibi anılan maddede işverene yıllık izin ücretini gerektiği gibi ödememesinin sonucu olarak hem idari para cezası hem de izin ücretinin artırımlı bir biçimde ödetil-

<http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/turgay/032/>, erişim tarihi 11.07.2018. Ancak bu şekilde bir kullanım uygulama sorunlarını beraberinde getirebilecektir. Örneğin işçinin avans izin kullandıktan sonra izne hak kazanma koşullarını tamamlayamadan işten ayrılması durumunda izin ücretinin geri istenebilmesi yeterli olacak mıdır? Bunun yerine işçiye mazeret izni vermek daha isabetli olacağından, toplu iş sözleşmelerine "avans yıllık ücretli izin" verilmesine ilişkin esaslar konulmaması gerektiği kanaatindeyim.

⁷⁰ Yıllık izin ücretinin peşin olarak ödenmesi gerektiği yönünde, Y.9.HD., 21.09.2010, E.2008/35153, K.2010/25203, Uğur **Ocak**, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilik Alacakları, C.1, Ankara 2013, s.1224.

mesi gibi yaptırımlar getirilmiştir. Bu hükümlerin dışında izin ücretinin ödenmemesinin akla gelen ilk sonuçlarının işçi tarafından açılacak bir ifa davasıyla gecikme faiziyle birlikte ücret alacağını talep etmesi ve işçinin ücretinin ödenmediği gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshi olabileceğini söylemek mümkündür. Ödenmeyen yıllık izin ücreti de zorunlu arabuluculuk kapsamındaki işçilik alacakları arasında sayılabileceğinden, 7036 sayılı K.m.3 hükmü gereği işçi iş mahkemesine gitmeden önce, zorunlu arabuluculuğa başvurmalıdır⁷¹.

İlk olarak işçinin açacağı dava üzerinde durmak gerekirse, söz konusu davanın iş sözleşmesi devam ederken kullandırılmayan yıllık izin sürelerine ilişkin ücretin talep edildiği sadece bir ifa davası mı yoksa henüz sözleşme sona ermeden açılacak davanın hem ücret hem de izin kullandırılmasının talep edildiği bir eda davası mı olacağı açık değildir. Öğretide Akyiğit, bu durumda bir eda davası açılması gerektiği ve hem iznin hem de ücretin talep edilmesi gerektiği⁷² görüşünde olmakla birlikte, bunun mümkün olamayacağı yönünde eski tarihli Yargıtay kararı olduğunu da belirtmek gerekir⁷³. Bir başka kararda ise, davanın sadece tespit davasına konu olabileceği ifade edilmiştir⁷⁴. Şayet iş sözleşmesi devam ederken işçi fiilen yıllık iznini kullandıysa ancak bu süreye ilişkin ücreti alamadıysa ve bir diğer olasılık olarak iş sözleşmesi sona ermiş olmasına

⁷¹ Yıllık ücretli izin ücreti alacağının dava şartı olarak zorunlu arabuluculuğa konu olacağı hususunda, bkz. kanun gerekçesi, m.3, http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/imk_gerekceli_duz_metin.pdf, s.13, erişim tarihi, 17.11.2018; ayrıca bkz. Mustafa Çiçek, İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s.190-197.

⁷² Akyiğit, s.444.

⁷³ “Mahkeme işçinin yıllık izninin kullanılması hakkında bir karar veremez. Bu idari bir mevzuudur.” yönünde karar, Y. 9. HD, 9.1.1964, 2341/71, Sevimli, s.42.

⁷⁴ Y. 9. HD, 9.4.2009, E. 2007/38515, K. 2009/10133, www.kazanci.com.tr.

rağmen işçi yıllık iznini kullanamadıysa açılacak eda davası sadece yıllık izin ücreti alacağı davası olacaktır. Ancak izin ücreti ödenmiş fakat işçi fiilen iznini kullanamamış ise, açacağı eda davasında sadece iznin kullanılabilmesi yönünde talepte bulunabilmelidir⁷⁵.

Yeri gelmişken, izin ücretinin ödenmemesine ilişkin açılacak davayla ilgili olarak toplu iş hukuku sistemimizde yer alan dava türlerine değinmek gerekir. Sistemimizde yorum davası veya eda davası olmak üzere iki temel dava türü bulunmaktadır. Yorum davaları nitelik itibariyle tespit davaları olduklarından, yıllık izinle ilgili hususların genellikle yorum davalarına değil, eda davalarına konu olmaları mümkün olacaktır. Ancak yıllık izne ilişkin hükümlerin yer aldığı bir toplu iş sözleşmesinde hükmün anlamına ilişkin bir tereddüt ortaya çıktığında STİSK. 53/1. madde gereği toplu iş sözleşmesinin taraflarınca (işçiler bu davayı açamayacaktır) bu dava açılabilir⁷⁶. Eda davası ise, yıllık izinle ilgili bir hakkı inkar veya ihlal edilen işçiler tarafından açılabilir. Sendi-

⁷⁵ Özellikle yıllık izin süresinden sayılmaması gereken ve işverence verilen ücretli veya ücretsiz doğum, ölüm, tabi afet ve seminer izinleri yıllık izinle aynı zamana rastladığında yıllık izin süreleri bu süreler kadar uzatılması gerekirken, bunun yapılmadığı ve işçiye bu süreler kadar yıllık ücretli izin verilmemesi olasılığında söz konusu durum ortaya çıkabilecektir. Yıllık izin süresinden sayılan haller ile ilgili olarak bkz. **Tulukçu**, s.326; Münir **Ekonomi**, İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s.347.

⁷⁶ *Yorum davalarına örnek olarak, Y.22.HD., E. 2014/36478K. 2015/4, T. 19.1.2015, www.kazanci.com.tr. Bu nitelikte sendika ve konfederasyonca açılacak davalar, TMK.m.113'de düzenlenen "topluluk davası" biçiminde açılacak davalardır. Bu yönde, Hamdi Mollamahmutoglu, "6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendika ve Konfederasyonların Faaliyetlerine İlişkin Düzenlemeler", TİSK İşveren Dergisi, Kasım-Aralık 2012, s.51. Konuyla doğrudan ilgili olmasa da bir Yargıtay kararında, sendikaların kendi tüzel kişilikleri adına 26/2. maddenin ilk kısmında yer alan davayı yorum davası olarak açıp açamayacakları tartışılmış ve karara ilişkin karşı oy yazısında, sendikaların ancak işçi ve işverenleri temsilen yorum davası açabileceklerine ilişkin bozma kararı eleştirilerek, HMK.m.114'e göre topluluk davası açabileceği görüşü savunulmuştur. Y.9.HD., E. 2015/11497, K. 2015/15217, T. 28.4.2015, www.kazanci.com.tr.*

kalar da üyelerini veya mirasçılarını temsilen yargılama sürecine dahil olabilmektedir⁷⁷. Uygulamada yıllık izinle ilgili davaların genellikle eda davası niteliğinde ve madde 26/2 de belirtilen ve işçinin başvurusu üzerine sendikaca açılacak türden davalar olabileceğini söylemek mümkündür.

Öte yandan, işçinin iş sözleşmesi devam ettiği esnada kullanılmayan yıllık izninin kullandırılması yönündeki taleple bir eda davası açıp açamayacağı ise ayrı bir tartışma konusudur. İncelediğimiz 53. maddenin 2822 sayılı Kanun döneminde mevcut olup, 6356 sayılı Kanun döneminde yer verilmeyen hükmünde, “aynı taahhüdünü yerine getirmeyen veya eksik yerine getiren taraf derhal ifaya mahkum edilir.” denilmek suretiyle genel hükümlerden hareketle bugün de uygulanabilir nitelikte olabileceği görüşü savunulmaktadır⁷⁸. Başka bir yazara göre ise, konu eda davasına konu olabilecek niteliktedir⁷⁹. Nihayet, toplu iş sözleşmesine konulacak açık hükümlerle, yıllık izin hakkı ve ücreti ödenmeyen işçinin bu hususu dava yoluyla talep edebileceği esas kabul edilebileceği gibi STİSK.m.52 hükmü gereği, tarafların aralarında anlaşarak hak veya çıkar uyuşmazlıklarında özel hakeme giderek bu uyuşmazlığı giderebil-

⁷⁷ STİSK.m.26/2’de iki farklı dava düzenlenmiş olup, ilkinde sendika ve konfederasyonlara çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçi ve işverenleri temsilen doğrudan dava açma hakkı düzenlenmişken, ikincisinde sadece sendikalara ve sadece üyelerinin başvurusu üzerine iş sözleşmesi ve çalışma ilişkisinden doğan hakları ile sosyal güvenlik haklarına ilişkin dava açma hakkı tanınmıştır.

⁷⁸ **Narmanhoğlu**, s.548.

⁷⁹ Ali Cengiz **Köseoğlu**, Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme Hakkı ve Özellikle Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997, s.121; Aynı yönde Akyiğit’e göre ise, iş sözleşmesinin devam ettiği süreçte hem sadece izin hakkının talebi hem de izin ve izin ücretinin birlikte talep edildiği bir eda davası açmak mümkündür, (**Akyiğit**, s.679-680).

meleri de mümkündür⁸⁰. Somutlaştırmak gerekirse, toplu hak uyuşmazlığı niteliğindeki yıllık ücretli izne ilişkin bir uyuşmazlığın toplu iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle örneğin; “sendika üyesi olmayan işçilerin yıllık izin kullanmalarına işverence engel olunması” biçiminde ortaya çıkan bir toplu hak uyuşmazlığında özel hakeme gidilebilmelidir.

İkinci önemli ve öğretide çokça tartışma konusu yapılan husus ise, yıllık izin ücreti alacağının zamanında ödenmemesi durumunda işverenin temerrüde düşmesi ve ücret alacağına uygulanacak faizin belirlenmesidir. Özellikle toplu iş sözleşmeleriyle yıllık izin sürelerinin veya ücretlerinin belirlendiği olasılıkta konumuz açısından ele alınması gereken bir durum ortaya çıkmaktadır. 6356 sayılı Kanun’un 53/2 maddesine göre, “Toplu iş sözleşmelerine dayanan eda davalarında temerrüt tarihinden itibaren işletme kredilerine uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır.” hükmüne yer verilerek yüksek bir faiz oranı belirlenmiştir. Ancak yıllık ücretli izne ilişkin bir alacağın “toplu iş sözleşmesine dayanan eda davaları”na konu olmasından neyin anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği olduğunu söylemek güçtür⁸¹. Kanun maddesine atıf ile yetinilen veya nötr hüküm olarak kanun maddesinin aynısının tekrar edildiği türden toplu iş sözleşmesi hükümlerinden kaynaklanan yıllık izin alacaklarında 53. maddede belirtilen faizin uygulanmaması gerektiği yönünde

⁸⁰ Önemle belirtmek gerekir ki, bireysel iş uyuşmazlıklarında özel hakeme gidilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu yönde, **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.354; Gizem **Sarıbay Öztürk**, “6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Tahkim”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, S.1, Ocak 2016, Ankara, s.754.

⁸¹ Öğretide bir görüş, nötr hükümlerin gerçek temelinin toplu iş sözleşmesi değil, kanun olduğu gerekçesiyle 53. maddedeki faizin nötr hükümlere uygulanamayacağı kanaatindedir, (**Sur**, s.363). Benzer yönde, **Şahlanan**, Seminer 2015, s.520.

Yargıtay kararları mevcuttur⁸². Farklı bir görüş ise, yıllık izinle ilgili hükmün toplu iş sözleşmesiyle artırılarak düzenlendiği veya kanun hükmünün aynısının kabul edildiği tüm durumlarda da ortada toplu iş sözleşmesine dayanan bir alacak olduğunu kabul etmek gerekecek ve 53. maddede düzenlenen faiz oranı uygulanacaktır biçiminde ifade edilmiştir⁸³. Kanaatimizce de yasa metnine atıf yapan veya nötr hüküm belirleyen toplu iş sözleşmesi taraflarının amaçlarından biri de söz konusu hakkı toplu iş sözleşmesi özerkliği kapsamına dahil etmek olacağından, toplu iş sözleşmesinde bahsi geçen tüm alacakların 53. maddedeki faize tabi olması hem daha isabetli olacak hem de hesaplama belirsizlikleri ve eşitsizliklerinin önünü kesecektir.

Yıllık izin hakkının verilememesi ve/veya yıllık izin ücretinin verilememesi durumunda işçi açısından ortaya çıkacak haklardan biri de, işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesi devam ederken işçiye izin yerine bu süreye ilişkin ücretin verilmesi mümkün olmadığından, incelediğimiz durumda iş sözleşmesi devam ederken işçiye hem izin kullanılmayıp hem de izin ücretinin verilmediği olasılığı değerlendirmek gerekir. Ancak izin kullanılıp da izne ilişkin ücretin ödenmemiş olması durumu da ortaya çıkabilir. Bu

⁸² Y.9. HD., 6.7.1998, 9979/11379, Tekstil İşveren, Aralık 1998, s.24. Benzer kararlar için bkz., **Ekmekçi**, s.346. Yazar özellikle bir alacağın toplu iş sözleşmesi ile artırıldığı durumda yasal kısım için ayrı, artırılmış kısım için ayrı (m.53 deki faiz oranı) faiz oranı belirlenmesi gerektiğine hükmeden Yargıtay kararını eleştirmektedir. Bu yönde Yargıtay kararı, Y.7.HD., 06.03.2014, E.2013/8299, K.2014/5441, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2015, S.44, s.373-376. Öğretideki bu yönde diğer haklı eleştiriler için bkz., Talat **Canbolat**, “Yargıtay’ın 2011 Yılı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu”, Ankara 2013, s.301; Ercüment **Özkaraca**, “Yargıtay’ın 2014 Yılı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu”, İstanbul 2017, s.316. (Seminer 2014).

⁸³ **Akyiğit**, s.449-450.

konuda Yargıtay kararlarında öteden beri işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkının bulunduğu görüşü hakimdir⁸⁴. Haklı feshin dayanılacak madde hükmü ise, 24/2-(e) ve 24/2-(f) hükümleri olabilecektir⁸⁵. Bu noktada toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümle yıllık izin verilmemesi veya ücretinin ödenmemesi durumlarının işçi açısından haklı fesih sebebi oluşturacağı açıkça düzenlenebilecektir.

Konunun İş K.m.24/2 hükmüne istinaden haklı fesih sebebi olması, beraberinde bu feshin 6 işgünü içinde kullanılması gerekliliğini getirmektedir. Bu sürenin ne zamandan itibaren işleyeceği sorunu tartışmalı olduğundan⁸⁶, toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle, yabancı

⁸⁴ Y. 9. H.D. 24.03.2011 tarih, 2009/7959 E. , 2011/8629 K. sayılı kararda izin işçinin talebine aykırı olarak bölünmesi haklı fesih sebebi sayılmışken, 2011/31608 E. , 2011/35332 K. sayılı ve 06.10.2011 tarihli kararda, “Her ne kadar işveren hak edilen yılın sonuna kadar izin vermekte serbest ise de ancak bir yılı aşkın süreden sonra nedensiz izin vermeme halinde davacı işçinin fesih hakkı doğacağı gibi, işveren izin talebine muvafakat vermek zorundadır.” yönünde karar verilmiştir. Daha yeni tarihli bir kararda ise, işçiye tanınan fesih hakkının sınırlandırılmış olduğu dikkati çekmektedir; “yıllık izinin hangi tarihlerde kullanılacağı işverenin yönetim hakkı kapsamında olmakla birlikte talep hakkının doğduğu yıl içerisinde izin hakkının kullanılması gerektiği; ancak, yıllık ücretli izin kullanılmamasının haklı fesih sebebi oluşturabilmesi için çok uzun süre hiç izin kullanılmaması ya da talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullanılmaması gereklidir.” Y. 22. H.D., 2013/7567 E., 2014/6472 K., 18.03.2014, kararlar için bkz. Musa Çakmakçı, “Yıllık İzin Hakkının Kullanılmaması İşçiye Haklı Fesih Hakkı Verir Mi?”, <http://www.lokmaneren.com.tr/makale/yillik-izin-hakkinin-kullanilmamasi-isciye-hakli-fesih-hakki-verir-mi>, erişim tarihi 20.06.2018. Yeni tarihli bir başka kararda da Yargıtay’ın işçi açısından haklı fesih hakkının doğabilmesini bazı esasların gerçekleşmesi koşuluyla kabul ettiği görülmektedir. Anılan 9. HD.’nin 7.3.2016 tarih ve E. 2014/33090, K. 2016/4898 sayılı kararına göre, “yıllık ücretli izin kullanılmamasının haklı fesih sebebi olması için uzun süre izin kullanılmaması, işçinin izin kullanma başvurusunun işveren tarafından haklı bir neden olmadan reddedilmesi halinde mümkündür.” ifadelerine yer verilmiştir. Karar metni için bkz. www.kazancı.com.tr.

⁸⁵ “İşveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse” (24/2-e), “... çalışma şartları uygulanmazsa”, (24/2-f).

⁸⁶ Akyiğit, iş sözleşmesi devam ettiği durumlarda işverenin izni kullandırma ihtimali devam ettiğinden bu sürenin uygulanmasının mümkün olamayacağı görüşünderken, Y. 9.HD., 30.11.1995, 19193/24934, sayılı Yargıtay kararının muhalefet şerhinde haklı feshi kullanma

hukuklardaki uygulamaya paralel bir şekilde işverenin yıllık izne hak kazanan işçisine bu izne hak kazanma tarihinden itibaren örneğin “6 ay içinde izin kullanılmaması durumunda işçinin fesih hakkı doğar” biçiminde bir tarih konulursa, 6 işgünlük sürenin başlangıcı da bu süre olarak rahatlıkla tespit edilebilecektir⁸⁷.

F.Yıllık Ücretli İzinle İlgili Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Geriye Etkisi ve Ard Etkisi

Bilindiği üzere toplu iş sözleşmeleri belirli süre için yapılan sözleşmeler olup, bu süre içinde yürürlükte olurlar. Ancak işçileri toplu iş sözleşmesi hükümlerinden olabildiğince faydalandırabilmek adına bu kurala iki önemli istisna getirilmiştir. İlki toplu iş sözleşmesinin imza tarihinden önceki bir tarihten itibaren de uygulanabilmesi bir diğer ifade ile sözleşmenin geriye etkili olmasıdır⁸⁸. Toplu iş sözleşmesi hükümlerinin tamamının geriye etkili olabilmesi ise mümkün olmadığından, bu etkinin zaman bakımından ve özellikle de ifa edilebilirlik açısından sınırlamalarının bulunduğunu belirtmek gerekir⁸⁹. İfa edilebilirliğin tam bir tanımını vermek mümkün olmasa da, toplu iş sözleşmesiyle öngörülen yükümlülük sözleşmenin bağtlanmasından sonra zaman açısından artık

süresinin her bir yılın kullanılmadığı tarihten itibaren ayrı ayrı 6 işgünlük sürenin aranması gerektiğine işaret edilmiştir, (Akyiğit, s.463).Altı işgünlük sürenin işlemeyeceği yönünde ayrıca **Sevimli** , s.43.

⁸⁷ Örneğin Alman hukukunda işçinin yıllık iznini en geç hak kazanılan yılı takip eden ilk üç ay içinde kullanması zorunluluğu söz konusudur.(BUrlG,§7/3, s.3)

⁸⁸ Geriye etkiye ilişkin tanımlar için bkz. Ercüment **Özkaraca**, Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2014, s.23 vd.

⁸⁹ Anılan sınırlamalar hakkında bkz. **Özkaraca**, s.44-90.Öte yandan öğretide bir görüş ise, fiilen uygulaması olmayan hükümlerin geriye etkili olamayacağını ifade etmiştir, (Hakan **Keser**, “Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı”, Çimento İşveren Dergisi, C.8, S.5, Eylül 1994, s.6).

geçmişte kalmış bir dönem için ifa edilebilir nitelikte değilse bu yükümlülüğü öngören hükmün ifa edilebilir olmayacağını belirtmek gerekir⁹⁰. Bu noktada yıllık ücretli izinle ilgili her bir hükmün ifa edilebilir olup olmadığını tek tek ele almak gerekecektir. Örneğin yıllık ücretli izin kurulunun oluşumu ve izin kurulunun onayıyla izne çıkılmasına ilişkin kurallar geçmişe etkili değilken, yıllık ücretli izin sürelerinin artırılması geçmişe etkili olabilecektir. Bu noktada Alman hukukunda ölüm-doğum izni gibi mazeret izinlerinin geriye etkili olamayacağı çünkü anılan iznin o anda kullanılmasının beklenen amacı ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir. Oysa yıllık izinde ölüm ve doğum durumundaki kadar “o anda kullanma” biçiminde bir amacın olduğu söylenemez. İşçinin daha fazla dinlenme şansını elde etmesi de beklenen amaca zaten hizmet etmektedir. İzin sürelerinin artırılmasını geriye yürüttüğümüzde işçiye daha sonra artırılmış süre kadar ek yıllık izin kullanırmak mümkün olabileceği gibi şayet iş sözleşmesi sona erdiyse, bu artırılmış süreler tutarında işçiye ücret farkı ödenebilecektir⁹¹.

Geriye yürüyüp yürüyemeyeceğini değerlendireceğimiz bir başka konu ise, yukarıda değinildiği üzere yıllık ücretli iznini iş sözleşmesi devam ederken kullanamayan işçiye iş sözleşmesini özel olarak fesih hakkının tanındığı bir toplu iş sözleşmesi hükmüdür. Kanaatimizce bu hüküm de ifa edilebilir olmadığından, geriye etkisinin olmayacağını kabul etmek gerekir.

⁹⁰ Özkara, s.52.

⁹¹ Erdem Özdemir, “Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması”, Kamu-İş İş Hukuku Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul’a Armağan, Y.2002, C.6, S.4, s.149.

Toplu iş sözleşmesinin geriye etkisinin bu toplu iş sözleşmesinden yararlanacak işçilerle bağlantısının ortaya konulması gerekir. Öncelikle şu hususun altını çizelim ki, toplu iş sözleşmesinde yer alan yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerden sadece sendika üyesi olan veya dayanışma aidatı ödeyen işçiler değil, işyerindeki tüm işçiler yararlanacaktır⁹². Bu sonuca varmamızı sağlayan asıl dayanak, STİSK m.25/2 hükmüdür⁹³. Bu nedenle yıllık ücretli izne ilişkin tüm toplu iş sözleşmesi hükümlerinin işyerindeki tüm işçilere uygulanması esastır⁹⁴. Eyrenci, bunun gerekçesini şu şekilde özetlemiştir; “tüm işçilerin parasal olmayan hükümlerden yararlanabilmesi doğrudan toplu iş sözleşmesinden doğan bir hak olarak değil, dayanağı toplu iş sözleşmesi olan işverenin eşit davranma borcu çerçevesinde mümkün olabilmektedir⁹⁵.” Ancak unutmamak gerekir ki, parasal konularda sendikalı-sendikasız ayrımı yapılabileceğine göre, örneğin yıllık izinde işçiye verilecek ücretin artırılmış olduğu bir toplu iş sözleşmesi hükmünden sendikalı olmayanların yararlanması mümkün olmayacaktır. Paraya ilişkin hükümlerle anlatılmak istenenin,

⁹² Şahlanan, s.125; Ercüment Özkaraça, (Seminer 2014), s.343. Hatta bu konuda bir adım öteye giderek, kapsam dışı personel, 6356 sayılı Kanun bakımından işveren vekili sayılanlar, STİSK.m.65 dışındaki greve katılmayan işçilerin de yıllık ücretli izinle ilgili geriye etkili toplu iş sözleşmesi hükmünden yararlanabileceklerini kabul etmek gerekir. Anılan kişiler toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçiler olarak kabul edilmişlerdir. Ancak belirtmek gerekir ki, “toplu iş sözleşmesinden yararlanma” kavramı, “ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin toplu iş sözleşmesinin mali hükümlerinden yararlanmayı ifade etmektedir. Burada toplu iş sözleşmesinden yararlanma ile toplu iş sözleşmesinin kişiler açısından uygulama alanı kavramları arasındaki farklılık kendini göstermektedir, (Talat Canbolat, “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 4, Y.2002, s.33). Bunlar dışındaki hükümlerden tüm çalışanların ortak olarak faydalanabilmesi gerekir.

⁹³ Anılan maddeye göre, “İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.”

⁹⁴ Ömer Ekmekçi, Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996, s.141.

⁹⁵ Öner Eyrenci, s.14.

para değeri bulunan tüm hükümler olmadığı, işçiye para verilmesine ilişkin hükümler olduğu ifade edilmiştir⁹⁶.

Yıllık izinle ilgili hangi hakların parasal olduğu hususu da önem taşımaktadır. Şöyle ki, yıllık izin sürelerinin artırıldığı bir hüküm ilk bakışta parasal nitelikli olmayan sosyal bir hak olarak görünse de, bu hakkın kullanılmadan iş sözleşmesinin sona erdiği durumlarda izin hakkı izin ücreti alacağına dönüştüğünde ortaya parasal nitelikli bir hak çıkmış sayılır mı? Kanaatimizce bu soruya olumlu yanıt vermemek gerekir. Zira burada hakkın özü işçinin dinlenmesi olup, ücret ancak dinlenme hakkının telafisi olarak değerlendirilmesi gerektiğinden, dolaylı da olsa parasal hak olarak ele alınmamalıdır⁹⁷.

Yıllık izinle ilgili hükümlerde ele alınması gereken ikinci istisna ise toplu iş sözleşmesinin ard etkisidir. STİSK.m.36/2’de, “Sona eren toplu iş sözleşmesinin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri yenisi yürürlüğe girinceye kadar iş sözleşmesi hükmü olarak devam eder.” demek suretiyle iş sözleşmesinin ard etkisinin yasal dayanağını oluşturmuştur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmesindeki tüm hükümlerin art etkisi bulunmamaktadır. Toplu iş sözleşmesinin sadece normatif hükümleri iş sözleşmesi hükmü olarak devam edecektir⁹⁸. Bunlardan da tamamı değil, sadece iş sözleşmelerinin muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hükümlerinin art etki söz konusu olacaktır. Ancak öğretide iş sözleşmesinin muhte-

⁹⁶ **Özkaraca**, s.119.

⁹⁷ Aynı yönde, **Özkaraca**, s.120 ve aksi yöndeki Y.9. HD., 12.10.2006, E.2006/5939, K.2006/26945, s.121.

⁹⁸ Hakan **Keser**, “Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007, s.115, (Art Etki); **Şahlanan**, s.92; **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.266.

vasıyla ilgili hükümlerden art etkinin genellikle sadece ücret zamları, fesih hakkı ve asgari ücretle ilgili konularda ele alındığı görülmüştür⁹⁹. Tespit edebildiğimiz tek bir yazarca da yıllık ücretli izinle ilgili hükümlerin de art etkisinin söz konusu olduğu ifade edilmiştir¹⁰⁰. Yargıtay'ın ise bu konuda farklı yönde kararları olduğu görülmektedir. Öğretide haklı olarak eleştirilen bir kararında, (yıllık ücretli izinle olmasa da) toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret farkı ve ikramiye alacaklarına uygulanacak faiz oranında art etkinin uygulanmayacağına zira işletme kredilerine uygulanan faizin toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde doğan alacakları kapsadığına, art etkinin söz konusu olduğu durumların toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi olarak anlaşılması gerektiğine hükmetmiştir¹⁰¹.

Toplu iş sözleşmesinin art etkisinden yararlanmak için gereken koşullar ise, toplu iş sözleşmesinin sona ermiş olması ve işçilerin toplu iş sözleşmesinin sona erdiği tarihe kadar sözleşmeden yararlanan işçilerden olması gerektiğidir¹⁰². Ayrıca art etkiye konu olan hakkın toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresi içinde gerçekleşmiş olması da gerekmektedir¹⁰³. Bir başka deyişle toplu iş sözleşmesinin art etkisi sadece toplu iş sözleş-

⁹⁹ **Keser**, (Art Etki), s.116-119; Sevil **Doğan**, “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, Y.2013, s.790-794.

¹⁰⁰ İrem **Yayvak**, Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, İstanbul 2014, s.139; Y.9.HD., 26.04.2000, E.2000/2175, K.200/6265, www.kazanci.com, erişim tarihi, 11.07.2018. Anılan kararda, toplu iş sözleşmesiyle artırılmış yıllık ücretli izin sürelerinin, toplu iş sözleşmesinin sona erdiği ancak art etkisinin devam ettiği süre boyunca uygulanmaya devam edeceğine işaret edilmiştir.

¹⁰¹ 6356 sayılı Kanun öncesinde hüküm verilen Y.9.HD., 21.03.2001 tarih ve E.201041736, K.2011/7585 sayılı karar ve bu karara yönelik incelenme için bkz. Mehmet Onat **Öztürk**, “Art Etki ve Ücrete Uygulanan Faiz”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.27, Eylül 2012, s.166-168.

¹⁰² **Yayvak**, s.36.

¹⁰³ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.266; aynı yönde ve kazanılmış hak kavramı ile bağlantısı için bkz. Kübra **Doğan Yenisey**, “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S.18, Haziran 2010, s.168-170.

mesinden yararlanan işçiler¹⁰⁴ açısından söz konusu olacağından, toplu iş sözleşmesinden yararlanamayan işçilerin art etkiden yararlanmaları da mümkün değildir¹⁰⁵. Bu durumda yıllık ücretli izinle ilgili bir hükmün art etkisi olsa da, bu etkiden sadece toplu iş sözleşmesinden yararlananlar istifade edebilecektir sonucu ortaya çıkmaktadır.

II. Yıllık Ücretli İzinle İlgili Hükümlerin Toplu İş Uyuşmazlıkları Açısından Değerlendirilmesi

A.Genel Olarak

Toplu iş uyuşmazlıklarında karşılaşılması muhtemel olan durumlardan biri de grev veya lokavtın uygulanması olmaktadır. Anılan durumlar her ne kadar son çare olarak kabul edilse de işçi ve işveren taraflarının kanundan doğan hakları olduğundan, bu sürelerin yıllık izinle kesiştiği durumda işçinin her iki hakkının da ihlal edilmeden kullandırılması esastır. Bu noktada yıllık ücretli izinle ilgili iki temel sorunun yanıtlanması gerekmektedir. Birincisi grev ve lokavtta geçen sürenin yıllık izne hak kazanma koşullarından olan en az bir yıllık bekleme süresinin ve yıllık izne hak kazanılan sürenin belirlenmesinde dikkate alınan kıdem süresinin hesabına dahil olup olmadığıdır. İkincisi ise, grev ve lokavtın yıllık izin hakkını, kullanma zamanını etkileyip etkilemediğidir. Bu soruların yanıtlarını ararken nitelik olarak birbirinden farklı olan grev ve lokavtı

¹⁰⁴ Bu noktada yararlanma biçimi önem arz etmeyeceğinden, toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresince işçi sendikasına üye olanlar, üye olmayıp da dayanışma aidatı ödeyenler, teşmil kapsamındakiler ve sendikanın muvafakatiyle yararlananların tamamı bu kapsamdadır. Bu yönde, **Keser**, (Art Etki), s.109; **Canbolat**, s.173.

¹⁰⁵ Y. 9. HD., 29.02.2008, E.2007/9330, K.2008/2913 ve bu kararın değerlendirmesi için bkz. Fevzi **Şahlanan**, "Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi", *Tekstil İşveren Dergisi*, S.349, Nisan 2009, s.

ayrı ayrı ele almak gerekecektir. Nihayet yasal grev ve lokavt ile yasa dışı grev ve lokavt durumlarının da ayrı ayrı ele alınması da gerekeceğinden, öncelikle grev ve lokavt kavramlarına kısaca göz atmakta fayda vardır.

6356 sayılı Kanun'un 58. maddesinde grev şu şekilde tanımlanmıştır; "İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir." Maddenin devamında ayrıca yukarıda tanımı verilen grevin yasal grev olarak nitelendirilebilmesi için gereken koşullar belirlenmiştir. Bunlar öğretide mesleki amaca uygunluk ve kanuni usule uygunluk olarak özetlenmiştir¹⁰⁶. Yasal grevde aranan amaç unsuru, 58. maddenin 2. fıkrasında da ifade edildiği gibi "işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek" olduğundan, bu amacın dışında kalan siyasi amaçlı grev, genel grev, dayanışma grevi gibi eylemler yasal grev sayılmayacaktır¹⁰⁷. Anılan eylemlerin yanı sıra işi yavaşlatma, oturma, aşırı kurallı çalışma gibi eylemler de barışçıl nitelik taşıdığı ölçüde ILO tarafından

¹⁰⁶ Söz konusu koşul tespiti için bkz. **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.384-392.Farklı bir koşul tespiti için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.947-949.

¹⁰⁷ Bahsedilen durumlar amaç unsuruna aykırılık teşkil ettiği için yasal grev sayılmazlar da, yasa dışı grev sayılıp sayılmayacakları hususunda da öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. ILO'nun bu eylemlere yönelik bakış açısı, yasa dışı grev olmayacakları yönündedir (Toker **Dereli**, "Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye'de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007, s.96.) Öğretide Ekmekçi ise, anılan eylemlerin Anayasa'nın 54. maddesinde yer alan bunlara ilişkin yasaklama her ne kadar kaldırılmış olsa da, yasal grevin amaç unsurunun gerçekleşmediği gerekçesinden hareket edilerek yasa dışı grev niteliğinde olduğu görüşündedir, (**Ekmekçi**, s.497-507).

toplu eylem hakkının kullanılması olarak kabul edilmiştir¹⁰⁸. Bu aşamada konumuzu ilgilendiren kısım, toplu eylem hakkının kullanıldığı ve grev kadar olmasa da kısa süreli iş bırakma biçiminde gerçekleşen durumlarda bu sürenin işçinin yıllık izne hak kazanmak için gereken bekleme süresi ve hatta ne kadar izne hak kazandığını tespit için kullanılan kıdem süresine dahil edilip edilmeyeceğidir. Grev ve yasa dışı grevde bu sürelerin anılan sürelerle dahil edilmeyeceği kabul edilmiş olmakla birlikte, toplu eylem hakkına ilişkin tespit edebildiğimiz kadarıyla bir görüş ileri sürülmemiştir. Sorunun yanıtını bulmak için toplu eylemde geçen sürelerin işçinin iş sözleşmesinin askıda sayıldığı hallerden olup olmadığına bakmak gerekmektedir. İş sözleşmesinin askıya alınmasının koşulları arasında “ifanın beklenilmez olması veya manevi ifa imkânsızlığının söz konusu olması” sayılmaktadır¹⁰⁹. Toplu eylem hakkını kullanıp iş görme edimini yerine getirmeyen işçi açısından bu yönde bir ifa imkânsızlığından bahsetmek kanaatimizce güçtür. Bu nedenle toplu eylem hakkının kullandığı süreçte işçinin iş sözleşmesinin askıda olmadığını kabul etmek gerekir. Öte yandan İş K.m.55’de yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan haller sınırlı bir biçimde sayılmış ve greve maddede yer verilmemiştir. Ancak 55/j bendinde sayılan ve “işveren tarafından verilen diğer izinler” ifadesine dahil etmek mümkün müdür sorusu akla gelebilir. Şöyle ki, maddede geçen izni mutlaka toplu eylem hakkını kullanmadan önce işverenden

¹⁰⁸ Toplu eylem hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil **Alpagut**, “Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları-Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.2, İstanbul 2016, s.858-860. Toplu eylem kavramı, öğretilerde, işçilerin iktisadi ve sosyal çıkarlarını korumak ve düzeltmek amacı taşıyan işyerinde veya eylemin amacına uygun başka bir yerde gerçekleşen demokratik bir hak olarak tanımlanmıştır. (Pir Ali **Kaya/Ceyhun Güler**, “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları, S.68, Y. 2015/1, s.108).

¹⁰⁹ Sarper **Süzek**, “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Özel Sayı, 2007, s.123-124.

alma biçiminde anlamayıp, işverenin bu devamsızlığa sessiz kalması biçiminde örtülü bir izin vermesi şeklinde de yorumlamak mümkün olmalıdır¹¹⁰. Bu konuda son olarak 55/h bendinde ifade edilen hususlara dikkat çekmek gerekmektedir. Anılan düzenlemede bazı sendikal faaliyetlerde geçen sürelerin de yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan hallerden olacağı ifade edilmiştir¹¹¹. Bu maddeye diğer bir sendikal hak olan toplu eylem hakkının kullanıldığı esnada iş görme ediminin yerine getirilmediği sürelerin de eklenmesinin isabetli olacağı kanaatindeyim.

B.Yasal Grev ve Lokavt Açısından

1.Grev ve Lokavtın İşçi Yıllık İzne Çıktıktan Sonra Başlaması

Toplu eylem hakkına ilişkin yukarıda yapılan açıklamaların ardından, grev ve lokavtta geçen sürenin işçinin yıllık izne hak kazanmak için aranan bekleme süresinin hesabında dikkate alınamayacağına bir kez daha işaret etmek gerekmektedir¹¹². Bu konuda öğretide görüş birliği olduğunu söylemek mümkündür. Yıllık ücretli izin miktarının tespiti için kullanılan kıdem süresinin hesabında ise yasal grev ve lokavtın dikkate alınmasının mümkün olmayacağı yönünde görüşler¹¹³ olduğu gibi hesaba

¹¹⁰ Bu yönde ve Alman hukukunda da bu esastaki görüşler için bkz. **Akyiğit**, s.209-210.

¹¹¹ Bunlar maddede şu şekilde sayılmıştır; “İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.”

¹¹² **Ekmekçi**, s.415-416; **Akyiğit**, s.231;**Narmanlıoğlu**, s.740;**Tuncay/Savaş Kutsal**, s.417; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.965; **Sur**, s.464. Bu yönde Yargıtay kararı (Y.9. HD., 30.09.1996, 6578/18035) için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, s.778.

¹¹³ **Ekmekçi**, s.416; Şükran **Ertürk**, “Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Akdine Etkisi: İşçi Bakımından Sonuçları”, , Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1991, s.12.

katılması gerektiğini savunan yazarlar da vardır¹¹⁴. Kanaatimizce de yasal grev ve lokavt esnasında iş sözleşmesi devam ettiğinden, kıdem hesabında bu sürenin dikkate alınması için bir engel bulunmadığı gibi kıdem tazminatının hesabında olduğu gibi aksinin belirtildiği bir yasal dayanak da bulunmamaktadır¹¹⁵.

Grevin işçi yıllık ücretli izne çıktıktan sonraki bir tarihte uygulamaya konulması durumuna gelecek olursak, öğretide genel kabul gören görüş, işçinin yıllık ücretli iznini kullanmakta olduğu esnada grev uygulanmaya başlarsa işçi yıllık iznine devam etme şansına sahip olacağı gibi isterse yıllık iznini kesip greve katılabilir. Bu durumda işçi, grev bitiminde yıllık izninin kalanını kullanma hakkına sahiptir. Ancak unutmamak gerekir ki, işçinin iznini kesip greve katıldığını işverene bildirmesi gerekmektedir¹¹⁶. Aksi halde işveren işçinin grevde olduğunu bilemeyecektir¹¹⁷. Bu durumda bir adım ileri gidilerek, işçinin yıllık iznini kesip greve başladığı olasılıkta, işçiye peşin olarak ödenen yıllık izin ücretinin işverene geri verilmesi gerekliliğinin ortaya çıkacağı söylenebilir¹¹⁸. Ancak bu durumda işverene geri verilecek ücrete şayet toplu iş sözleşmesinden

¹¹⁴ **Akyiğit**, s.231; **Sur**, s.464; Eda **Manav Özdemir**, Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara 2016, s.200; **Algun Çifter**, “Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Kalmasının Hukuki Sonuçları”, *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, S.1-4, Y.2002, s.240.

¹¹⁵ 6356 sayılı K. m.67/3, “Grev ve lokavt süresince iş sözleşmeleri askıda kalan işçilere ..., bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Toplu iş sözleşmelerine ve iş sözleşmelerine bunların aksine hüküm konulamaz.” yönünde hüküm içermektedir.

¹¹⁶ Hatta yıllık iznini kullanan işçinin işverene greve katılmak istemediğini bildirmemesi durumunda bu işçinin greve katıldığını kabul etmek gerekir, (**Çifter**, s.239.) Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise, bu yönde işverene bir bildirim yapılmadığında işçinin yıllık izne devam edeceği varsayılmalıdır, (**Ekmekçi**, s.421.)

¹¹⁷ **Tuncay/Savaş Kutsal**, s.418; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s.966; **Manav Özdemir**, s.200-202.

¹¹⁸ **Ekmekçi**, s.422.

kaynaklanan bir alacak niteliğinde ise, STİSK.'nun 53/2. maddesinde düzenlenen işletme kredisi faizi uygulanarak istenip istenemeyeceği sorusu da akla gelmektedir. Öte yandan bir başka bakış açısı da şu olabilir; STİSK.m.67/2 de yer alan, “İşveren, grev ve lokavt nedeniyle iş sözleşmeleri askıda kalan işçilerin grev veya lokavtın başlamasından önce işleyen ücretlerini ve eklerini olağan ödeme gününde ödemek zorundadır.” hükmüne dayanarak, kullanılmış olan yıllık ücretli izin sürelerine ait ücretin peşin veya avans olarak ödenmesi gerekliliğinden ötürü maddede geçen “işleyen ücret” ifadesine uygun olarak geri verilmesi gerekmeyebilecektir. Grev nedeniyle işçinin kesintiye uğrayan yıllık iznini kullanmadığı ancak peşin olarak ücretini aldığı kısmı iade etmesinin ise daha doğru olduğu kanaatindeyiz.

Nihayet, işçi yıllık izindeyken grev oylaması yapılması gerektiğinde, bu durumdaki işçinin grev oylamasına ve çoğunluk tespitine katılıp katılamayacağı üzerinde durulmalıdır. STİSK.m.61'e göre, “Grev kararının işyerinde ilan edildiği tarihte o işyerinde çalışan işçilerin en az dörtte birinin...başvurusu üzerine oylama yapılır.” Maddenin devamında ise, oylamada grev ilanının yapıldığı tarihte işyerinde çalışan işçilerden oylamaya katılanların salt çoğunluğunun kararı yönünde sonucun belirlendiği düzenlenmiştir. Maddede açık bir biçimde “işyerinde çalışan” ifadesi kullanıldığından, yıllık izindeki işçinin de grev oylamasına katılma hakkı bulunmaktadır¹¹⁹. Ancak yıllık izindeyken grev başlayıp da greve katılmayı değil de yıllık iznini kullanmayı tercih eden işçiyi oylamaya katılması konusunda zorlamanın da mümkün olmayacağını belirt-

¹¹⁹ Aynı yönde, Tankut **Centel**, “Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması” TİSK Akademi Dergisi, 2014/1, C.9, S.16, s.11.

mek gerekir¹²⁰. Ancak şu hususa dikkat çekmek gerekir ki, grev oylaması talebi işyerinde grevin ilan edildiği tarihten itibaren 6 iş günü içinde yapılması gerektiğinden, o esnada yıllık izinde olan işçiye sendikaca veya işverence durumun bildirilmesi yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Öte yandan, oylama nisabına ilişkin yeni düzenlemeden çıkan sonuç, - oylamaya katılanların salt çoğunluğu dikkate alındığından-, grevin gerçekleşmesini istemeyen işçilerin oylamaya katılıp olumsuz oy kullanması gerektiğidir. Burada da yıllık izindeki işçinin fiilen bunu yapmayacağını rahatlıkla söylemek mümkün olacaktır.

Son olarak lokavtın işçi yıllık ücretli izne çıktıktan sonra başlaması olasılığını değerlendirmek gerekirse, ilk olarak bu durumun grevle tamamen aynı olmadığını bilinmesi gerekir¹²¹. Zira grev esnasında yıllık izine devam edip etmeme yönündeki karar işçiye aitken, yasal bir lokavt başladığında, işverence tüm işçilerin iş sözleşmeleri STİSK.m.67/1 hükmü gereği askıya alınacaktır. Bu durumda yıllık ücretli izinde olan işçilerin de iş sözleşmeleri askıya alınacak¹²², işverence peşin olarak ödenmiş yıllık izin ücretlerinin işçilerce iade edilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Zira lokavt esnasında işverenin ücret ödeme yükümlülüğü de askıda

¹²⁰ Bu konuda 6356 sayılı Kanun'dan önceki düzenleme olan 2822 sayılı K. m.76'da, "grev oylaması sonucuna tesir etmek maksadıyla hata, hile, tehdit veya cebir kullanılması cezai yaptırıma bağlanmışken, maddenin son halinde bu yönde bir düzenleme olmaması eleştirilmiştir, (Mustafa **Avcı**, "6356 Sayılı Kanun'un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30, s.91).

¹²¹ Kanaatimizce benzerlik olarak yıllık izne hak kazanmak için aranan bir yıllık bekleme süresine lokavtta geçen sürelerin de dahil olmayacağını ve izin süresinin belirlenmesinde lokavtta geçen sürenin kıdeme dahil olacağını saymak mümkündür.

¹²² Bu yönde, **Ekmekçi**, s. 422-423; **Tulukçu**, s.330-331. Öğretide Akyiğit ise, bizim görüşümüzün aksine yasal grev ve lokavt halinin birbiriyle aynı sonuçlar doğuracağı kanaatindedir, (**Akyiğit**, s.230-232). Bu yönde başka bir görüşe göre ise, lokavttan önce yıllık izne hak kazanmış olan işçi, işverene durumu bildirerek yıllık iznini kullanabileceği gibi izin süresine ait ücreti de işverenden talep etme hakkına sahiptir (**Tuncay/Savaş Kutsal**, s.457.)

bulunmaktadır. Öte yandan lokavt uygulamasıyla işçinin yıllık izni kesintiye uğramış olsa da, lokavt bittikten sonra işverence uygun görülen bir tarihte işçi yıllık iznini kullanmaya devam edebilecektir.

2. Grev ve Lokavtın İşçi Yıllık İzne Çıkmadan Başlamış Olması

Grev uygulamasının işçinin hak ettiği yıllık izne henüz çıkmadan başlaması olasılığında ise, kanaatimizce işçiye yukarıdaki olasılıktaki gibi seçim hakkını tanımak mümkün olamayacaktır¹²³. Zira grev ve yıllık ücretli izin aynı anda gerçekleşebilecek nitelikte olmadıklarından, grev uygulanan bir işyerinde işçinin yıllık ücretli izin hakkını talep edip kullanmaması gerekir. Bu durumda yıllık izin kullandırma zamanını belirleme yetkisi yönetim hakkı çerçevesinde işverene bırakılmıştır. Ancak işveren bu hakkını işçi sendikasına karşı bir grev kırma amacıyla kullanmayacağı gibi greve katılmayacağını bildiren işçilerin yıllık izin kullanma hakkına müdahale boyutuna ulaşacak biçimde de kullanmamalıdır. Alman hukukunda izne çıkmadan grevin başladığı durumlarda işverence izin talebinin reddedilmesi gerektiği yönündeki görüşe ilave olarak bir başka görüş de, şayet izin tarihi grev başlamadan önce belirlenmiş ise, bu durumda işverenin işçisine izin kullandırması gerektiğini savunmaktadır¹²⁴. Ancak bu sonuç grev ve yıllık ücretli iznin aynı anda gerçekleşmeyeceği kuralına aykırı olacağından, kanaatimizce izin tarihinin grevden önce belirlendiği durumlarda da, grev kararı alındığı tarihten sonra da kullandırılmaması daha uygundur.

¹²³ M. Kemal **Oğuzman**, Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1967, s.106.

¹²⁴ **Manav Özdemir**, s.204.

Farklı bir açıdan bakıldığında ise, işverenin yıllık ücretli izin tarihlerini özellikle grevin uygulanacağı tarihe koymasının ve işçileri bu tarihte izne çıkmaya zorlamasının da mümkün olmaması gerekir. Zira bu durum grev uygulayanların gücünü kırma niteliğinde olacağı gibi zaten üretim yapılmayan pasif dönem olan grev esnasında yıllık ücretli izin kullandırma yükümlülüğünden kurtulmak adına işverenin lehine olacaktır. Bu şekilde bir zorlamaya işçilerin uyma yükümlülüğü olup olmayacağı da ayrı bir sorun olacaktır. Yıllık izin tarihini belirlemeyi sadece işverene tanınmış bir hak olarak değil de, aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edersek, işverenin bu davranışının “izin tarihini hakkaniyete uygun belirleme yükümlülüğü”ne¹²⁵ aykırılık teşkil ettiği sonucuna ulaşabiliriz. Bu durumda dürüstlük kuralına aykırı davranma durumu ve bunun genel sonuçları işveren açısından ortaya çıkacaktır.

Lokavtla ilgili olarak ise, işyerindeki tüm işçileri kapsayacak bir nitelikte olmasından dolayı söylenecek tek şey, lokavtın başlamış olduğu bir süreçte işçinin yıllık izin talep etme şansının olamayacağıdır. Bu süreçte işverenden gelecek bir yıllık izin kullandırtma talebi de fiilen mümkün olamayacaktır.

C.Yasa Dışı Grev ve Lokavt Açısından

STİSK. m.58-59’da yasal grev ve lokavtın oluşabilmesi için aranan koşullar gerçekleşmediğinde yapılan eylemin yasa dışı grev veya lokavt olacağı düzenlenmiştir. Yasa dışı grev ve lokavt sırasında işçinin iş sözleşmesinin askıda olması söz konusu değildir. Bu sürelerin yıllık

¹²⁵ Söz konusu kavram Alman hukukunda dikkate alınan bir yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyiğit**, s.283-284.

ücretli izinde aranan bekleme süresine ve kıdem süresine de dahil edilmesi mümkün olmayacaktır. Hatta yasa dışı grevle ilgili olarak STİSK.m.70'de, işverenin söz konusu işçiler hakkında haklı nedenle fesih olanağının bulunduğu düzenlenmiştir.

Yasa dışı lokavt durumunda ise, 70/3. maddeye dikkat çekmek gerekir. Maddeye göre, “İşveren, bu işçilerin lokavt süresine ilişkin iş sözleşmesinden doğan bütün haklarını bir iş karşılığı olmaksızın ödemek ve uğradıkları zararları tazmin etmekle yükümlüdür.” Uygulamada yasa dışı lokavt yapan işverenin işçilerine yıllık izinlerini kullanma fırsatı vermesinin mümkün gözükmediği açıktır. Bu durumdaki bir işçinin de yıllık izin talep etmek yerine bahsi geçen madde hükmüne istinaden işveren temerrüdü yasal esasına dahi gerek olmadan yasa dışı grev esnasında çalıştırılmadığı süreye ilişkin ücreti talep etmesi daha lehine olacaktır. Yasa dışı lokavtta geçen sürelerin ise, gerek yıllık izne ilişkin bekleme süresine gerekse kıdem süresine dahil olacağı kuşkusuzdur¹²⁶.

Sonuç

Yıllık ücretli izin hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nda ayrıntılı bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak düzenlemelerin Kanun'un kapsamı gereği sadece bireysel iş hukukuna ilişkin kısımlara yönelik olduğu dikkati çekmektedir. Konunun toplu iş ilişkilerine yansımalarının nasıl olacağı noktasında yasal düzenleme olmadığından, uygulamada pek çok sorunla karşılaşmak mümkündür.

¹²⁶ **Akyiğit**, s.233. Anılan yazar, bu sonuca varırken İş K.m.66/d de yer alan ve çalışma süresinden sayılan hallerden, “İşçinin işveren tarafından meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler.” Hükmüne dahil edilmek suretiyle yıllık iznin hesabında dikkate alınacağı görüşündedir. Ayrıca **Ekmekçi**, s.524; **Narmanlıoğlu**, s.811-812.

Toplu iş sözleşmelerine konu olan yıllık ücretli izinle ilgili hükümlerin öncelikle toplu iş sözleşmesi türü ayrımı yapılmaksızın tüm toplu iş sözleşmelerinde yer alabilmesi mümkündür. Bu noktada niteliği gereği tam bir toplu iş sözleşmesi olarak görülmeyen çerçeve sözleşmeleri istisna tutmak gerekecektir. Toplu iş sözleşmelerinin de normatif kısmında ve doğrudan doğruya iş sözleşmesiyle ilgili hükümler arasında yıllık ücretli izinle ilgili hükümlere yer ver vermenin isabetli olacağı sonucu çıkmaktadır. Bu sözleşme hükümleri nötr hükümler ve rıza hükümleri biçiminde de karşımıza çıkabilmektedir.

Toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlere örnek olarak öncelikle hak kazanma koşullarını iş sözleşmeleri ve iş mevzuatındaki düzenlemelere göre daha olumlu hale getirecek hükümleri sayabiliriz. Bunlar; kanunla yıllık izin hakkı tanınmamış olan (mevsimlik işçiler gibi) işçilere bu hakkın tanındığı hükümler olabileceği gibi izne hak kazanmak için aranan bir yıllık bekleme süresini doğrudan kısaltan veya İş K.m.55’de belirlenmiş olan yıllık ücretli izin bakımından çalışılmış sayılan hallerden olmayan durumları toplu iş sözleşmesiyle belirlemek suretiyle bekleme süresini dolaylı yoldan kısaltan düzenlemeler olabilir. Öte yandan, toplu iş sözleşmeleriyle düzenlemesine en sık rastlanılan hususlardan biri de, yıllık izin sürelerinin artırılmasıdır. Bu artışın ücretsiz yol iznine de yapılması mümkün olabileceği gibi yapılan artırımlar sonucu oluşacak ücret alacağı da toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan alacak niteliğinde olacaktır.

İzin kullanımına ilişkin hükümler de genel olarak toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenebilecek nitelikte olmakla beraber, iznin kullanımıyla ilgili bazı esaslar işçinin bireysel tercihlerinin ön planda tutulması

gereken bir alan olduğundan, bu konuda oluşturulacak toplu iş sözleşmelerinde daha temkinli olmak gerekir. Bu konuda örneğin yıllık izin süresiyle iç içe geçmemesi gereken ve kanunda düzenlenenlerin dışında yeni durumlar tespit eden toplu iş sözleşmesi hükümleri belirlemede herhangi bir sakınca olmasa da, iznin kaç bölüneceği hususunun bireysel iş sözleşmelerine konu olması daha isabetli olacaktır.

Yıllık izin konusunda ortaya çıkan uyuşmazlıklardan en önemlisi, yıllık izin ücretinin işçiye ödenmemesidir. İş sözleşmesi devam ederken izne çıkmadan ödenmesi gereken ücretle ilgili olarak fazla sorun ortaya çıkmasa da, iş sözleşmesi sona ermiş olmasına rağmen yıllık iznini kullanamamış işçilerin bu haklarını telafi edici mahiyette son ücreti üzerinden hesaplanan yıllık izin ücreti ile ilgili pek çok uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu sorunları gidermek adına toplu iş sözleşmelerine izin ücretinin hangi ücret (brüt-net, çıplak giydirilmiş) üzerinden, hangi tarihteki ücret üzerinden hesaplanması gerektiği yönünde somut hükümler konulmasında fayda vardır.

Yıllık izin ücretiyle ilgili en sık tartışılan durumlardan biri de, yıllık izinle ilgili hükümlerin toplu iş sözleşmesiyle düzenlendiği her durumda, işletme kredilerine uygulanan faiz oranının uygulanıp uygulanmayacağıdır. Özellikle nötr hüküm biçiminde toplu iş sözleşmelerinde yer alan bu ücret alacakları konusunda öğretilerdeki bazı görüşlerin aksine anılan faizin uygulanması gerektiği söylenebilir.

Toplu iş sözleşmelerinin yürürlüğünün geriye götürülmesinden, yıllık izinle hükümlerin de etkilenip etkilenmeyeceği hususunda varılan sonuç ise, ifa edilebilir nitelikte olan hükümlerin geriye etkili olabileceği

ancak yıllık izin kurulu kurma ve bu kurul tarafından izin tarihlerinin belirlenmesi yönündeki bir hükmün geriye yürütülemeyeceğidir.

Toplu iş uyuşmazlıkları açısından yıllık izin kavramı ele alındığında ise, konunun grev ve lokavt yönünden ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Grevde geçen süreler, işçinin iş sözleşmesi askıda olacağından yıllık izne hak kazanmak için aranan bekleme süresine dahil olmayacaktır. Ancak işçinin ne kadar süre izne hak kazanacağını tespitinde bakılan kıdemin hesabında dikkate alınacaktır. Zira bunun için iş sözleşmesinin devam ediyor olması yeterli olup askıdaki bir iş sözleşmesinin de devam ediyor olduğunu söylemek mümkündür.

Grevin yıllık izin hakkını kullanmaya etkisi üzerinde duracak olduğumuzda, ikili bir ayırım yapmak gerekecektir. İlki işçi iznini kullanmaya başladıktan sonra grevin uygulamaya konulması olasılığıdır. Anılan durumdaki işçi isterse yıllık iznini kullanmaya devam edecek isterse iznini kesip greve katılabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus işçinin greve katılma ve yıllık ücretli izin hakkını aynı anda kullanmasının mümkün olamayacağıdır. Grev başladıktan sonra işçinin yıllık izne çıkması ise, yukarıda belirttiğimiz gibi ona tanınmış bir seçimlik hak niteliğinde olamayacaktır. İşveren yıllık izni kullanma tarihini belirlemeye yetkisine yönetim hakkı gereği sahip olduğundan, işçinin izin talebi bu olasılıkta işverence reddedilebilecektir. Aynı sonuca lokavt açısından da varmak mümkündür.

Yasa dışı grev ve lokavt sırasında ise, işçinin iş sözleşmesinin askıda olması söz konusu değildir. Bu sürelerin yıllık ücretli izinde aranan

bekleme süresine ve kıdem süresine de dahil edilmesi mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak, genellikle bireysel iş sözleşmeleriyle düzenleme konu yapılan yıllık ücretli izin hakkının toplu iş hukuku yönünden özellik arz eden pek uygulama sorunu çalışmamızda tespit edilmiştir. Uygulama birliği sağlayabilmek adına özellikle 6356 sayılı Kanun'a veya Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği'ne konuyla ilgili esaslar eklenmesi isabetli olacaktır.

KAYNAKÇA

Akyiğit, Ercan: Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000.

Akyiğit, Ercan :“Yeni Borçlar Kanunu’nda Yıllık Ücretli İzin”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart 2011.

Akyiğit, Ercan: “Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)”, Çalışma ve Toplum Dergisi, Y.2011, S.3.

Alpagut, Gülsevil: “Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları-Yargıtay’ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, C.2, İstanbul 2016.

Avcı, Mustafa : “6356 Sayılı Kanun’un Grev Oylaması Konusunda Getirdiği Değişiklikler ve Olası Uygulama Sorunları”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2013, S.30.

Bingöl, Serkan :Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2012.

Yücel Bodur, Mehtap : “Mevsimlik İş Sözleşmesi İle Çalışanların Yıllık Ücretli İzin Hakları”, İş ve Hayat Dergisi, Y.2015, C.,S.1.

Başterzi, Süleyman: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2009 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Ankara 2011.

Canbolat, Talat: 6356 sayılı Kanun’a Göre Toplu İş Sözleşmesinin Düzeyi ve Türleri, İstanbul 2013.

Canbolat, Talat: “Toplu İş Sözleşmesine İlişkin Hükümler”, İş Hukukunda Güncel Sorunlar 3 Semineri, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2013.

Canbolat, Talat: “6356 Sayılı Kanunda Öngörülen Çerçeve Sözleşmenin Hukuki Niteliği”, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, İstanbul 2014.

Canbolat, Talat: “Yargıtay’ın 2011 Yılı İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumu”, Ankara 2013.

Canbolat, Talat : “Toplu İş Sözleşmesinden Yararlanamayacak İşçiler”, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C. 6, S. 4, Y.2002.

Centel, Tankut: İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988.

Centel, Tankut: “Yasal Greve Müdahalede Grev Oylaması Uygulaması” TİSK Akademi Dergisi, 2014/1, C.9, S.16.

Çakmakçı, Musa: “Yıllık İzin Hakkının Kullanılmaması İşçiye Haklı Fesih Hakkı Verir Mi?”, <http://www.lokmaneren.com.tr/> maka-

le/yıllık-izin-hakkının-kullandırılmaması-isciye-haklı-fesih-hakki-verir-mi, erişim tarihi 20.06.2018.

Çelik, Nuri / **Caniklioğlu**, Nursen/ **Canbolat**, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2017.

Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

Çiçek, Mustafa: İş Hukukunda Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.

Çifter, Algun: “Türk Hukukunda Hizmet Akdinin Yasal Grev Süresince Askıda Kalmasının Hukuki Sonuçları”, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.1-4, Y.2002.

Çöğenli, Taner: Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul,1983.

Demir, Fevzi: “Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2006, S.2.

Dereli, Toker: “Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Perspektifiyle Türkiye’de Sendika Özgürlükleri ve Yeni Yasa Taslaklarının Değerlendirilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007.

Doğan, Sevil: “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, Özel Sayı, Y.2013.

Yayvak, İrem: Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, İstanbul 2014.

Doğan Yenisey, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014.

Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2013, İstanbul 2017.

Doğan Yenisey, Kübra: “Toplu İş Sözleşmesinin Ard Etkisi Kazanılmış Hakların Korunması”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.5, S.18, Haziran 2010.

Ekmekçi, Ömer: Toplu İş Sözleşmesiyle Düzenleme Yetkisi, İstanbul 1996.

Ekonomi, Münir: İş Hukuku C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984.

Ertürk, Şükran: “Kanuni Grev ve Lokavtın Hizmet Akdine Etkisi: İşçi Bakımından Sonuçları”, Çimento İşveren Dergisi, Temmuz 1991.

Esener, Turhan: İş Hukuku Yönünden Toplu İş Sözleşmeleri, Ankara 1964.

Eyrenci, Öner / **Taşkent**, Savaş / **Ulucan**, Devrim: Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2017.

Eyrenci, Öner: “Toplu İş Sözleşmesinin İşyerinde Çalışan Bütün İşçilere Uygulanacak Hükümleri”, Kamu-İş Dergisi, Nisan 1988.

Kar, Bektaş: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 854 Sayılı Deniz İş Kanunu'na Etkisi”, İÜHFM C. LXXII, S. 2.

Kaya, Pir Ali / **Güler**, Ceyhun: “Uluslararası İnsan Hakları Hukukunda Toplu Eylem Hakkı”, Sosyal Siyaset Konferansları, S. 68, Y. 2015/1.

Keser, Hakan: “Toplu İş Sözleşmelerinde Geriye Etkili Yürürlük ve Yürürlüğün Başlangıcı”, Çimento İşveren Dergisi, C.8, S.5, Eylül 1994.

Keser, Hakan :“Sona Eren Toplu İş Sözleşmesi Hükümlerinin Art Etkisi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2, S.6, Haziran 2007.

Krebber, Sebastian: “Alman İş Hukukunda Toplu Sözleşme Sistemi”, (Çev: Yeliz **Bozkurt Gümrükçüoğlu**), İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Temmuz-Ağustos 2017.

Köseoğlu, Ali Cengiz: Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme Hakkı ve Özellikle Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 1997.

Oğuzman, M. Kemal: Hukuki Yönden Grev ve Lokavt, İstanbul 1967.

Manav Özdemir, Eda: Türk Hukukunda Grevin İş Sözleşmesine Etkisi, Ankara 2016.

Mollamahmutoğlu, Hamdi /Astarlı, Muhittin /Baysal, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı Cilt:1, Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.

Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin: ”6098 Sayılı TBK’nın İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, C.1, İstanbul 2011.

Mollamahmutoğlu, Hamdi: “6356 Sayılı Yeni Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununda Sendika ve Konfederasyonların Faaliyetlerine İlişkin Düzenlemeler”, TİSK İşveren Dergisi, Kasım-Aralık 2012.

Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku II Toplu İş İlişkileri, İstanbul 2016.

Ocak, Uğur: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İşçilik Alacakları, C.1, Ankara 2013.

Okur, Zeki: “Mevsimlik İşlerde Yıllık Ücretli İzin (Karar İncelemesi)”, Kamu-İş Dergisi, Y.2008, C.10, S.2.

Özdemir, Erdem: “Toplu İş Sözleşmesinin Geçmişe Etkili Olarak Yürürlüğe Konulması”, Kamu-İş İş Hukuku Dergisi, Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Y.2002, C.6, S.4

Özen,mTurgay:m“Yıllık Ücretli İzin ve Avans İzin Kullanımı”, <http://www.muhasabetr.com/yazarlarimiz/turgay/032/>, erişim tarihi 11.07.2018.

Özkaraca, Arcüment: Toplu İş Sözleşmesinin Geriye Etkisi, İstanbul 2014.

Özkaraca, Arcüment: “Toplu İş İlişkileri”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2014, İstanbul 2017.

Öztürk, Mehmet Onat: “Kullanılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.35, Y.2012/4.

Postacı, Ayşe Deniz: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Uyarınca Çerçeve Sözleşme”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.121-122.

Sarıbay Öztürk, Gizem: “6356 Sayılı Kanunda Barışçıl Çözüm Yolu Olarak Tahkim”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, C.1, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C.15, S.1, Ocak 2016.

Senyen Kaplan, E.Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Ankara 2017.

Sevimli, Ahmet: “Yıllık Ücretli İznin Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y.2010, S. 18.

Sur, Melda: İş Hukuku Toplu İlişkiler, Ankara 2017.

Sümer, Haluk Hadi: Bireysel Basın İş Hukuku, Konya 2013.

Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2016.

Süzek, Sarper: “İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler“, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.9, Özel Sayı, 2007.

Şahlanan, Fevzi Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992.

Şahlanan, Fevzi: “Toplu İş İlişkileri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 2015, İstanbul 2016, (Seminer 2015).

Şahlanan, Fevzi: “Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi”, Tekstil İşveren Dergisi, S.349,Nisan 2009.

Şahlanan, Fevzi: “Haftada 5 Gün Çalışılan İşyerlerinde Cumartesi Gününün Yıllık Ücretli İzin Süresinden Sayılıp Sayılmaması”,

<http://www.tekstilisveren.org.tr/hukuk/karar-incelemeleri>, erişim tarihi, 13.07.2018.

Tulukçu, Binnur: İş Hukukunda Dinlenme Hakkı, Ankara 2012.

Tuncay, Can/**Savaş Kutsal**, Burcu: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2016.

Yayvak, İrem: Toplu İş Sözleşmesinin Art Etkisi, İstanbul 2014.

Yıldız, Gaye Burcu: “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirmesi Semineri 2015, İstanbul 2016.

Yuvalı, **Ertuğrul**/ Güleşçi, **Yusuf**: “6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Açısından İşkolu Kavramı”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.10, S.38, Y.2013.

Kamu Hukuku/ Public Law

TÜRKİYE’DE CUMHURBAŞKANLIĞI SİSTEMİNİN DİNAMİKLERİ VE YÜRÜTMENİN YENİ KONUMU

*Doç. Dr. Cengiz GÜL**

ÖZET

16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen Anayasa Değişikliği, aslında, 1961 Anayasası’ndan sonraki siyasal süreçte, Türkiye’de aşırı istikrarsız ve zayıf hükümetler ve periyodik darbelerin yol açtığı işlemeyen ve yönetemeyen demokrasi pratiğinin ortadan kaldırılması adına gerçekleştirilen bir hükümet sistemi reformu olmuştur. En son 15 Temmuz 2016’daki darbe ve işgal harekâtıyla kendini gösteren Türk darbecilik pratiğinin siyasal temelinde, parlamenter sistemin, kuvvetler ayrılığını sağlayamayan iç içe geçmiş yasama-yürütme olgusuna ilaveten, yürütmenin, kendi içinde çatışma potansiyeline çanak tutan çift

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku ABD
cengizgul2002@yahoo.com.
Makale Geliş Tarihi:19.09.2018
Makale Kabul Tarihi:10.10.2018

başlı yapısıyla, parlamenter sistemin adeta doğal bir özelliği haline gelen koalisyon hükümetleri sebebiyle ortaya çıkan istikrarsız, güçsüz ve demokratikliği zayıf hükümetler olgusu yatmaktadır. Böylesine siyasal kaotik ve kaygan bir zemin üzerinde yeşermesi ve büyümesi, adeta kaçınılmaz olan askeri, bürokratik ve jüristokratik vesayet odaklarının, doğrudan veya dolaylı bir çok darbesine veya darbe teşebbüsüne şahit olan Türkiye'nin, bu vesayet odaklarının da arkasında, onları dizayn edip, kendi amaçları doğrultusunda kullanacak kadar devlet mekanizmasına yön veren üst vesayet merkezlerine karşı daha fazla gecikmeden, Cumhuriyet tarihinde ilk kez halkın inisiyatifiyle yapılan siyasal sistem reformunu hayata geçirmesi kaçınılmaz olmuştur. İşte, 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen Anayasa Değişikliği'nin ana eksenini ise, demokratik siyasal sistem zemininde, mevcut hükümet modelinin Türkiye tipi bir başkanlık sistemine dönüştürülmesi oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanlığı Sistemi, Yürütme, 2017 Anayasa Değişikliği, Saf Başkanlık Sistemi, Referandum.

DYNAMICS OF PRESIDENTIAL SYSTEM IN TURKEY AND NEW POSITION OF EXECUTIVE

ABSTRACT

Constitutional amendment that accepted with referandum in 16 April 2017, actually, is an government system reform which been realized for eliminate unoperate/ungovern democracy practice that emerge from exceed unstable and weak governments and periodic coups in Turkey at

political process after from 1961 Constitution. The fact of unstable, powerless and weak democratic governments caused by the coalitions, which has become a natural feature of the parliamentary system with its double-headed structure and potential for conflicts, in addition to the inherent legislative-executive nature of the parliamentary system that can not provide separation of powers, is lying under the political basis of Turkish coupling practice, which has been manifested itself with the latest July 15th, 2016 coup d’etat and occupation campaign. Turkey has witnessed direct and indirect coup d’etat of military, bureaucratic and juristic centers of tutelage, which is almost inevitable to grow on such a politically chaotic and slippery ground. Behind these centers of tutelage, top center of tutelage which has designed and directed the state mechanism them for his own purposes and has taken over the state. the reform of the political system has become inevitable. This reform was made with the initiative of the people for the first time in the history of the Republic. The main axis of the amendment of the Constitution adopted with a referendum on April 16, 2017 is the transformation to Turkish type presidential system of the existing government model on the ground of the democratic political system.

Keywords: Presidential System, Executive, 2017 Constitution Amendment, Pure Presidential System, Referandum.

1. GİRİŞ

16 Nisan 2017 referandumuyla kabul edilen son Anayasa Değişikliğinin özünde, *başkanlı parlamenter sistem* veya *pasif yarı-başkanlık sistemi* olarak da nitelendirilebilecek o dönemdeki hükümet modelinden, başkanlık sisteminin Türkiye'ye uyarlanmış tipine,¹ yani *Cumhurbaşkanlığı Sistemine* geçiş yapılması yatmaktadır.² Cumhuriyet tarihi boyunca, halkın ilk kez yapımında aktif rol üstlendiği bu hükümet sistemi reformu yapılanaya kadar, özellikle darbeler sonrasındaki anayasalarla, bu ülkeye *otorite* ve *özgürlük* alanına dair pek çok konunun dayatıldığına şahit olunmuştur. İşte bu hükümet sistemi reformunun gerçekleşmesiyle, Ağustos 2014'te Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kuralının da hayata geçmesi sonrasında uygulanmaya başlanan yarı-başkanlık modeli içerisinde, hem yürütmenin çift başlı yapısının yol açtığı siyasal çatışma riskleri, hem de yürütmenin, parlamentodaki çoğunluğa ya hiç sahip olmadığı veya bu çoğunluğu sonradan yitirdiği durumlarda ortaya çıkması, neredeyse muhakkak olan bir siyasal kaosa³ davetiye çıkarabilme potansiyelini bertaraf etmek için, başkanlık sistemine yarısıyla değil de, tam olarak geçme teşebbüsü anlamındaki bu Anayasa değişikliği, demokratik

¹ Türk tipi başkanlık modeli hakkında karşılaştırmalı bir çalışma için bkz. **Recep BOZLAĞAN**, *Türk Tipi Başkanlık*, Hayat Yayınları, İstanbul, 2016. **Hayri KESER**, “*Türk Tipi Başkanlık Sistemi Üzerine*”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), Yıl: 23, Sayı: 94, (Mart-Nisan), 2017, s. 433 vd.

² **Fahrettin ALTUN**, “*Red Cephesinin Yeni Sanrıları*”, Retrieved at February 20, 2017 from <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/fahrettinaltun/ret-cepbesinin-yeni-sanriları>. Erişim Tarihi: 28.04.2018. **Mehmet UÇUM**, “*Cumhuriyeti Halka Açan Doğrudan Millet Hükümeti*”, Açık Görüş-Star, Erişim Tarihi: 20.04.2018.

³ İktidarın, farklı siyasal partilere bağlı başkan ve başbakanla paylaşılmak zorunda kalınması, yani çift başlı yürütmenin her iki kanadının zıt siyasal eğilimleri yansıtmaması durumunda ortaya çıkan siyasal kriz olgusunu ifade eden kohabitasyon (cohabitation) kavramı ve Fransa'da yaşanan siyasal pratikleri hakkında daha geniş bilgi için bkz. **Cengiz GÜL**, *Karşılaştırmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 209 vd.

rejim zemini üzerinde yükselen, ancak verimsiz ve ağır işleyen, koalisyon hükümetlerine çanak tutan ve vesayet etkisine her an açık olan mevcut hükümet modelini dönüştürmeyi amaçlamaktadır.⁴

Başkanlık sistemi, Türkiye’nin ülke ve devlet olarak bünyesine yakışan bir siyasal elbisenin dikilmesi arayışları çerçevesinde, son kırk yıl içinde dönem dönem gündeme getirilmiş, ancak gereken siyasal ve de sosyal desteği bulamadığı için hep geri çekilmek zorunda kalınan bir teklif ve tavsiyeden öteye geçememiştir. Bu teşebbüslerin hukuki bir sonuca kavuşturulduğu 2017’deki Anayasa Değişikliğiyle getirilen Cumhurbaşkanlığı Sisteminin, Türkiye’nin sosyo-politik şartlarının da⁵ zorlanması sonucunda, yasama ve yürütme organlarının karşılıklı ve eş zamanlı seçim yetkileriyle donatılması özelliği dışında, başkanlık sistemiyle aynı özellikleri taşıyan bir hükümet modeli⁶ olduğu ve parlamenter ve yarı-başkanlık sistemleri gibi, temsili demokrasinin bir örneği sayılması gerektiği gayet açıktır. Ancak tabii ki bu teorik yaklaşımın, ülkemiz açısından siyasal pratikte de teyit edilmeye ihtiyacı vardır. Bunun için de 24 Haziran 2018 Seçimlerinden sonra uygulanmaya başlanan bu sistemin, siyasal pratikte nasıl sonuçlar meydana getireceğini takip etmek gereklidir.

⁴ Bu konuda aksi bir görüş için bkz. **CHP**, “Neden Hayır”, <https://www.chp.org.tr/Public/0/Other/NEDEN%20HAYIR.pdf>. Erişim Tarihi: 30.04.2018.

⁵ “Her ülkenin yönetim tarzı, adı ne olursa olsun, kendi geçmişine ve geleneğine uygun olarak şekillenmiştir.” **Recep Tayyip ERDOĞAN**, “200 Yıllık Arayışın Ürünü: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), Yıl: 23, Sayı: 94, (Mart-Nisan), 2017, s. 9.

⁶ Bilir, başkanlık sisteminin temel özelliklerinin korunduğu ve Türkiye’nin şartları, özellikleri ve yapısı göz önünde bulundurularak uygulanacak bir hükümet sisteminin başarılı olacağına özellikle işaret etmektedir. **Faruk BİLİR**, *Hükümet Sistemleri ve Başkanlık Sistemi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017. **BOZLAĞAN**, *a.g.e.*, s. 58, 128 vd.

2. CUMHURBAŞKANLIĞI (TÜRK TİPİ BAŞKANLIK) SİSTEMİNDE YÜRÜTMENİN KONUMU

2.1. Anayasa Değişikliğinin Cumhurbaşkanının Siyasi ve Cezai Sorumluluğu Üzerindeki Etkileri

16 Nisan 2017 tarihinde gerçekleşen referandum sonuçlarına göre % 51.41 evet oyu çıkararak kabul edilen anayasa değişikliğinin temelinde, mevcut yarı-başkanlık hükümeti modelinden cumhurbaşkanlığı sistemine geçiş olgusu yatmaktadır. Türkiye'nin sosyo-politik şartlarının da bir zorlamasıyla başkanlık sisteminin ülkemize adapte edilmiş bir türü olarak kendini gösteren Cumhurbaşkanlığı Sistemi⁷ içerisinde, Cumhurbaşkanının tüm yürütme yetkilerini kendinde toplamasına ve gücünün artmasına sıkça atıf yapılırsa da, onun değişiklik öncesindeki gibi, sadece yetkili ve sorumsuz olmakla kalmayıp, değişiklikle sorumlu ve hesap sorulabilir bir konuma da getirilmiş olduğuna önemle dikkat çekmek gerekir. İşte tam da burada, Anayasa Değişikliği sonrasında Cumhurbaşkanının siyasi ve cezai sorumluluk cephesinde nasıl bir değişikliğin olduğu konusuna, mukayeseli biçimde değinmekte yarar bulunmaktadır.

2.2. Cumhurbaşkanının Siyaseten Sorumlu Olup Olmadığı Konusu

1982 Anayasası, 16 Nisan 2017 tarihindeki referandumla kabul edilen Anayasa Değişikliğine kadar, siyaseten tam sorumsuz, ancak çok yetkili bir cumhurbaşkanlığı makamı öngörmekte idi. Siyaseten tam sorumsuzluk, Cumhurbaşkanının görev süresi içinde, ne kadar siyasi yanlış ve hata yaparsa yapsın, ne TBMM ne de başkaca bir organ veya halk

⁷ FENDOĞLU, *a.g.m.*, s. 90.

tarafından görevden alınamaması anlamına gelmektedir.⁸ Zaten anayasal açıdan geniş icrai yetkilerle donatılan ve 2007’deki halk tarafından seçilme kuralının da gelmesi sonrasında, doğrudan demokratik meşruiyet gücünü de elde eden bir Cumhurbaşkanının siyasi sorumluluğunun hiç olmaması, kamu hukukundaki, ‘*yetkinin olduğu yerde sorumluluk da mutlaka olmalıdır*’ yönündeki genel ilkeye aykırılık oluşturmakta idi. Her ne kadar “*karşı imza kuralı*” çerçevesinde cumhurbaşkanının, altında imzasının olduğu işlemlerden dolayı sorumluluk başbakan veya ilgili bakana yükleniyordu.⁹ Ancak 1982 Anayasası uygulamasında Cumhurbaşkanının tek başına imzasıyla sonuç meydana getiren işlemler yapabilmesi ve bunlardan dolayı da AY. m. 105 ve 125 gereği yargı denetiminin kapalı olması, hukuk devleti açısından ciddi sıkıntılar oluşturmakta idi. 16 Nisan 2017 tarihli referandumla kabul edilen AY değişikliğinde ise yürütmedeki iki başlılığın kaldırılmasının da etkisiyle, Cumhurbaşkanının hem TBMM’ne karşı hem de özellikle doğrudan halka karşı bir siyasi sorumluluk altına girmekte olduğu görülmektedir.¹⁰ Şöyle ki, başkanlık sistemlerinde normalde olmayan, seçimleri yenileme yetkisine sahip olan TBMM, bu yetkisini kullandığı anda sadece kendisinin değil, Cumhurbaşkanının da seçime gitmek zorunda kalmasına kapı açmış olacaktır. Bu da bir nevi, araları iyi olmayan Cumhurbaşkanına karşı siyaseten bir he-

⁸ **Yavuz ATAR**, *Türk Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 298.

⁹ **ÖZBUDUN**, *a.g.e.*, s. 316.

¹⁰ Doktrinde, bu konunun tartışılabilir olduğuna şöyle işaret edilmektedir: “*2017 Anayasa değişikliğiyle getirilen hükümet sistemi, ne Cumhurbaşkanı, ne Cumhurbaşkanı yardımcıları, ne de bakanlar bakımından TBMM’ne karşı bir siyasal sorumluluk mekanizması tesis etmiştir. Buna karşılık bu değişiklikte getirilen karşılıklı fesih ya da seçimleri yenileme yönteminin, Cumhurbaşkanı yönünden bir nevi siyasal sorumluluk mekanizması teşkil edip etmediği tartışılabilir*”, **ÖZBUDUN**, *a.g.e.*, s. 316.

sap sorma anlamına gelecektir.¹¹ Aynı zamanda bunun, uzlaşamamanın etkisiyle sistemin tıkanmasını bertaraf etmeye yönelik pozitif bir katkısı da olacaktır. Cumhurbaşkanının, TBMM'ne karşı dolaylı biçimdeki bu siyasi sorumluluğunun yanında, ayrıca halka karşı da doğrudan bir siyasi sorumluluk altında olduğu açık bir realitedir.¹²

İster kendisinin isterse TBMM'nin, seçimleri yenileme yetkisini kullanmasıyla olsun, ya da 5 yıllık anayasal görev süresinin tamamlanmasıyla olsun, ikinci dönemi için tekrar seçilmek isteyen bir Cumhurbaşkanı adayının ikinci defa seçilmemesi, onun ilk dönem performansının başarısız görülerek halktan onay alamaması, açık ve net biçimde halka hesap vermek zorunda kalması anlamına gelmektedir. Böylesi bir siyasi sorumluluğun, belki ikinci dönemini yaşayan bir Cumhurbaşkanı açısından söz konusu olamayacağı ileri sürülebilir.¹³ Ancak bu öngörünün de haklı olduğu pek söylenemez. Kendi adına kaybedecek bir şeyi olmadığını düşünen bir Cumhurbaşkanının, bu ikinci dönemde büsbütün sorumsuzca ve keyfi biçimde hareket edemeyeceğini belirtmek gerekir. Zira Cumhurbaşkanının, başkan veya üyesi sıfatıyla bir partiye mensup olduğu da hesaba katılırsa, kendisinden sonra partisinin cumhurbaşkanlığı için yine demokratik yarışa gireceğini düşünen bir cumhurbaşkanının, kendi partisinin itibarı ve geleceği adına ikinci dönemini de halka hesap verme psikolojisi içinde geçireceği veya geçirmesi gerektiği, göz ardı edilemez bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir.

¹¹ GÖZLER, (2017/b), *Elveda Anayasa...*, s. 56-57.

¹² Kemal GÖZLER, "Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Neverland Sistemi mi?", <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf>. s. 3. Erişim Tarihi: 30.04.2018.

¹³ ATAR, *a.g.e.*, s. 298.

2.3. Cezai Sorumluluk Bakımından Cumhurbaşkanının Yeni Konumu

Cumhurbaşkanının görevi esnasında bir suç işlemesi nedeniyle söz konusu olan cezai sorumluluk konusunda ise, 2017 değişikliği öncesinde 1982 Anayasası m. 105/3’e bakıldığında; “*vatana ihanet*” suçu dışında, cumhurbaşkanının cezai açıdan hiçbir sorumluluğunun olmadığını ifade edilebilirdi. Kapsamının ne olduğu belli olmayan bu vatana ihanet suçunun, Türk Ceza Kanunu dahil hiçbir ceza kanununda tanımlanmadığı da bilinmektedir. 1982 Anayasası m. 38/1 ile 5237 sayılı TCK m. 2/1’deki, “*kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez*” hükmü gereği bir cumhurbaşkanının hangi fiilleri işlediği hallerde vatana ihanet suçu işlemiş olduğu kanunen açıkça tanımlanıp belirtilmediği sürece, onun TBMM’nde suçlandırılıp AYM’ne yargılanması için gönderilmesi durumunda bile, “kanunsuz suç ve ceza olmaz” biçimindeki temel hukuk ilkesine aykırılık gerekçesiyle bir mahkûmiyet kararının verilemeyeceği söylenebilir. Bu konuda Yüce Divan sıfatıyla Anayasa Mahkemesi’nin TCK m. 2/3 gereğince kıyas ve geniş yorumda bulunması da yasak olduğu için, mecburen beraat kararı vermesi gerekecektir. Böylesine, adeta hayali bir vatana ihanet suçu sebebiyle suçlandırılması için de, anayasadaki en yüksek nitelikli çoğunluk oranı olan ve sağlanması neredeyse imkânsız olan TBMM üye tam sayısının 4’te 3 çoğunluğunun öngörülme-

si, cumhurbaşkanının az da olsa var zannedilen cezai sorumluluk ihtimalini fiilen adeta sıfıra indirmekte idi.¹⁴

16 Nisan'daki referandumla kabul edilen Anayasa Değişikliğine baktığımızda ise, Cumhurbaşkanının cezai sorumluluk yolunun önündeki engellerin kaldırılarak işlerlik kazandırıldığı görülmektedir. Şöyle ki, 1982 Anayasası m. 105/1'de "*cumhurbaşkanı hakkında, **bir suç işlediği iddiasıyla...***" demek suretiyle, sorumluluk alanını vatana ihanet suçu ile sınırlamayı, bütün suç tipleri açısından Cumhurbaşkanından hesap sorulabileceğine dikkat çekilmektedir. Ayrıca, görevi esnasında hangi suçu işlemiş olursa olsun, bir Cumhurbaşkanının yargılanması için Yüce Divan (AYM)'a gönderilmesinde aranan, TBMM üye tam sayısının 4'te 3 oranının düşürülerek 3'te 2'ye getirilmesi de, Cumhurbaşkanının ceza sorumluluğunun hayata geçirilmesini kolaylaştıran olumlu bir düzenleme olmuştur.¹⁵ Bununla yakından ilgili diğer bir olumlu düzenleme de, "*...hakkında soruşturma açılmasına karar verilen Cumhurbaşkanı seçim kararı alamaz*" yönündeki hükümdür. Böyle bir yasak getirilmeseydi, cumhurbaşkanının, aleyhine ceza soruşturması açılması konusunu görüşen TBMM'ne karşı, seçimleri yenileme yetkisini, adeta bir siyasi şantaj aracı ve kozu olarak kullanmak suretiyle baskı yapabilmesi ve bu suretle de kendisinin Yüce Divan'a sevk edilmesini engelleyebilmesi mümkün hale gelirdi.

¹⁴ Cengiz GÜL, "*The Transition of the Government System in Turkey in the Context of the Presidential System and Its Relationship with the Democratic Regime*", Current Perspectives In Social Sciences, Edt. Hasan Arslan/ Mehmet Ali İçbay/ Alina-Andreea Dragoescu, 2017, s. 232.

¹⁵ GÜL, a.g.m., s. 232.

1982 Anayasası m. 106/5, Cumhurbaşkanının yanı sıra, cezai sorumluluk bakımından Cumhurbaşkanı yardımcısı ve bakanların da Cumhurbaşkanı gibi aynı hükümlere tabi olmalarını öngörmektedir. Ayrıca, bu durumlarda Cumhurbaşkanlığı görevinin, Yüce Divan’a sevk kararı ile değil de, ancak yargılama sonunda seçilmeye engel bir suçtan alınacak bir mahkûmiyet ile sona ereceği kuralına da bu Anayasa Değişikliğinde yer verildiği görülmektedir. Böylelikle değişiklik öncesinde Anayasanın hüküm getirmediği için, görevinin evleviyetle, TBMM’nin sevk kararıyla sona ermesi gerektiği yönündeki spekülâtif yorumların da önü kapanmış olmaktadır.

Sonuç olarak, hem siyasi hem de cezai sorumluluk bakımından, Anayasa Değişikliği öncesine göre, karar ve işlemlerinden dolayı denetlenebilmesi ve hesap sorulabilmesi daha da kolaylaştırılan bir Cumhurbaşkanının, otoriter bir yönetim kurmak suretiyle diktatörlüğe kayabileceği iddialarının hukuki hiçbir dayanağı bulunmamaktadır.¹⁶ Hukuken kapalı olan bu kapının, fiilen zorlanabileceği yaklaşımlarının ise, öngörülen demokratik ve hukuki denetim araçları sayesinde, bu yeni hükümet modeli açısından, öncesine göre daha da zayıflatılmış bir risk olduğunu söylemek mümkündür. Cumhurbaşkanını Yüce Divan sıfatıyla yargılama yetkisi olan Anayasa Mahkemesi’nin üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanmış olmasına yönelik itirazlar¹⁷ da yersizdir. Zira AYM üyelerinin tümünü

¹⁶ GÜL, *a.g.m.*, s. 232. Aksi yönde görüşler için bkz. **Nuray MERT**, “Mesele Tek Adam Değil Çoğunluk Sultası”, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/686036/Mesele_tek_adam_degil_cogunluk_sultasi.html. Erişim Tarihi: 27.04.2018. **Can ATAKLI**, “Hükümeti Millet Seçiyor Yalancı”, <http://www.gazeteoku.com/yazar/can-atakli/174810/hukumeti-millet-seciyor-yalani>. Erişim Tarihi: 25.04.2018.

¹⁷ **Nami TEMELTAŞ**, “Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı”, <http://www.Demokrat-haber.org/yarginin-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-makale.9387.html>, Erişim Tarihi: 24.04.2018.

Cumhurbaşkanı belirlememektedir. Önceden 17 üyenin, şimdi ise 15 üyenin 3'ünü, TBMM gösterilen adaylar arasından 3'te 2 çoğunlukla seçerken, kalan üyelerin de sadece 4'ünü doğrudan, diğerlerini de ilgili yerlerin gösterdikleri adaylar arasından Cumhurbaşkanı belirlemektedir. Anayasa Değişikliği sonrasında ise, askeri yargının kaldırılması çerçevesinde Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'nden gelen üyeliklerin düşmesi ile Cumhurbaşkanının AYM'ne üye atama yetkisinde ise eskisine göre bir zayıflama yaşanmıştır. Ayrıca bir Cumhurbaşkanının 5 yıllık görev süresi içinde, 12 yıl boyunca görev yapan AYM üyeliklerinden, muhtemelen en fazla 3 veya 4 üyenin belirlenmesi üzerinde inisiyatif kullanabilmesi söz konusu olabilir. Böylesi bir durumda yargının, yürütmenin emrine gireceği söylemlerinin bir hukuki karşılığının olmadığını ifade etmek gerekir.

2.4. Siyasal Tarafsızlık Olgusunun Cumhurbaşkanının Yeni Konumundaki Anlam ve Değeri

Cumhurbaşkanı seçilenin partisinden istifa edeceği, yani partili olmayacağı noktasındaki 2017 Anayasa Değişikliği öncesindeki hükmün, saf başkanlık modeli kadar, Türk Cumhurbaşkanlığı Sistemi'ne de uygun olmadığı aşikâr bir olgudur. Partili bir başkan veya cumhurbaşkanının, başkanlık hükümeti modelinin adeta istisnasız bir pratiği olduğu noktasında şüphe yoktur. Ancak cumhurbaşkanı olan kişinin partisinden ayrılması gereği, özellikle parlamenter bir sistemde, devlet başkanının tarafsızlığını sağlamaya yönelik hukuki tedbirlerdendir. Başkanlık sisteminde başkan zaten siyaseten taraf konumundadır ve ondan partiler üstü olmasının beklenmesi sistemin

doğasına da ters düşer. Çünkü başkan, devlet başkanı olduğu kadar, başkanlık vasfına, yani hükümet etme ve yürütmeye başkanlık fonksiyonuna da sahip konumdadır. Başkanlık sisteminin bir türeği olarak Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemini uygulamakta olduğumuz şu aşamada, sanki hükümet sistemi değişikliği halkoylamasıyla kabul edilmemiş de, parlamenter sistemle yola devam ediliyormuşçasına, ‘*Cumhurbaşkanı bir partiye üye veya yönetici olursa tarafsızlığını yitirir*’ türünden söylemlerin hukuken ve siyaseten bir anlam ve değer taşımadığı söylenebilir.

2.4.1. Cumhurbaşkanının Tarafsızlık Algısı Üzerinde 2007 ve 2017 Anayasa Değişikliklerinin Dönüştürücü Etkisi

Türkiye’nin demokratik siyasal hayatında 2007 yılında, cumhurbaşkanı seçimlerine yönelik olarak sergilenen yasakçı, vesayetçi söylem ve eylemler sonucunda maruz kalınan siyasal kaotik duruma, Anayasa Mahkemesi de verdiği 367 kararıyla adeta hukuki bir zemin hazırlamıştı. Oluşturulan bu kaotik durum karşısında, o dönemki hükümetin gösterdiği haklı reaksiyon sonucunda hazırlanan bir anayasa değişikliği metni, mecburen gidilen bir referandum sonrasında kabul edilmiş ve Cumhurbaşkanının bundan böyle TBMM tarafından değil de halk tarafından seçilmesinin önü açılmıştır. Mekanist anayasa anlayışının bu reaksiyoner tezahürü ile aslında bir yönüyle de parlamenter hükümet modelinden yarı-başkanlık sistemine doğru ciddi bir adım atılmış olmaktadır. Zira devlet başkanını halkın belirlediği bir sistemin, saf parlamenter modelin asli kurucu özelliklerinden birini terk etmekle, parlamenter vasfını devam ettirmesi de mümkün görünmemektedir. Ancak cumhurbaşkanının halk tarafından seçilme kuralı getirilmesine rağmen, bu kuralın pratikte ilk kez uygulandığı Ağustos 2014’e kadar sistem, teorik planda yarı-başkanlık olsa da, fiilen parlamenter biçimde işlemeye devam

etmiştir. Dolayısıyla da bu süreçte cumhurbaşkanının tarafsızlığı konusunda fazlaca bir siyasal polemik yaşanmamıştır.

10 Ağustos 2014'te Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi uygulaması sonrasında ise sistemin, artık hem hukuken hem de fiilen parlamenter olmaktan çıkarak yarı-başkanlık mahiyetine büründüğüne şahit olunmuştur. Bu andan itibaren 2007 Anayasa Değişikliğinin, Cumhurbaşkanının tarafsızlığını dönüştürücü hükümleri kendini göstermeye başlamıştır. Bu dönüştürücü hükümlerin analizine girmeden önce, 2007 Anayasa Değişikliğinin, genel planda tarafsızlık üzerindeki vurguyu hukuken zayıflatan yönde bir etki gösterdiğine dikkat çekmek gerekir.¹⁸ Şöyle ki, Cumhurbaşkanının seçim yönteminin değiştirilerek halkın seçmesi kuralının getirilmesiyle, seçilmek isteyen adayın, oyuna talip olduğu halkın doğrudan ve dolaylı biçimde önüne çıkarak, kendisinin neden tercih edilmesi gerektiği noktasındaki gerekçeleri anlatması, daha doğrusu seçildiğinde yapmayı düşündüğü plan ve projelerini miting, propaganda ve bilgilendirme toplantılarıyla seçmene anlatarak oylarını kazanmaya çalışması artık kaçınılmaz olmuştur. Bunları yapmadan, bir köşede oturarak seçilmeyi beklemek ise, pek gerçekçi ve efektif bir yöntem olmayacaktır. Bu da Cumhurbaşkanını, yeni sistem planında aktif bir siyasal aktör olmaya yöneltecektir.

Buna ilaveten Cumhurbaşkanlığına adaylık aşamasında ise, adayın bizzat başvurusuyla değil de, TBMM'deki bir parti grubu veya Meclis dışında kalan partilerden, son seçimde aldığı oylar toplamı tek başına veya birlikte % 5 ve üzerinde olan siyasal partiler tarafından aday gösterilebileceği kuralı

¹⁸ Doktrinde, 2007 Anayasa değişikliğinin, Cumhurbaşkanının tarafsızlığını hangi açılardan olumsuz yönde etkilediğine ilişkin eleştirel bir yaklaşım için bkz. **Kemal GÖZLER**, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017, s. 319 vd.

karşısında, Cumhurbaşkanı seçilecek kişinin daha seçilmeden tarafsızlığının ortadan kalkmasına zemin hazırlayan bir durum ortaya çıkmaktadır.¹⁹ Adaylığını dahi bir siyasal partinin takdirine bağlı gören bir kişinin, o partinin seçmen tabanının da desteğini almak suretiyle Cumhurbaşkanı seçildikten sonra, adeta minneti altına girdiği parti ile diğer tüm partilere karşı eşit mesafede kalmasını beklemek çok da gerçekçi sayılamaz. Parlamenter sistemdeki bir cumhurbaşkanından beklenecek tarafsızlığın, 2007 Anayasa Değişikliği ve özellikle 2014’teki Cumhurbaşkanlığı seçiminden sonra beklenemeyeceği ise, açık bir siyasal realite haline gelmiştir. Ancak bu realitenin arkasında ise, muhtemel keyfi uygulamalardan öte, 2007 değişikliğinin ortaya koyduğu hukuki olgular yatmaktadır. Yine 2007 Anayasa Değişikliğinde öngörülen, Cumhurbaşkanının ikinci defa seçilebilmesi kuralının getirilmesiyle, görevdeki ilk dönemini geçiren Cumhurbaşkanının ikinci defa da seçilebilmek için, yine hem aday gösterilmek hem de seçmen tabanının desteğini almak adına siyasal partilere yakın durup iyi geçinme ihtiyacı duyacağı açıktır. Bunun da Cumhurbaşkanının tarafsızlığını olumsuz yönde etkileyeceği konusunda şüphe yoktur.

İşte 2007 Anayasa Değişikliğinin yol açtığı bu arızı durumların düzeltilmesi ve bu noktaya yönetilen eleştirilerin önünün kesilmesi adına 16 Nisan 2017’deki referandumla kabul edilen Anayasa Değişikliğinin önemli katkıları olmuştur. Değişiklik öncesinde 1982 Anayasası m. 101/4’teki “cumhurbaşkanı seçileninin, varsa partisi ile ilişkisi kesilir” hükmünün Anayasadan çıkarılmasıyla, bir cumhurbaşkanının parti üyesi, yöneticisi, hatta başkanı olmasının önü açılmıştır. Böylece bu değişikliğe kadar arızı bir görüntü çizen siyasal manzara, sisli görüntüden çıkarak daha net bir hale gelmiş

¹⁹ GÖZLER, (2017/b), *Türk Anayasa...*, s. 320.

olmaktadır. Zira 2017 Anayasa Değişikliğiyle, Türkiye'nin geçtiği yeni hükümet modeli olarak *Cumhurbaşkanlığı Sistemi*, ana hatlarıyla bir başkanlık sistemidir. Başkanlık sisteminin prototipi olan ABD'de ve diğer başkanlık modeli uygulamalarında, başkanın her halükarda partili olduğuna şahit olunmaktadır. Bunun da başkanlık sisteminin olağan bir sonucu ve gereği olduğu noktasında doktrinde bir tereddüt yoktur. ABD'de başkanlar, şimdiye kadar Cumhuriyetçi veya Demokrat Parti üyesi olarak seçilmiş olup, genelde parti başkanı değillerdir. 2017 Anayasa Değişikliğinin, 24 Haziran 2018 Seçimlerinden önce derhal uygulanmaya başlanan üç kuralından birisi olarak öne çıkan, Cumhurbaşkanı seçilenin bir parti üyesi ve yöneticisi olabilmesinin önünün açılmasıyla, görevdeki Cumhurbaşkanı da önce parti üyesi olmuş, ardından da parti başkanlığına seçilmiştir. Böylece 2017 Anayasa Değişikliğiyle geçtiğimiz ve 24 Haziran 2018 Seçimlerinden sonra uygulanmaya başlanan Cumhurbaşkanlığı Sistemine, başka bir deyişle Türkiye'ye özgü başkanlık sistemine adım atılmış olmaktadır.

2.4.2. Türk Anayasal Pratiğinde Partili Cumhurbaşkanlığı Modeli

Türkiye'nin anayasal geçmişine de bakıldığında, Cumhuriyet döneminde 1961 Anayasası'na kadarki Cumhurbaşkanlarının, partili cumhurbaşkanı oldukları görülecektir. İlk Cumhurbaşkanı Mustafa Kemal Atatürk, aynı zamanda Cumhuriyet Halk Fırkası Genel Başkanlığı görevini de birlikte yürütmüş olup, "Partili Cumhurbaşkanı" konumunda bulunmaktaydı. Daha sonra Cumhurbaşkanı olan İsmet İnönü de, hukuken olmasa da, fiilen CHP Genel Başkanlığını sürdürmüştür. İnönü, CHP'nin 14 Mayıs 1950 seçimlerini kaybetmesi sonrasında yeniden CHP Genel Başkanlığı'na seçilmiştir. İsmet İnönü'den sonra Cumhurbaşkanı olan Celal Bayar

ise 1960 Darbesi’ne kadar, Demokrat Parti başkanı olmasa da, parti üyesi olmak hasebiyle, İnönü gibi "Partili Cumhurbaşkanı" sayılmayı hak ediyordu.²⁰ Yine, parti başkanlığı ve başbakanlık yapmış olan cumhurbaşkanlarından Turgut Özal ve Süleyman Demirel’in de fiilen partili cumhurbaşkanı olmadıkları söylenemezdi. Hâlihazırda görevdeki Cumhurbaşkanı Recep Tayyip Erdoğan ise, bu son Anayasa Değişikliği sonrasında, hukuken partili bir Cumhurbaşkanı sıfatını kazanmak suretiyle, ilk üç cumhurbaşkanınca sürdürülen, ancak kesintiye uğrayan bir anayasal pratiği de devam ettirmiş olmaktadır.

1924 Anayasası’nın kapı açtığı bu ‘*partili cumhurbaşkanı*’ uygulaması, bir anayasal pratik olarak karşımızda dururken, 2017 AY değişikliği ile adeta yeniden canlandırılan bu partili Cumhurbaşkanlığı modelinde, Cumhurbaşkanlarından, klasik parlamenter sistemdekiler gibi, siyaseten partiler üstü konumda olmaları beklenemez. Çünkü yeni hükümet modelinde Cumhurbaşkanı, parlamenter sistemdeki temsili ve seremonik konumundan çıkarak, siyasal sistem içinde, tüm yürütme yetkilerinin kendisinde toplandığı aktif ve icracı bir siyasal aktör mevkiine yükselmiştir. Böylesine aktif bir siyasal aktörün partisiz olmasını istemenin, hem siyaseten hem de başkanlık sistemi ekseninde gerçekçi ve tutarlı bir yaklaşım olmadığı açıktır. Partili bir başkan veya cumhurbaşkanı olgusu, başkanlık sistemleri açısından, gayet yaygın bir siyasal pratiktir. ABD başkanlık uygulamasında da başkanların, parti başkanı olmasalar da, parti üyesi olduk-

²⁰ **Erdal ŞAFAK**, “*Partili Cumhurbaşkanı Atatürk ile Başladı*”, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/safak/2016/06/23/partili-cumhurbaskani-ataturk-ile-basladi>, Erişim Tarihi: 25.04.2018. **Mehmet DOĞAN**, “*Tarihimizde Partili Cumhurbaşkanları*”, <http://www.tyb.org.tr/d-mehmet-dogan-tarihimizde-partili-cumhurbaskanlari-25420h.htm>, Erişim Tarihi: 24.04.2018.

larını tekrar hatırlatmak gerekir.²¹ Öyleyse tarafsızlıktan ne anlaşılması gerektiğini yeniden şekillendirme zarureti ortaya çıkmaktadır. Bir ilke ve ideal olarak siyasal tarafsızlıktan anlaşılması gereken, herkesin ve özellikle siyasal figür ve aktörlerin, taşıdıkları siyasal görüş ve eğilimlerini, bilhassa eylem ve icraat planında, taraftarlarını kayırcı muhaliflerini de ezici bir saikle pratiğe dökmemeleridir. *Bu anlamdaki bir tarafsızlık, başkanlık sisteminde başkan veya cumhurbaşkanının partili olmasını değil de, partizanca davranmasını yasaklamaktadır.* Başkanlık sisteminde başkanlar, her ne kadar bir parti üyesi olsalar ve o partinin başkan adayı olup seçilseler de, hükümet icraatlarında tarafsız kalacaklarına dair yemin etmektedirler.

Partili olmanın, başkanın tarafsızlığını tümüyle ortadan kaldıran bir şey olmadığı, siyasal ve yargısal denetim araçlarıyla başkanın tarafgirane davranmaktan alıkonulabildiği bir ortamda, Türkiye’de de partili Cumhurbaşkanının, 1982 Anayasası m. 103’teki tarafsızlık yeminine uygun davranabilmesi noktasında gereken etkili siyasal ve yargısal denetim araçlarının da son Anayasa değişikliğiyle sisteme ana hatlarıyla monte edildiğini söylemek mümkündür. Cumhurbaşkanının, tarafsızlık ilkesine sadık kalıp kalmadığını, söylemlerinden ziyade icraatlarına bakarak anlamak gerekir. Yeni hükümet modeliyle Türkiye’de partili cumhurbaşkanlığına geçilmekle birlikte, cumhurbaşkanının şahsında toplanan yürütmenin, siyaseten TBMM’nce daha etkin şekilde denetimine kapı açılmıştır. Şöyle ki; bütçe dışında hiçbir konuda kanun teklif etme yetkisi olmayan,

²¹ **Emre KONGAR**, “Parti Devletine Hayır”, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/677558/Parti_devletine_hayir.html. Erişim Tarihi: 27.04.2018. ABD’de başkanın, üyesi olduğu partisinin genel başkanı olmayıp, sadece partisinin “başkanlık adayı” olduğu da unutulmamalıdır. **GÖZLER**, (2017/a), *Elveda Anayasa...*, s. 69.

bütçesi de gerektiğinde Meclisçe reddedilebilen, Meclisin bir erken seçim kararı almasıyla kendisinin de görevi bitecek olan ve ayrıca işlediği iddia edilen herhangi bir suçtan dolayı, eskisinden daha düşük bir Meclis çoğunluğuyla (3/4’ten 2/3’e indirildi) yargılanmak için Yüce Divan’a sevk edilebilen ve bu soruşturma esnasında Meclis seçimlerini yenileme yetkisi de yasaklanan bir cumhurbaşkanının, tarafgirane ve partizanca icraatlara kolay kolay yönelemeyeceği gayet açık bir realitedir. Buna ilaveten, kanun hükmünde olmadığı için kanunu değiştirip kaldıramayan ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin, gerektiğinde Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilebildiği, partizanca amaçlarla çıkarılan yönetmeliklerin idari yargı denetimine tabi olduğu, önceden yürütmenin bir düzenleyici işlemi olarak var olan tüzük çıkarma yetkisinin ise tümüyle kaldırıldığı bir hukuki ve siyasal düzlemde, yürütmenin güç ve etkisinin, öncesine göre zayıfladığı ve mevcut güç ve yetkileri bakımından da siyasal ve yargısal yönden etkili bir denetime tabi tutulduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, başkanlık sisteminde tarafsızlığın ihlali durumunda, anayasal açıdan öngörülen hukuki ve siyasi denetim ve kontrol mekanizmalarıyla, ilgili siyasal aktörün partizanca icraatlarını kısmen veya tamamen frenlemek mümkündür. Bu açıdan Türk cumhurbaşkanlığı sisteminin, cumhurbaşkanının partili olmasına, sistem gereği kapı açsa da, onun partizanca davranmasını önleyici ve bastırıcı kurallara da yer vermekte olduğuna dikkat çekmek gerekir.

2.5. Cumhurbaşkanının Kararname Çıkarma Yetkisinin Hukuki Analizi

2017 Anayasa Değişikliğiyle Cumhurbaşkanına, ‘Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’²² adı altında, daha önce ismen olsa da, içeriği tümüyle yenilenmiş bir düzenleyici işlem kategorisi ihdas edilmektedir. İlgili bu düzenleme çerçevesinde görüleceği üzere, temel haklar, kişi hakları ve siyasal haklar alanında ve kanunda açıkça hükme bağlanan konularda çıkarılmayan bu kararnameyle, sadece yürütmeye ve sosyal-ekonomik haklar alanına ilişkin konular düzenlenebilecektir.²³ Bu alanlarda da yasama organı, bir aykırılık gördüğü takdirde, çıkaracağı bir kanunla kararnameyi etkisiz hale getirebilecektir. Yani kararname ile kanun hükmü çatıştığında kararname, Anayasa gereği ilga edilmiş sayılacak ve asla uygulanamayacaktır. Bundan da şu anlaşılmaktadır ki, kararnamenin bir kanunu değiştirme veya yürürlükten kaldırma gücü kesinlikle söz konusu değildir.²⁴ O halde mevcut sistemde, KHK’lerle bir kanun hükmü değiştirilip ilga edilebilirken, yeni hükümet modelinde Cumhurbaşkanına verilen kararname yetkisiyle bir kanunun etkisiz hale getirilemediği durumlarda, yürütmenin gücünün alabildiğine arttığını söylemek de biraz abartılı yaklaşım olsa gerektir. Anayasa Değişikliğinde kararname çıkarma yetkisi verilmesiyle, Cumhurbaşkanının otoriterleşme eğilimine gireceği kamuoyunda ifade edilmekle birlikte, işin aslının öyle

²² Türkiye’de Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinin hukuki rejimi ve yargısal denetimi konusunda kapsamlı bir monografik çalışma için bkz. **Yasin SÖYLER**, *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

²³ **SÖYLER**, *a.g.e.*, s.248.

²⁴ **Rasim Ozan KÜTAHYALI**, “Kuvvetler Ayrılığı ve 16 Nisan Referandumu”, <http://www.gazeteoku.com/yazar/rasim-ozan-kutahyali/173261/kuvvetler-ayriliği-ve-16-nisan-referandumu>. Erişim Tarihi: 28.04.2018.

olmadığı hukuki bir realite olarak ortada durmaktadır.²⁵ ABD ve Fransa gibi pek çok ülkede olan bu *başkanlık kararnamesi (Executive order)*²⁶ çıkarma yetkisinin, başkanlık sistemine geçilmesiyle Türkiye’de de Cumhurbaşkanına tanınmak istenmesine aşırı reaksiyonların gösterilmesi, Türk siyasal kültüründe, olaylara kurumsal ve yapısal olmaktan çok, sübjektif perspektifinden bakıldığına da en bariz bir örneğini oluşturmaktadır.

Bu arada, ABD Başkanlık modelindeki Başkanlık kararnamesi sisteminin, anayasal düzeyde öngörülüş şekli bakımından, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sistemine göre daha az güvenceli olduğunu ifade etmek gerekir. Şöyle ki, Başkanlık kararnameleriyle temel hak ve özgürlükler üzerinde sınırlandırmalar yapılabilirken, Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle böyle bir sınırlandırma, hukuken mümkün değildir. Ayrıca Cumhurbaşkanlığı kararnameleri istisnasız biçimde Resmi Gazete’de yayımlanması gerekirken, ABD Başkanlık kararnamelerinin milli güvenlik veya başka özel sebeplerle ABD resmi gazetesi olan Federal Register’da yayımlanma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bunlar da bize, Cumhurbaşkanlığı kararnamesi sisteminin, ABD Başkanlık kararnamesi sistemi karşısında demokratik hukuk devleti ilkesine daha uygun olduğunu göstermektedir.²⁷

2017 Anayasa Değişikliğinden önce, 1982 Anayasası m. 107’de, yürütmenin iki özerk düzenleme yetkisinden biri olarak “Cumhurbaşkanlığı

²⁵ FENDOĞLU, a.g.m., s. 97 vd. Serdar GÜLENER, “Anayasa Değişikliğinde Aslında Ne Nedir?”, Açık Görüş-Star, Erişim Tarihi: 25.04.2018. KÜÇÜK, (2018/a), “Cumhurbaşkanlığı Sistemine Öcülerle Karşı Çıkmak”, Erişim Tarihi: 26.04.2018.

²⁶ Adnan KÜÇÜK, “Türkiye Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle mi Yönetilecek?”, <http://www.star.com.tr/acik-gorus/turkiye-cumhurbaşkanlığı-kararnameleri-ile-mi-yonetilecek-1188024>. Erişim Tarihi: 26.04.2018. GÜLENER, S.: “Anayasa Değişikliğinde Aslında Ne Nedir?”, Açık Görüş-Star, Erişim Tarihi: 25.04.2018.

²⁷ SÖYLER, a.g.e., s.249-253.

Kararnamesi”nden bahsedilmekte idi. Söz konusu bu kararnamenin düzenleme alanı Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliği ile sınırlı kalmıştır. Cumhurbaşkanlığı Sistemiyle birlikte, bu sistemin bir gereği olarak tüm yürütme yetkileri kendisinde toplanan cumhurbaşkanına, kendi sevk ve idaresi altındaki bakanlıklar ve salt yürütme alanıyla ilgili bir Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi çıkarma yetkisi verilmesinin, sistemden sapan bir yönü bulunmamaktadır.²⁸ Şöyle ki, çıkaracağı kararnameyle yasamanın tasarrufu olan kanunu değiştiremeyen, kaldıramayan ve hatta kanuna aykırı ise kararnamesi hükümsüz bırakılan ve bu kararnameleri Anayasa Mahkemesi’nin yargı denetimine tabi olan bir Cumhurbaşkanının, otoriterleşerek tek adamlık rejimine yönelmesinin, mevcut pozitif anayasa hukuku çerçevesinde söz konusu olmayacağını belirtmek gerekir.

3. SONUÇ

Türkiye’de 16 Nisan 2017 tarihinde yapılan referandumla kabul edilen Anayasa değişikliğiyle, demokratik siyasal sistem temelinde kalmak ve bu temeli daha da sağlamlaştırmak misyonuyla, halihazırdaki hükümet modelinden başkanlık sisteminin bir türevi olarak da görülebi-
lecek *Cumhurbaşkanlığı Sistemi*’ne geçiş yapılması öngörülmüştür. Başkanlık sisteminin, ülkemiz şartlarına göre uyarlanmaya çalışılan bu yeni hükümet sisteminin uygulanmasına ise, normalde bir sonraki seçimlerin yapılacağı Kasım 2019 itibariyle geçileceği planlanırken, bu seçimlerin

²⁸ **KÜÇÜK**, (2018/a), “*Cumhurbaşkanlığı Sistemine Öcülerle Karşı Çıkmak*”. Erişim Tarihi: 26.04.2018. Aksi yönde bir görüş için bkz. **Mehmet TEZKAN**, “*Meclisin Gücü Azalıyor mu?*”, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/mehmet-tezkan/meclis-in-gucu-azaliyor-mu-2403-709/>. Erişim Tarihi: 22.04.2018.

erkene alınmasıyla, 24 Haziran 2018 Seçimleri sonrasında tümüyle geçiş yapıldığını ifade etmek gerekir.

2007 Anayasa Değişikliği ile Cumhurbaşkanının halk tarafından seçilmesi kuralının getirilmesi ve 2014’te de bunun ilk defa uygulamaya geçirilmesi sonrasında, Türk hükümet sistemi parlamenter sistem olmaktan çıkarak, Fransa düzeyinde olmasa da bir yarı-başkanlık modeli görüntüsü çizmeye başlamıştır. Ancak yarı-başkanlık sistemindeki yürütmenin çift başlı yapısının, şimdi olmasa da, gelecekte doğması muhakkak bir siyasal ve kurumsal çatışmaya davetiye çıkarabilme potansiyelini ve 7 Haziran 2015 seçim sonuçlarının da ortaya koyduğu muhtemel bir yasa-yürütme çatışması riskini bertaraf etmek için, başkanlık sistemine, yarısıyla değil de, tam olarak geçme teşebbüsü anlamındaki bu son Anayasa değişikliği; sadece verimsiz, ağır işleyen ve koalisyon hükümetlerine çanak tutan ve de her türden darbe tehditlerine müsait vesayet etkisine daima açık olan ve adeta Türkiye uygulaması açısından, hükümetlerin kurulamaması, kurulsada koalisyonların çok kısa ömürlü ve de güçsüz olmalarıyla ortaya çıkan siyasal kaotik durumları önlemek adına mevcut hükümet modelini değiştirmeyi hedeflemektedir. Bu Anayasa Değişikliği kapsamında, cumhuriyet, demokrasi, laiklik ve üniter yapı ekseninde özetlenebilecek Türk siyasal sisteminin temel yapı taşlarını değiştirmeye yönelik herhangi bir hükme kesinlikle yer verilmediğini de özellikle ifade etmek gerekir.²⁹

Başkanlık sisteminin, Türkiye’nin sosyo-politik şartlarına göre bir uyarlaması sayılabilecek olan *Cumhurbaşkanlığı Sistemi* de, parlamenter

²⁹ GÖZLER, (2018), “*Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi...*”, Erişim Tarihi: 30.04.2018.

ve yarı-başkanlık hükümet sistemleri gibi, temsili demokratik rejim temelinde bir hükümet modelidir. Bu noktada başkanlık sisteminin demokratiklik düzeyinin; yürütmenin halka seçtirilmesi, kimin hükümeti kuracağına açık ve net olması ve de başkanın doğrudan halka karşı hesap vermesi gibi özellikleriyle, diğer hükümet modelleri karşısında nispi bir üstünlüğünün olduğu bile söylenebilir.³⁰ Özetle, 2017 Anayasa Değişikliği sonrasında Türkiye’de, yürütmenin iki başlı yapıdan çıkıp tek başlı hale getirilmesi ve yürütme yetkilerinin cumhurbaşkanında toplanması, sadece bir hükümet modeli tercihi olup, anti-demokratik bir rejime geçmek anlamında yorumlanamaz. Bu noktada 24 Haziran 2018 tarihindeki Cumhurbaşkanlığı ve TBMM Genel Seçimleri akabinde tümüyle geçiş yapılan *Cumhurbaşkanlığı Sistemiyle*, ülkenin daha güçlü, demokratik ve istikrarlı hükümetler eliyle yönetilmesi hedeflenmektedir. Ayrıca, sağlayacağı güçlü ve istikrarlı hükümetlerle, bu yeni hükümet sisteminin, ülkenin ekonomik ve siyasal istikrarının sağlanıp sürdürülmesi konusunda da olumlu yansımalarının olacağı düşünülmektedir. Cumhurbaşkanlığı sisteminin, bu hedef ve beklentileri gerçekleştirebilme potansiyelinin açığa çıkması da, tüm siyasal aktörlerin bu sistemin kurum ve kurallarıyla yerleşmesi konusunda gösterecekleri samimi gayretleriyle mümkün görünmektedir.

³⁰ ERDOĞAN, a.g.m., s. 10-11.

KAYNAKÇA

ALTUN, Fahrettin: “*Red Cephesinin Yeni Sanruları*”, Retrieved at February 20, 2017 from <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/fahrettinaltun/ret-cephesinin-yeni-sanrulari>. Erişim Tarihi: 28.04.2018.

ATAKLI, Can: “*Hükümeti Millet Seçiyor Yalancı*”, <http://www.gazeteeoku.com/yazar/can-atakli/174810/hukumeti-millet-seciyor-yalanci>. Erişim Tarihi: 25.04.2018.

ATAR, Yavuz: *Türk Anayasa Hukuku*, 11. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

BİLİR, Faruk: *Hükümet Sistemleri ve Başkanlık Sistemi*, Adalet Yayınları, Ankara, 2017.

BOZLAĞAN, Recep: *Türk Tipi Başkanlık*, Hayat Yayınları, İstanbul, 2016.

CHP: “*Neden Hayır*”, <https://www.chp.org.tr/Public/0/Other/NE-DEN%20HAYIR.pdf>. Erişim Tarihi: 30.04.2018.

DOĞAN, Mehmet: “*Tarihimizde Partili Cumhurbaşkanları*”, <http://www.tyb.org.tr/d-mehmet-dogan-tarihimizde-partili-cumhurbaskanlari-25420h.htm>, Erişim Tarihi: 24.04.2018.

ERDOĞAN, Recep Tayyip: “*200 Yıllık Arayışın Ürünü: Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi*”, *Yeni Türkiye Dergisi* (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), Yıl: 23, Sayı: 94, (Mart-Nisan 2017), ss. 9-11.

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: “Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), Yıl: 23, Sayı: 94, (Mart-Nisan 2017), ss. 90-109.

GÖZLER, Kemal: (2018). “Cumhurbaşkanlığı Sistemi mi, Başkanlık Sistemi mi, Neverland Sistemi mi?”, <http://www.anayasa.gen.tr/neverland.pdf>. s. 3. Erişim Tarihi: 30.04.2018.

GÖZLER, Kemal: (2017/a). *Elveda Anayasa, (16 Nisan 2017’de Oylayacağımız Anayasa Değişikliği Hakkında Eleştiriler)*, Ekin Yayınları, Bursa, 2017.

GÖZLER, Kemal: (2017/b). *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 17. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.

GÜL, Cengiz: “*The Transition of the Government System in Turkey in the Context of the Presidential System and Its Relationship with the Democratic Regime*”, Current Perspectives In Social Sciences, Edt. Hasan Arslan/ Mehmet Ali İçbay/ Alina-Andreea Dragoescu, ss. 231-237.

GÜL, Cengiz: *Karşılaştırılmalı Hükümet Sistemlerinde Yürütme, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.*

GÜLENER, Serdar: “*Anayasa Değişikliğinde Aslında Ne Nedir?*”, Açık Görüş-Star, Erişim Tarihi: 25.04.2018.

KESER, Hayri: “*Türk Tipi Başkanlık Sistemi Üzerine*”, Yeni Türkiye Dergisi (Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemi Özel Sayısı), Yıl: 23, Sayı: 94, (Mart-Nisan 2017), ss. 433-438.

KONGAR, Emre: “*Parti Devletine Hayır*”, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/677558/Parti_devletine_hayir.html. Erişim Tarihi: 27.04.2018.

KÜÇÜK, Adnan: (2018/a). “*Cumhurbaşkanlığı Sistemine Öcülerle Karşı Çıkmak*”, <http://www.star.com.tr/acik-gorus/cumhurbaskanligi-sistemine-oculerle-karsi-cikmak-haber-1168354/>. Erişim Tarihi: 26.04.2018.

KÜÇÜK, Adnan: (2018/c). “*Türkiye Cumhurbaşkanlığı Kararnameleriyle mi Yönetilecek?*”, <http://www.star.com.tr/acik-gorus/turkiye-cumhurbaskanligi-kararnameleri-ile-mi-yonetilecek-1188024>. Erişim Tarihi: 26.04.2018.

KÜTAHYALI, Rasim Ozan: “*Kuvvetler Ayrılığı ve 16 Nisan Referandumu*”, <http://www.gazeteoku.com/yazar/rasim-ozan-kutahyali/173261/kuvvetler-ayriligi-ve-16-nisan-referandumu>. Erişim Tarihi: 28.04.2018.

MERT, Nuray: “*Mesele Tek Adam Değil, Çoğunluk Sultası*”, http://www.cumhuriyet.com.tr/koseyazisi/686036/Mesele_tek_adam_degil_cogunluk_sultasi.html. Erişim Tarihi: 27.04.2018.

ÖZBUDUN, Ergun: *Türk Anayasa Hukuku*, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş 17. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

SÖYLER, Yasin: *Yeni Başkanlık Sisteminde Cumhurbaşkanlığı Kararname*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

ŞAFAK, Erdal: “*Partili Cumhurbaşkanı Atatürk ile Başladı*”, <http://www.sabah.com.tr/yazarlar/safak/2016/06/23/partili-cumhurbaskani-ataturk-ile-basladi>, Erişim Tarihi: 25.04.2018.

TEMELTAŞ, Nami: “*Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı*”, <http://www.demokrathaber.org/yarginin-bagimsizligi-ve-tarafsizligi-makale,9387.html>, Erişim Tarihi: 24.04.2018.

TEZKAN, Mehmet: (2018/b). “*Meclisin Gücü Azalıyor mu?*”, <http://www.milliyet.com.tr/yazarlar/mehmet-tezkan/meclis-ingucu-azaliyor-mu-2403709/>. Erişim Tarihi: 22.04.2018.

UÇUM, Mehmet: “*Cumhuriyeti Halka Açan Doğrudan Millet Hükümeti*”, Açık Görüş-Star, Erişim Tarihi: 20.04.2018.

AMAÇ VE HATA

Prof. Dr. Georg KÜPPER

*Çevirenler Dr. Öğr. Üyesi İhsan Yılmaz BAYRAKTARLI**

*Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Hulusi AKKAŞ***

I. GİRİŞ

Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch=StGB:ACK) §16'ya göre suçun unsurlarında hata, kastı kaldırır. Bilhassa fayda veya çıkar sağlamaya yönelik özel amacın arandığı hallerde benzer durum sık sık karşımıza çıkar. Doktrindeki hakim görüş bu hususu, suçun (normatif) tipiklik unsurları içerisinde ele alır ve –doğrudan veya kıyasen- ACK §16 kapsa-

* Hacı Bayram Veli Üniversitesi Türk Ceza Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

Makale Geliş Tairhi:01.07.2018

Makale Kbul Tairhi:03.09.2018

mında değerlendirir.¹ Ancak bu bakış açısı ile ilgili olarak özellikle de “hukuka aykırılık” söz konusu olduğunda doktrinde tartışma vardır. Kühl’ün ünlü ders kitabında hata, her bir olayın özel durumuna ve bakış açısına göre ya suçun maddi unsurlarında bir hata ya da bir yasak hatası şeklinde ortaya çıkar.²

Tartışmalar günümüzde de devam etmektedir.³ Konunun güncelliğini, yalnızca yeni içtihatlarla bağlamak doğru olmaz. Öyle ki ACK §§ 242 ve 249 kapsamında hem hukuka aykırılık hem de sahiplenmenin konusu hususları tartışmalıdır. Buna ilaveten ACK §§ 253 ve 263 bir takım kararlar sonucu yeniden tartışmaların odağında yer almıştır. Ayrıca diğer amaçlar da hataya sebebiyet verebilir. Bundan dolayı konunun kapsamlı bir şekilde tartışılması uygun olacaktır.

II. OLAYLAR

1. Sahiplenme Amacı (Ekonomik Çıkar Amacı)

a) Hırsızlık ve yağma suçlarında failin, ele geçirdiği eşyayı sahiplenme amacını gütmesi gerekir. Bu bağlamda, sahiplenme amacı güdülen eşya hakkında yanlış tasavvurlar söz konusu olabilir. Bu konuda ise içtihatlar arasında bir birlik yoktur. Federal Alman Yüksek Mahkemesi, daha önceleri, suç konusu şeye sahiplenme hususundaki hatanın önemsiz

¹ Örneğin, RGSt 49, 140 (143); BGH GA 1968, 121; doğrudan uygulama örneği için bkz. MüKoStGB/Joecks, 2. Bası. 2011, § 16 Kn.6: NK/Puppe. 3. Bası. 2010. ACK § 16 Kn. 14: Benzer hususlar için bkz. Roxin, Strafrecht AT I, 4. Bası, 2006, § 12 Kn. 142: Warda Jura 1979, 71 (77).

² Kühl, Strafrecht AT, 7. Bası, 2012, § 13 Kn. 14a.

³ Gössel’in bu konudaki görüşleri için ayrıca bkz. Gössel, GS Zipf, 1999, S. 217 vd. Bunların eleştirisi için Küpper, FS Gössel, 2002, S. 429 vd.

olduğuna karar vermişti.⁴ Mahkemeye göre sahiplenme amacı, failin fiilin icrasıyla ilgili tasavvuruna göre değerlendirilir; bundan dolayı failin içerisine düşmüş olduğu hata, suçun tamamlanmasına engel olmaz. Ancak daha sonra mahkeme, failin cebir kullanmak suretiyle aldığı bir kabın içeriğinin failin beklentisinin aksine değersiz olması durumunda tamamlanmış bir yağmadan söz edilemeyeceğine hükmetmiştir; mahkemeye göre bu durumda yalnızca (elverişsiz) bir teşebbüsten söz edilebilir”.⁵ Federal Mahkemenin varmış olduğu bu sonucu Düsseldorf Eyalet Mahkemesi en azından şüphe ile karşılamıştır.⁶ Mahkeme, kanunun lafzında açıkça ifade edilen sahiplenme amacının eşyanın ele geçirildiği anda bulunması gerekliliğine işaret etmektedir. Beklentilerinin karşılık bulmaması nedeniyle bu amaçtan vazgeçilmesi veya amacın fiiliyata dönüştürülememiş olması, suçun manevi unsurunun varlığını ortadan kaldırmaz

Failin suç konusu nesneyi aldığını zannettiği ilk olay ile suç konusu nesnenin mevcut olmadığını ilk defa aldığı kabı açtığı zaman gördüğü olaylar arasında muhtemelen bir farklılık vardır. Ancak sonucun da bu farklılığa bağlanmaması gerekir. Failin dondurulmuş lazanyayı çalarak buzlukta muhafaza ettiği ve ortaya çıkan “at eti skandalı” akabinde haftalar sonra yok ettiği olayda, teşebbüsün söz konusu olduğunun söylenmesi tutarlı değildir. Zira şahısta hatada olduğu gibi, görünebilirlik argümanı da artık kabul edilmemektedir.⁷

⁴ BGH NStZ, 2004, 386.

⁵ BGH NStZ, 2006, 686; hırsızlık suçu bakımından BGH StV 2010, 22.

⁶ LG Düsseldorf NStZ 2008, 155.

⁷ Bkz. BGH NStZ 1998, 294 (295); Küpper JR 1992, 294 (295).

Doktrinde “teşebbüse dayalı çözüm” büyük oranda kabul edilmektedir.⁸ Ancak burada belirli bir uyumsuzluğun da bulunduğu dikkate alınması gerekir. Suçun konusu üzerinde hatanın önemsiz olması halinde ele geçirme kastının varlığı genellikle kabul edilmektedir. Ancak bu durumda ele geçirilen eşya ile sahiplenme amacı arasında uyum bulunmamaktadır. Diğer hata durumlarında amaçta ACK §16’daki ölçütler dikkate alınır ve kasta ilişkin genel ilkelere göre değerlendirme yapılırsa, suçun konusunda hata halleri için de aynısının geçerli olması gerekir. Böse bu sonuca varmaktadır.⁹ Böse, neticede tamamlanmış bir hırsızlık suçunun varlığı sonucuna ulaşmakta, teşebbüsün ise sadece alınan kabın hiçbir yabancı eşya içermemesi halinde kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir.

b) Sahiplenmenin hukuka aykırılığı üzerindeki hata daima dikkat çekici bir konu olmuştur. Bu özelliğin hırsızlık suçunun unsurlarını amaçlanan sahiplenmenin hukuk düzeni ile çeliştiği durumlarla sınırlandırması gerektiğine işaret edilmektedir. Bu gibi durumlarda failin eşya üzerinde bir hakkı veya bu eşyaya ilişkin muaccel bir alacağı bulunmamaktadır. Failin hataen bunu var zannetmesi durumunda, suçun maddi unsurlarında hataya düşülmüş olur. Zira fail, hukuk düzenince istenen bir durumu yerine getirdiği düşüncesiyle hareket etmektedir.¹⁰ ACK §16’nın uygulanması gerektiği konusunda güveni kötüye kullanma da bir argüman oluşturmaktadır. Hukuka aykırı sahiplenme, güveni kötüye kullanma suçunun

⁸ Krş. Fischer, 60. Bası, 2013, ACK§ 242 Kn. 30; ayrıntılı bilgi için bkz. Streng, JuS 2007, 422 vd.

⁹ Böse, GA 2010, 249 (256).

¹⁰ Bu hususta bkz. RGSt 64, 210 (213); günümüzdeki görüşler için bkz. Hillenkamp, 40 Probleme aus dem Strafrecht BT, 11. Bası, 2009, görüşler ve ispatları ile birlikte 23. problem.

maddi unsurları arasında yer almaktadır. Çünkü failin hataen muaccel bir hakka sahip olduğu düşüncesi ile hareket ettiği durumda, unsur yanılığısı söz konusudur.¹¹ Hırsızlık suçu, belirli bir hareket tarzını gerektirir ve bazı durumlar “zorla ele geçirme” gibi de görünebilir.¹² Bundan dolayı, benzeşen hataların değişik şekillerde sınıflandırılması anlaşılabilir değildir.

“Moos-raus” olayı olarak adlandırılan olay konuyla ilgili günümüze kadar dikkati çeken bir olaydır.¹³ Bu olayda fail, borçlu ile sokakta karşılaşır ve hakkı olduğu düşüncesiyle -hukuka uygunluğa dayanak teşkil etmeyen- ihkak-ı hakka başvurarak borçlunun üzerinde bulunan iki banknotu zor kullanarak alır. Gerçi Federal Yüksek Mahkeme, (Alman Medeni Kanunu § 243’e istinaden) alacaklının talebinin belli bir eşyanın teslimine yönelik olmayıp cins borcuna yönelik olduğundan hareket etmektedir. Ne var ki bu temellendirme ancak failin borçludan aldığı paranın, alacaklı olduğu miktarla aynı olması durumunda kabul edilebilir. Doktrinde, bununla faile “altından köprüler” kurulmuş olduğu belirtilmekte ve aynı zamanda toplam değer teorisi (Wertsumentheorie) yardımı ile ancak sonuca kolayca ulaşılabileceğine işaret edilmektedir.¹⁴ Karşı görüşte ise, Alman Medeni Kanunu § 229’daki koşulların aşılacağı, failin bu durumda daha ziyade hukuka uygunluk sebeplerinin sınırlarında

¹¹ OLG Hamm GA 1969, 619; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, 28. Bası, 2010, ACK § 246 Kn. 24.

¹² Bu konuda Degener JZ 2001, 388 (397); benzer şekilde Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Bası, 1969, s. 339; “Zueignung durch Wegnahme” (Zorla Sahiplenme).

¹³ BGHSt 17, 87; ayrıntılı bilgi için bkz. Eser, Juristischer Studienkurs IV, 3. Bası 1979, s. 49 vd; Gropp, FS Weber, 2004, s. 127 vd; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 16. Bası, 2012, §1 Kn. 121 vd.

¹⁴ Krş. LK/Vogel, 12. Bası, 2007, ACK § 16 Kn. 49; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 35. Bası, 2012, § 2 Kn. 203.

hata ve bununla birlikte bir haksızlık yanılığı içerisinde bulunduğu ileri sürülmektedir.¹⁵ Son zamanlarda, *Gropp* şu hususa dikkat çekmiştir: Alman Ceza Kanunu § 16 için geçerli olan maddi unsurlara ilişkin hata, failin suçun maddi unsurlarını tanımaya engel olan yanlış değerlendirilmesi için de geçerli olabilir.¹⁶ Bu nedenle, yaşam olayının bilinmesine rağmen, bunun hukuki olarak yanlış değerlendirilmesi, her zaman zorunlu olarak maddi unsurlarda hataya yol açmaz.

Bu düzenleme “tersine” unsur yanılığı ile ilgili olaylara da etki eder. Fail, ele geçirdiği eşyanın teslimini isteme hakkına sahip olmasına rağmen, bunun bilincinde olmadan eşyayı sahiplenirse hırsızlık suçuna (elverişsiz) teşebbüs söz konusu olur.¹⁷ Tamamlanmaya dayalı çözüm, failin tasavvurunun amaç için yeterli olan hukuka aykırı bir sahiplenmeye yönelik olması ve sahiplenmenin tamamlanmasının gerekli olmaması gerekçeleri ile bu görüşe karşı çıkmaktadır.¹⁸ ACK § 242’de hırsızlık suçunun unsurları, eşyanın tamamen ele geçirilmesi ve sahiplenmeye – elverişsiz teşebbüs de dahil olmak üzere- teşebbüs bir arada düzenlenmiştir.

c) Sorunun çözümünde, “taşkın eğilim” (*überschießende Innentendenz*) gerektiren suç olarak amaç suçun ayırıcı özelliğinin dikkate alınması gerekir. Bu yöntemde, failin bir hedef doğrultusunda suçun unsurlarını gerçekleştirmeyi göze almış olması gerektiği, ancak bu hedefe ulaş-

¹⁵ Özellikle bkz. Hirsch, JZ 1969, 149 (156).

¹⁶ Gropp, FS Weber, 2004, s. 127 (138).

¹⁷ Krş. Küper, FS Gössel, 2002, s. 429 (446); Lackner/Kühl, 27. Bası, 2011, StGB §242 Kn. 28; Wesels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 35. Bası, 2012, § 2, Kn. 190.

¹⁸ Krş. Gössel, GS Zipf, 1999, s. 217 (228); Mitsch, Strafrecht BT 2/1, 2. Bası, 2003, § 1 Kn. 161; SK-StGB/Hoyer, 6. Bası, 1999, § 242, Kn. 109.

mış olmasının zorunlu olmadığı söylenmektedir¹⁹. Suç, failin amacı ile fiilin birbirine uygun olması halinde tamamlanmış sayılır. Bundan hareketle, hem suçun konusu üzerinde hem de sahiplenmenin hukuka aykırılığında hataya düşülmesi durumunda hırsızlık suçu tamamlanmış olur. Her iki durumda da suçun maddi unsurları tamamlanmıştır ve böylelikle failin tasavvuru ile paralellik vardır. Failin hedeflediği şeyi elde etmek istemesinin ardından yaptıkları, –hangi nedenle olursa olsun- cezalandırılmayan sonraki hareketler olarak nitelendirilir. Fail, ele geçirdiği şey üzerinde bir hakkı olmadığı düşüncesindeyse, mülkiyete ilişkin düzenlemelere aykırı hareket etmiştir. Buna karşılık, failin eşyayı sahiplenmeyi hukuka uygun addettiği durumda, suçun oluşması için gerekli olan kast bulunmadığı için cezasızlık durumu devreye girer. Böylece, failin tasavvur şekline göre farklılıklar düşünülebilir, sözü edilen örnekler yorum hatası veya yasak hatasına yol açabilir.

2. Çıkar Amacı

Şantaj, haksız bir zenginleşme amacını gerektirir. Dolandırıcılığın amaçsal içeriği hukuka aykırı mal artışı sağlamaktır. Farklı terminoloji dikkate alınmaz ise söz konusu kavramlar aynı anlama gelirler.²⁰ Failin, hakkının bulunmadığı malı edinmesi durumunda hukuka aykırılık vardır.²¹ Zenginleşmenin hukuka aykırılığı konusundaki hata, kural olarak maddi unsurlarda hata gibi değerlendirilir ve burada da iki ihtimal ortaya çıkar.

¹⁹ Bu hususlar için bkz. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Bası, 1996, s. 319; von Selle, JZ 1999, 309 (311).

²⁰ Krş. BGH NJW 1988, 2623; Lackner/Kühl, 27. Bası, 2011, StGB § 253, Kn. 8.

²¹ BGHSt 19, 206 (216); Lackner/Kühl, 27. Bası, 2011, StGB § 263, Kn. 61.

Federal Alman Yüksek Mahkemesi, 42. ciltte bulunan bir kararında²² her iki ihtimali de özetlemiştir: Amaçlananan malvarlığı artışı objektif olarak hukuka aykırı ve fakat failin bunu yanlışlıkla hukuka uygun ad-detmesi, ACK § 16/1 kapsamında değerlendirilecek bir hatadır. Fail, objektif mevcut maddi unsurları bilmiyorsa, kasten hareket etmiş olmaz. Buna karşın amaçlanan mal edinme gerçekten de hukuka uygun ve fakat fail bunu hukuka aykırı zannediyorsa, bu durumda tersine unsur hatası söz konusu olur. Burada fail, aslında olmayan bir durumu, olmuş gibi düşünür. Söz konusu olayda cezalandırılmayı gerektiren elverişsiz teşebbüsün şartları oluşmuştur.

a) Herşeyden önce hukuka aykırılığın hatalı olarak değerlendirilmesi konu edilmektedir. Bu durum kendi içerisinde problemlili olmasa da bazı soruları ortaya çıkarmaktadır. Bu sorulardan birisine ilişkin olarak Federal Alman Yüksek Mahkemesi başka bir kararında²³ uyulması gereken ölçütleri ayrıntılı şekilde belirlemiştir: Mağdura karşı gerçekleştirmiş olduğu fiili, kriminal çevrelerin fikirleri doğrultusunda kendisini meşru hak sahibi görerek işlemesi, şantaj yapanın hataya düştüğünün kabulü sonucunu doğurmaz. Bu hakkının hukuk düzeni tarafından da kabul edildiğini ve bunun sonucunda da taleplerini özel hukuk çerçevesinde mahkeme yardımıyla kabul ettirebileceğini düşünmüş olsa veya olmasa da sonuç değişmez.

İkinci olarak, problemin nerede aranması gerektiği sorusu ortaya çıkmaktadır. Zarar vermede mi yoksa haksız kazanç sağlamada mı aranacaktır? Her iki olasılık da kabul edildiğinden bu konudaki içtihatlarda

²² BGHSt 42, 268 ilgili not *Arzt* JR, 1997, 469 ve *Kudlich*, NSTZ 1997, 432.

²³ BGHSt 48, 322 ilgili not *Kühl*, NSTZ 2004, 387; aynı yönde BGH NSTZ 2008, 626.

birlik yoktur. Bir içtihadı göre, zarar olmadığından mal edinmenin hukuka aykırılığında bahsedilemeyeceği için mahkumiyet kararı da ortaya çıkmayacaktır.²⁴ Öğretideki çoğunluk, failin edim üzerinde bir hakkının olduğunu ileri sürmesi durumunda mal varlığı zararını gerekli görmektedir. Çünkü mağdurun kaybı ilgili yükümlülükten kurtarılması yoluyla telafi edilir; bunu ortaya koyan mağdur, yükümlü olduğu hususta bir zarara uğramamış sayılır.²⁵ Ancak bu görüşe de itiraz edilmektedir. (Yalın) Talep ve (nihai) ifa arasındaki farka işaret edilir. Bir talebin değeri onun icrailiğine bağlıdır; “sahip olmak” “sahip olma beklentisinden” daha avantajlıdır.²⁶

Mamafih tartışma, tam da bu noktada kilitlenmektedir. Her halükarda, failde ya zarar verme kastı ya da zenginleşme amacı bulunmadığı için suçun manevi unsuru ortadan kalktığından, sonuç (cezasızlık) değişmektedir.

b) Aksi durumda fail hukuka uygun olarak sağladığı yararı hataen hukuka aykırı addetmektedir, bu durum (elverişsiz) teşebbüs sonucunu doğurur. Bu değerlendirme her şeyden önce bir kimseye zarar verilmesi halinde tutarlıdır. Öyle ki fail, bulunması halinde cezalandırılabilirliği sağlayan bir objektif tipiklik unsurunun var olduğunu düşünmektedir. Ancak sorun kast bakımından değerlendirilirse suçun tamamlandığı da

²⁴ Bkz. BGHSt 42, 268 (272); şantaj konusunda ayrıca bkz. BGHSt 20, 136, (138).

²⁵ Krş. Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, s. 160; LK/Tiedemann, 12. Bası, 2012, StGB §263 Kn. 186, 265; Rengier, Strafrecht BT I, 14. Bası, 2012, § 11, Rn. 65, § 13, Kn. 267; SK-StGB/Hoyer, 7. Bası, 2014, § 263, Kn. 275; aktaran NK/Kindhäuser, 3. Bası, 2010; 2010 § 263, Kn. 369; Zenginleşmenin hukuka aykırılığı (yalnız başına) suçun manevi unsuru olamaz, buna mukabil mülkiyetin el değiştirmesinin hukuki niteliği objektif unsurlar arasında sayılır.

²⁶ Bu görüşlerle aynı yönde bkz. Arzt, JR 1997, 469, (470 vd.); Mitsch, JuS 2003, 122 vd.; Otto, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, 1970, s. 215 vd.

kabul edilebilir.²⁷ Zira fail subjektif olarak haksız kazanç elde etmeyi hedeflemektedir.

Elde edilen sonucun her halükarda malvarlığı kavramı ile ilgili olması burada etkili olmuştur. Yalın ekonomik görüşe göre, bir zararın varlığı şart iken; hukuki ve iktisadi görüş bunu reddetmektedir. Hem içtihatlarda hem de öğretilerde farklı görüşlere rastlanmaktadır. Süreklilik arz eden içtihatlarda şimdiye kadar iktisadi malvarlığı kavramından hareket edilmektedir. Ancak bu görüş, tartışma konusu olan yanılmayı kast alanına dahil etmeksizin zarar kavramını tartışmaktadır. Normatif anlayıştan hareket eden baskın görüş; bu hususta önemli sonuçlar doğuran zararın tartışma konusu yapılmasını reddetmektedir. Aksi halde, ACK § 263'te yer alan "hukuka aykırılık unsuru" pratik olarak işlevsiz hale gelecektir.²⁸ Bu tarz bir sonuç ile hükmün lafzı ve yapısı arasında bağlantı kurmak zorlaşır. Malvarlığının objektif olarak azalması ve malvarlığında beklenen artma sıkı bir bağlantı içerisinde olmasına rağmen, kanundaki düzenleme çerçevesinde haksız kazanç beklentisinin olması gerekli değildir. Sadece taşkın eğilimin bulunması suçun tipikliğini tamamlar.

Buna müteakip şantaj ve dolandırıcılık suçlarının öznel unsuru olan mal edinmenin hukuka aykırılığı mevcudiyetini muhafaza etmektedir. Normatif bakış açısı, burada sadece yok hükmünde olan taleplerde ve hukuka aykırı edinimlerde; maddi unsurun mevcudiyetinin reddedilmesi ile sınırlanmalıdır. Bu bağlamda sonuç şu şekilde olmalıdır: Fail aldatma

²⁷ Bu konuda özellikle bkz. Gössel, *Strafrecht BT 2*, 1996, § 21 Kn. 239; farklı görüş için bkz. Mitsch, *Strafrecht BT 2/1*, 2. Bası, 2003, § 7 Kn. 125 ve dipnot 514.

²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, *Strafrecht BT 1*, 10. Bası, 2009, § 41, Kn. 145; benzer yönde bkz. Schönke/Schröder/Cramer/Perron, 28. Bası, 2010, § 263, Kn. 171; "keine selbständige Bedeutung" (kendine has bir anlamı bulunmamaktadır).

sonucunda bir zarara neden olmuş ve elde ettiği menfaatin hukuka aykırı olduğunu düşünmüşse objektif ve sübjektif unsurları ile tamamlanmış bir dolandırıcılık suçu oluşmuştur.

Tamamlanma çözümü için aşağıdaki görüşler de burada zikredilebilir: Sigorta dolandırıcılığının yer aldığı ACK § 265'in önceki metni, dolandırıcılık amacı olan bir fiili şart koşmaktaydı. Bunun için yalnızca, failin sigorta kaynaklı bir talep hakkının varlığı veya yokluğuna ilişkin bilgisi dikkate alınmaktaydı. Bunun için sigorta yapma yükümlülüğü olmasa bile, failin sigortaya dayalı bir talep hakkının varlığı hususunda yanılması halinde de suç oluşmaktaydı.²⁹ Suç eşyasının kabul edilmesi (ACK § 259) esasen “hukuka aykırı” zenginleşmeyi gerektirmese de her halükarda failde zenginleşme amacı olmalıdır. Zenginleşme amacı, failin hatalı tasavvurundan etkilenmez ve failin hataen ekonomik çıkar elde etmek için hareket etmesi durumunda, zenginleşme amacının olduğu varsayılır.³⁰ Buna göre, hata suçun tamamlanmasını etkilemez.

3. İmkan Sağlama ve Gizleme Amacı

Bir suçun işlenmesine imkan sağlama veya bu suçu gizleme amacı, nitelikli kasten öldürme (ACK § 211/2) ve özellikle nitelikli yangın çıkarma (ACK § 306b/2) ve trafik güvenliğinin tehlikeye sokulması (ACK §§ 315/3(b), 315b/3'te olduğu gibi) suçlarında ortaya çıkmaktadır. Şu ana kadar bahsedilen olaylardan farklı olarak amaç, ceza gerektiren fiili de nitelendirir. Bunlar haricinde yalnızca failin sübjektif tasavvurunun de-

²⁹ Krş. RGSt 68, 430 (436); BGH NSTZ 1986, 314 (315).

³⁰ Sonuç olarak benzer görüş için bkz. RGSt 56, 98 (100); LK/Walter, 12. Bası, 2010, StGB § 259 Kn. 76; Schönke/Schröder/Stree/Hecker, 28. Bası, 2010, StGB § 259 Kn. 40.

ğerlendirmeye alınacağı konusunda bir fikir birliği vardır.³¹ Hata halleri özellikle ACK § 211 bakımından, ama ayrıca ACK § 315b çerçevesinde de pratik bir önemi haizdir; buna karşın ACK § 306b hükmündeki sorun –bilinebildiği kadarıyla- henüz gündeme gelmemiştir.

a) Suça imkan sağlama veya suçu gizleme iradesi ile nitelikli kasten öldürme suçunu işleyen failin, fiilin cezalandırılabilir veya takip edilebilir olduğu hususunda hataya düşmesi söz konusu olabilir. Doktrin ve uygulamada failin bu hususlarda düştüğü hatanın önemsiz olduğu ve tamamlanmış nitelikli kasten öldürme suçunun oluştuğu kabul edilmektedir.³² Buna göre failin başka bir suç işlemek veya varsayılan suçu gizlemek yönündeki tasavvuru suçun nitelikli halinin tamamlanması için yeterlidir.

Buna ilişkin olarak “tamamlamaya dayalı çözümün” koşulsuz bir biçimde tercih edilmesi dikkate değerdir. Burada konu edilen hususun taşkın eğilim değil bilakis subjektif bağlantıda artan değersizlik olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. 3. grubun kasten öldürmeye ilişkin unsurları amaçca yöneliktir, bu, ilk gruptaki zayıf güdü ile karşılaştırılabilir; zayıftır çünkü fail bir insanın hayatını en üst seviyede istismar etmekte ve bir kimseyi yok etmeyi kendi haksızlığını gizlemek veyahut da mümkün kılmayı araç olarak kullanmaktadır.³³ 1. gruptaki suçlarda fail bir insanın yaşamına, haksızlığı mümkün kılmak veya gizlemek amacıyla, son ver-

³¹ Açık şekilde bkz. Kindhäuser, Strafrecht BT I, 5. Bası, 2012, § 2 Kn. 37; Rengier, Strafrecht BT II, 13. Bası, 2012, § 4 Kn. 48; ayrıca bkz. StGB § 211.

³² Krş. BGHSt 11, 226; BGH NSTZ- RR 2004, 333; Fischer, 60. Bası 2013, StGB § 211 Kn. 63; MüKoStGB/Schneider, 2. Bası 2012, § 211, Kn. 252; farklı görüşler için bkz. NK/Neumann, 3. Bası 2010, StGB § 211 Kn. 93.

³³ Bu konuda bkz. BGHSt 7, 287 (290); 11, 226 (228); 35, 116 (121).

mektedir, üçüncü gruptaki suçlarda ise failin mağdurun yaşamına son vermesi bir motivasyon unsuru olduğundan birinci gruptaki suçlarla karşılaştırıldığında üçüncü gruptaki suçlarda motivasyonun daha zayıf olduğu anlaşılmaktadır. Tüm bunlara karşın, ACK § 211'deki amacın hukuka aykırı bir fiile, §§ 253 ve 263'te amacın ise hukuka aykırı zenginleşmeye yönelik olduğunun da dikkate alınması gerekir. Buradaki hata, bazen suçun tamamlandığı bazen de teşebbüs aşamasında kaldığı sonucuna götürür. Bu ikilem doğru bir sonuca ulaşılmasına yardımcı olmamaktadır. Her halükarda, failin bir amaca ulaşmak istemesi, ancak failin ulaşmak istediği sonucun gerçekleşmeyebileceği konu edilmektedir. Bu, kast ile amacı birbirinden ayırır, hedeflenen netice objektif olarak gerçekleşmişse tamamlanmış kasti bir suçun varlığından söz edilir. Amaç suçlarında bu gerekli değildir, bundan dolayı “neticelendirilmiş” bir suçtan bahsedilebilir. Ama nihai amaç subjektif nitelikte olursa ve nihai hedefin failin tasavvuru ile örtüşmesi, suçun tamalanması için yeterlidir.

Teklif edilen standartlaştırmaya karşı, “Amaç suçlarla” (taşkın eğilim), “Eğilim suçları” (yoğunlaşmış eğilim)³⁴ arasında bir farktan bahsedilebilir. Failin iradesiyle yönlendirilen fiilin temel niteliği –gizleme amacı gibi- veya korunan hukuki değer için özel bir tehlike arz etmesi, eğilim suçlarını karakterize eder. Yukarıda bahsedilen örneklere bakıldığında, ACK § 253 ile § 263'teki hususlar birinci grubu oluştururken, § 259'daki hususun ikinci gruba ait olduğu görülür. Fakat bu durumda, bu üç suç tipi bakımından da zenginleşme amacının bulunması gerektiği için bunlar arasındaki fark yine de belirgin değildir.

³⁴ Bkz. Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 3. Bası 1996, s. 319; anılan yerdeki metinde verilen örnek olaylar.

Fail, ACK § 211'e göre bir suç işlemek veya gizlemek amacıyla kasten öldürme suçunu işlerken fiilin objektif olarak cezalandırılabilirliği hususundaki tasavvuru üzerinde bir yanılığın içinde bulunabilir. Baskın görüşe göre bu gibi hallerde hatanın dikkate alınmaması gerekir.³⁵ Bu durumun bazı yönlerine sınırlamalar getirilmektedir. Özellikle *Eser* bu sonucu ancak failin amaç suçun hukuka uygun olduğunu düşünmesi halinde onaylamakta; buna karşılık failin, sadece fiilin cezalandırılmaz veya usulen takip edilemez olduğunu düşünmesi durumunda, kınanamaz olduğunu kabul etmektedir.³⁶ Kanunun lafzını esas alan çoğunluk, bu gibi durumlarda çoğu zaman zayıf saikle işlenen kasten öldürme suçunun oluştuğunu kabul etmektedir.³⁷ Tüm bunlar sonucunda – “diğer olay gruplarıyla” uyumlu olarak- failin kastı ve bununla bağlantılı olarak cezalandırılabilirliği veya cezanın ağırlaştırılması ortadan kalkar.

b) Amacın nitelikli hal teşkil etmesine ilişkin tipik durum, alkollü araç kullandığını gizlemek amacıyla trafik düzenini ihlal eden failin eyleminde mevcuttur. Burada hata söz konusu olabilir, çünkü suç (ACK § 316) ve kabahatin (Alman Karayolları Trafik Kanunu § 24a) yapıları birbirlerine benzerlik arz ettiği için failin araç kullanmadaki kabiliyetsizliği, duruma göre suç ya da kabahat olarak değerlendirilmektedir. Ancak bir kabahat Ceza Kanununun § 315/3-1b çerçevesinde suç sayılmaz.³⁸ Her ne kadar gerçekleştirmiş olduğu davranışın suç teşkil ettiği hususunun-

³⁵ Krş. BGH NSTZ 1998, 353 (354); Gössel/Dölling, Strafrecht BT 1, 2. Bası 2004, § 4 Kn. 75; MüKo StGB/Schneider, 2. Bası 2012, § 211 Kn. 252; SK-StGB /Sinn, 137. Lfg 2012, § 211 Kn. 76.

³⁶ Schönke/Schröder/Eser, 28. Bası 2010, StGB § 211 Kn. 33.

³⁷ Özet olarak Geppert Jura 2004, 242 (247); StGB § 212/2'de düzenlenen nitelikli kasten öldürme olayı ile ilişkili olarak BGH JR 1993, 163 (164).

³⁸ BGH VRS 47 (1974), 268; farklı görüş için bkz. Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT 1, 10. Bası 2009 § 2 Kn. 34; (haklı olarak) bu görüşe karşı Mitsch JuS 1996, 213 (218).

da hatalı bir kanıya sahip olsa da, failin suç olduğunu düşündüğü fiili gizlemek amacıyla hareket etmesi, amacın varlığından bahsedilebilmesi için yeterlidir.³⁹ Bu durumda da hatanın varlığı suçun oluşmasına engel teşkil etmez.

4. Diğer Amaçlar

Alman Ceza Kanununda her biri ayrı inceleme konusu olabilecek bir çok amaç suç yer almaktadır. Hata kavramı çerçevesinde burada sadece bir kaç seçilmiş örnekten bahsedilebilir. Öncelikle belirtilmelidir ki, bazı durumlarda problemin sınıflandırılması sorun arz etmektedir. Çünkü bir görüş, şimdiye kadar manevi unsur kapsamında mülahaza edilmesi gereken amacı, maddi unsur içerisinde değerlendirmiştir.

a) Karşılıksız yararlanma suçu (ACK § 265a), dört farklı fiil şeklini ihtiva etmektedir; bunların hepsinde hizmetin bedelinin ödenmemesine yönelik bir amaç vardır. Bu hükmün subjektif formülasyonuna rağmen, dolandırıcılığa yakın bir yorum, çoğu zaman karşılıksız yararlanmanın (yazılı olmayan) maddi bir unsuru olarak, cezalandırılabilirlik için malvarlığı zararının şart olduğu sonucuna götürür.⁴⁰ Satın alınmış ve bedeli ödenmesine rağmen unutulmuş aylık tramvay biletinin sözleşmeye aykırı olarak sürücüye gösterilememesi pratik bir anlama sahiptir. Bu örneğe göre, bir zararın oluşmamasına karşılık; diğer taraftan kastın oluştuğu da

³⁹ BGHSt 28, 93 (95) bu konudaki düşünceleri için bkz. Rütth JR 1979, 516; aynı şekilde LK/König, 12. Bası, 2008, StGB § 315 Kn. 117.

⁴⁰ Krş. BayObLG NJW 1986, 1504; OLG Koblenz NJW 2000, 86; NK/Hellmann, 3. Bası, 2010, StGB § 265a Kn.3 mwN.

reddedilir.⁴¹ Her halükarda, toplu taşıma araçlarını aylık kartı yanında bulundurmada kullanmanın cezayı gerektirdiği yönündeki yanlış, bir mefruz suça sebebiyet verir.⁴²

Hata, bedel karşılıklılığının objektif veya subjektif unsurlar olarak düzenlenmesine bağlı olarak değerlendirilir. Buna ilişkin olarak failin, yanlış tasavvurla, bedelsiz sandığı bir toplantıya bedel ödemeksizin katılması, ACK § 16 anlamında suçun maddi unsurlarında hatanın söz konusu olduğu duruma örnek gösterilebilir.⁴³ Failin (istisnai olarak) bedelsiz bir etkinlikte ancak bedel ödeyerek bulunabileceği yönündeki tasavvuru dolayısıyla, bu etkinliğe gizlice katılması durumunun dikkate alınmayacağı açıktır. Bedel karşılıklılığı, objektif bir unsur ise o halde elverişsiz teşebbüs her durumda gündeme gelir. Bedel karşılıklılığının salt subjektif bir unsur olarak görülmesi halinde ise amaç unsurunun gerçekleştiğinin ve hatta suçun tamamlandığının kabulü gerekir. ACK § 265a hükmünün karakteristik özelliği, bu suçta bir malvarlığına karşı suç düzenlenmekle birlikte zarar unsuru da gözönünde bulundurulmalıdır. Amaç açınsındansa değerlendirilmesi gereken başka bir husus kalmamıştır.

b) Alman Ceza Kanunu § 288’de düzenlenen cebri icranın engellenmesi suçu; failin kendisi hakkında yapılmak üzere olan bir cebrî icra takibi sırasında, alacaklılara yapılacak olan ödemeleri engellemek amacıyla

⁴¹ Anılan son görüş için bkz. Lackner/Kühl, 27. Bası. 2011, StGB §265a Kn. 7; LK/Tiedemann, 12. Bası. 2012, StGB § 265a Kn. 50, faydalı olması açısından bkz. OLG, Koblenz NJW 2000, 86 (87).

⁴² AnwK-StGB/Gercke, 2011, § 265a, Kn. 18; SK-StGB/Hoyer, 115. Lfg. 2008, § 265a Kn. 36.

⁴³ Krş. LK/Tiedemann, 12. Bası, 2012, StGB § 265a, Kn. 49; Schönke/Schröder/Perron, 28. Bası, 2010, StGB § 265a, Kn. 12.

la, malvarlığının bir kısmını satması veya saklaması suretiyle oluşur. Tanımlanan suç, “eksik neticeli suç” gibi taşkın eğilimli olarak görülür, çünkü bu durumda engelleme neticesinin oluşması gerekmez.⁴⁴ Bir hatanın varlığı engelleme amacını ortadan kaldıracaktır. Örneğin malının bir kısmını saklayan borçlu, geriye kalan malvarlığının, hatalı bir biçimde alacaklıya yeteceğini tasavvur etmiş olabilir.⁴⁵

Alman Medeni Usul Kanunu § 811’e göre haczedilemeyen eşyalar cebri icraya konu olamaz. Peki, failin malının haczedilemeyecek bir kısmının hataen haczedilebilir olduğunu düşünerek hareket ettiği durumda ne olacak? ACK § 288’e uygun bir şekilde; bu sorun amaç kapsamında değerlendirilir. Şayet cebri icra para borcundan kaynaklanıyorsa, hakim görüşüne göre; haczedilemeyen mallar mamelekin dışında tutulur.⁴⁶ Sorun, kast kapsamında tasavvur edilmesi gereken suçun objektif unsurları altına kaymaktadır. Haczedilebilirliğin hatalı kabulü (cezalandırılmayan) elverişsiz teşebbüsü doğurur (bu hal işlenemez suçtur).⁴⁷ Yine de alacaklının (icra edilebilir) bir alacak hakkına veya malvarlığının kendisine verilmesi yönünde bir ilama sahip olması durumunda, her zaman mameleğin bir kısmı arta kalır (mülkiyete sahip olması gibi).⁴⁸ Eğer fail bu eşyanın hacze konu olabileceğini düşünüyorsa, eşyanın haczini engellemek –taşkın eğilim olarak- amacıyla hareket ediyor demektir. Farklılık gösteren bu sonuçlar, taleplerin durumuna göre karşı tarafı tatmin etme-

⁴⁴ Bkz. AnwK-StGB/Putzke, 2011, § 288, Kn. 1; MükoStGB/Maier, 2006, § 288, Kn. 2; SK-StGB/Hoyer, 137. Lfg. 2012, § 288, Kn. 2.

⁴⁵ RGSt 8, 51, 51; SSW/Kudlich, 2009, StGB § 288, Kn. 11.

⁴⁶ Krş. Fischer, 60. Bası, 2013, StGB § 288, Kn. 6; Lackner/Kühl, 27. Bası, 2011, StGB § 288, Kn. 3; Schönke/Schröder/Heine, 28. Bası, 2010, StGB § 288, Kn. 14.

⁴⁷ Bu hususa ilişkin kesin olmayan düşünceler için bkz. Joecks, StudK-StGB, 9. Bası, 2010, StGB § 288, Kn. 3.

⁴⁸ Benzer yönde RGSt, 61, 407 vd; BGHSt, 16, 330 vd.

yebilir. Hacedilemeyen eşyanın ekonomik değerinin fail tarafından bildirildiği kabul edildiğinde, tüm bunlar düşer. Tüm bunlar gerçekten “malvarlığı değerini haiz olmadıkları halde” neden hacze konu olmaktadır? Açıkça hacze konu olmayan eşyanın, hacze konu eşyaları içeren malvarlığı listesinde yazılı olmasına gerek olmamasını bir istisna olarak kabul edebiliriz. (Krş. ZPO § 807/2, 2.cümle)

c) Zorla ifade alma suçunun oluşabilmesi (ACK § 343), ifade almakla yetkili bir kamu görevlisinin, muhakemede bir şeyler söylemesi için bir başka kişiyi belirtilen şekillerde zorlaması koşuluna bağlıdır. Esasen ilginin, failin istediği yönde ifade verecek olması önemli değildir.⁴⁹ Bu yönde yapılan bir hata amacı ortadan kaldırmaz. “Frankfurt işkence alanında” ifade alan memur, kaçırılan mağdurun yerinin açıklanması için ifadesi alınan kişiyi zorlamıştır. Bu gibi hallerde, zorlama eylemi soruşturma sürecinde beyan elde etmek için değil, özellikle tehlikenin önlenmesi amacıyla gerçekleştirildiğinden, subjektif unsurun yokluğu genellikle kabul edilmektedir.⁵⁰ Bu komplike ve tartışmalı sorun karşısında hataya düşülmesi ihtimal dahilindedir. Fail, bu yönde bilgilere ulaşmaya yönelik davranışının mevzuata uygun olduğu düşüncesinde olabilir.⁵¹ Bu, cezalandırılmayan bir mefruz suçun varlığına götüren “tersine” yorum hatası olarak değerlendirilebilir.

⁴⁹ MükoStGB/Voßen, 2006, § 343, Kn. 31; Schönke/Schröder/Cramer/Sternberg-Lieben/Hekker, 28. Bası, 2010, StGB § 343, Kn. 16.

⁵⁰ Krş. LG Frankfurt, NJW, 2005, 692 (695); Lackner/Kühl, 27. Bası, 2011, StGB § 343, Kn. 4; başka kaynaklar için; karşı görüş için bkz. Kinzig ZStW, 115 (2003), 791 (796).

⁵¹ Bu konudaki daha açık görüşler için bkz. Neubacher GA, 2001, 521 (524): Polis memuru açık bir şekilde objektif ve subjektif unsurların oluştuğundan hareket etmiştir. Ancak yazar böyle bir durumu hata olarak kabul etmez. Çünkü yazara göre söz konusu olay § 343 kapsamında değerlendirilmektedir.

d) Sonuç olarak bir takım hata olasılıklarına kısaca değinilmesi gerekir. Belgede sahtecilik suçlarının farklı şekilleri aldatma amacını barındırır (ACK §§ 267, 273, 281). Bazı yanlış tasavvurlar çoğu zaman kast kapsamında değerlendirilir, bu çerçevede suçun konusunu oluşturan belgenin karmaşık ve normatif yapısı söz konusu olacaktır.⁵² Kimliğin kötüye kullanılması aşağıdaki örneği akla getirir: A, S'ye ait öğrenci kimliğini okul yemekhanesinde uygun fiyata öğlen yemeği yemek amacıyla kullanır; A, bu durumun hukuki bir sonuç doğurmayacağı düşüncesindedir (yorum hatası).

Örneğin hava aracında bulunan yükü yok etmek veya ona zarar vermek için cebir kullanılması (ACK § 316/1-2 çerçevesinde hava korsanlığı olarak zikredilen) hava trafiğine saldırı kapsamındadır. Burada, taşkın eğilimle işlenebilen bir sırf hareket suçu vardır.⁵³ Fakat korsan P, uçakta yük bulunmadığını bilmemektedir. Zikredilen temel hususlardan yola çıkarak burada tamamlanmış bir eylemin varlığının kabulü gerekir.

Son bir değerlendirme, yeni bir suç tipi olan zorla evlendirme suçunun unsurları ile ilgili olarak yapılmalıdır; bu fiil aynı zamanda “evlenmek amacıyla kaçırma” eylemini de kapsar (ACK § 237/2). Bu durumun eksik neticeli suç ya da tamamlanmamış iki aşamalı suç olarak sınıflandırılmasında henüz bir fikir birliği bulunmamaktadır.⁵⁴ Burada şöyle bir hata durumu gündeme gelebilir: M ile evlenmeye zorlamak için A, F'yi yurtdışına götürmüştür. A'nın bilgisi dışında, eş olarak seçilmiş koca

⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. Bettendorf, Der Irrtum bei den Urkundendelikten, 1997.

⁵³ Bkz. AnwK-StGB/Esser, 2011, § 316c, Kn. 2; Schönke/Schöder/Sternberg-Lieben/Hecker, 28. Bası, 2010, § 316c, Kn. 1.

⁵⁴ StGB § 237/2'deki suçun yapısı ile alakalı açıklamalar için bkz. Schumann, JuS 2011, 789 (792 vd).

(Ehemann= M) bu arada evlenmiş veya F ile evlenmek istememektedir. Amaç, burada da taşkın eğilim olarak temellendirilirse,⁵⁵ A suçu objektif ve subjektif olarak gerçekleştirmiştir.

III. Sonuç

Açıklamalar göstermiştir ki, amaç ihtiva eden suçların çoğunda azımsanmayacak sıklıkta hata yapılmaktadır. Failin suç işleme anındaki gerekli iradeyi göstermiş olması halinde, bu hatalar yine de suçun tamamlanmasına engel teşkil etmezler. Bu konuda irade eksikliği varsa fail gerekli amaç olmaksızın davranmıştır. Bu konunun ACK §16'ya dayandırılması sonuç açısından bir önem teşkil etmez. Zira failin amacı vardır ya da yoktur.

Cezalandırılabilirliğin sınırlarının geniş tutulması, başka bir ifadeyle fiilin tamamlanmış sayılmasının öne çekilmiş olması şeklinde daha makul bir itiraz olabilir. Ama bunun muhatabı kanun koyucu olmalıydı! Her bir nihai sonuç objektif unsurlar arasına da taşınabilir. ACK § 263'te düzenlenen dolandırıcılık suçu “ Her kim kendisine veya bir üçüncü şahsa hukuka aykırı bir yarar sağlamak suretiyle...,” şeklinde başlayabilir. Çünkü buradaki koşulların suçun manevi unsuru altında değerlendirilmesi, hazırlık aşamasındaki hareketlerin de şekli olarak suçun tamamlanması sonucunu doğurur. Her halükarda amaç suçları teşebbüsün unsurlarını içinde barındırır.⁵⁶ Kanuni düzenlemeler dikkate

⁵⁵ Krş. Ensenbach, Jura 2012, 507 (511); Fischer, 60. Bası, 2013, StGB § 237 Kn. 16; Letzgus, FS Puppe, 2011, s. 1231 (1242).

⁵⁶ Haksız mal edinme suçları ile ilgili bkz. Schaffstein, GA 1964, 97 (105 vd); eleştiriler için bkz. Gehrig, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, s. 55.

alındığında, hedeflenen amaca ulaşmak için failin tasavvuru, cezalandırmak için yeterli olacaktır. Bu tarz bir çözümlenme ile bütünlük arz eden bir sonuca ulaşılabilir. Bu çözümlenmenin istisnaları suçun bazı unsurlarının maddi unsurlar altında değerlendirilmesi ve bununla birlikte kastın bir unsuru olarak kabul edilmesi sonucunu doğurur.

KAYNAKÇA***

Arzt, Juristische Rundschau, 1997.

Bettendorf Christa, Der Irrtum bei den Urkundendelikten, 1997.

Böse, Goldammer's Archiv, 2010.

Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht , 1968.

Degener, Juristische Zeitung, 2001.

Eser Albin, Juristischer Studienkurs IV, 3. Auflage, 1979.

Fischer Thomas, Strafgesetzbuch: StGB und Nebengesetze, 60. Auflage, München, 2013.

Fischer, StGB § 211, 60. Auflage, 2013.

Gehrig Klaus, Der Absichtsbegriff in den Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986.

Gercke Björn, § 265a, Anwaltkommentar- StGB, 2011.

*** Kaynakça bölümü, eseri çeviren yazarlar tarafından oluşturulmuştur.

Gössel Karl Heinz, Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, München, 1999.

Gössel Karl Heinz, Strafrecht Besonderer Teil 2, 1996.

Gössel/Dölling, Strafrecht Besonderer Teil 1, 2. Auflage, 2004.

Gropp Walter, Der „Moos-Raus-Fall“ und die strafrechtliche Irrtumslehre, Festschrift für Ulrich Weber, 2004.

Hellmann Uwe, StGB § 265a, Nomos Kommentar, 3. Auflage, 2010.

Hillenkamp Thomas, 40 Probleme aus dem Strafrecht Besonderer Teil, 11. Auflage, 2009.

Hirsch, Juristische Zeitung, 1969.

Horn Walter, Lackner/Kühl, StGB § 259, 12. Auflage, 2010.

Hoyer Andreas, § 288, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2012.

Hoyer Andreas, SK-StGB, § 242, 6. Auflage, 1999.

Jaeger Joecks, § 288, Studien Kommentar-StGB, 9. Auflage, 2010.

Jescheck/Weigend, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996.

Kindhäuser Urs, Nomos Kommentar, 3. Auflage, 2010.

Kinzig, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, 2003.

König Peter, StGB § 315, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2008.

Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 16. Auflage, 2012.

Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT 2, 16. Auflage, 2012.

Kudlich, Neue Zeitschrift für Strafrecht, 1997.

Kühl Kristian, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, München, 2012.

Küpper Georg, Festschrift für Gössel, Heidelberg, 2002.

Küpper Georg, Juristische Rundschau, 1992.

Lackner/Kühl, StGB § 253, 27. Auflage, 2011.

LK/Vogel, § 16 StGB, 12. Auflage, 2007.

Maier, § 288, Münchener Kommentar zum StGB, 2006.

Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 1, 10. Auflage, 2009.

Mitsch Wolfgang, JuS 2003.

Mitsch Wolfgang, Strafrecht BT 2/1, 2. Auflage, 2003.

Mitsch, Strafrecht BT 2/1, 2. Auflage, 2003.

Neubacher, Goldammer's Archiv, 2001.

Neumann Ulfrid, StGB § 211, Nomos Kommentar, 3. Auflage, 2010.

Otto Harro, Die Struktur des strafrechtlichen Vermögensschutzes, Berlin, 1970.

Puppe Ingeborg, § 16, Nomos Kommentar, 3. Auflage, 2010.

Putzke, Holm, § 288, Anwaltkommentar- StGB, 2011.

Roxin Claus, Strafrecht AT 1, 4. Auflage, München, 2006.

Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 14. Auflage, 2012.

Rüth, Juristische Rundschau, 1979.

Schneider Hartmut, § 211, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, 2. Auflage, 2012.

Schönke/Schröder/Cramer/Perron, § 263 StGB, 28. Auflage, 2010.

Schönke/Schröder/Eser/Bosch, 28. Auflage, 2010.

Schönke/Schröder/Stree/Hecker, StGB § 259, 28. Auflage, 2010.

Sinn Arndt, § 211, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2012.

Tiedemann Klauf, Leipziger Kommentar, StGB §263, 12. Auflage, 2012.

von Selle, Juristische Zeitung, 1999.

Voßen Nicole, § 343, Münchener Kommentar zum StGB, 2006.

Warda, Jura, 1979.

Welzel Hans, Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung, 11. Auflage, 1969.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 35. Auflage, 2012.

Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 35. Auflage, 2012.

Wolfgang Joecks, § 16, MükoStGB, 2. Auflage, 2011.

EVİ TERK EDEN ÇOCUĞU EVLENMEK AMACIYLA YANINDA TUTAN KİŞİNİN FİİLİNE İLİŞKİN YARGITAY CEZA GENEL KURULU KARARININ¹ DEĞERLENDİRİLMESİ

*Dr. Öğr. Üyesi Muhammed DEMİREL**

I. Olay

Sanık Ö hakkında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK md. 109/1) çocuğa karşı (TCK md. 109/3-f) ve cinsel amaçla işlemekten (TCK md. 109/5) dolayı Balıkesir 2. Asliye Ceza Mahkemesi tarafından mahkûmiyet kararı verilmiştir. Söz konusu karara konu olaya ilişkin soruşturma, 14 yaş 3 ay 27 günlük olan Ç'nin anne ve babasının, 14.08.2007 günü saat 01.00 sıralarında Mustafakemalpaşa Polis Merkezi Amirliğine gelerek kızları Ç'nin saat 23.00 sıralarında bakkaldan yiyecek alacağını söyleyerek evden ayrıldığı ve bir daha geri dönmediği,

¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 2014/14-307 Esas, 2015/8 Karar sayılı ve 17.02.2015 tarihli kararı.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi. Eleştiri ve öneriler için muhammedemirel@gmail.com.
Makale Geliş Tairhi:20.09.2018
Makale Kabul Tairhi:26.10.2018

yaptıkları araştırmada kızlarının Ö isimli kişi tarafından kaçırılmış olduğunu tespit ettikleri yönündeki beyanlarıyla şikayetçi olmaları üzerine başlatılmıştır. Yapılan araştırmada Ç'nin Ö ile birlikte Balıkesir'de sanığın amcasında buldukları tespit edilmiş, Ç'nin bulduktan sonra yapılan muayenesinde kızlık zarının sağlam olduğu belirlenmiştir. Bunun üzerine Ç'nin ailesi şikayetinden vazgeçmiştir. Ç, alınan ifadesinde, sanıkla uzun zamandır arkadaşlık yaptıklarını, olay günü kendi isteğiyle evlenmek amacıyla sanıkla birlikte kaçtığını, şikayetçi olmadığını; sanık da, ifadesinde, mağdureyle rızasıyla evlenmek amacıyla kaçtıklarını, mağdureye karşı herhangi bir cinsel davranışta bulunmadığını, Balıkesir'deki akrabalarında sadece birkaç saat kaldıklarını, bu olaydan sonra mağdureyle nişanlandıklarını ve evlenmek istediklerini belirtmiştir. Hükmün temyiz edilmesiyle birlikte olay bakımından inceleme yapan Yargıtay 14. Ceza Dairesi, olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığına, eylemin TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğuna karar vererek, ilk derece mahkemesinin hükmünü bozmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ise olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun oluştuğunu, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun oluşmadığını belirterek itiraz kanun yoluna başvurmuş, Özel Daire bozma kararının kaldırılmasına ve yerel mahkeme hükmünün onanmasına karar verilmesi talebinde bulunmuştur. Nihayet Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bu itirazı yerinde görmemesi üzerine dosya Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nda incelenmiş ve Kurul tarafından sanığın fiilinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu (TCK md. 109/1) oluşturduğu, suçun çocuğa karşı işlenmesi (TCK md. 109/3-f) ve failin fiilini cinsel amaçla

gerçekleştirmesi (TCK md. 109/5) nedeniyle, söz konusu nitelikli hallerden dolayı failin cezalandırılması gerektiğine dair yerel mahkeme kararı yerinde görülerek Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının itirazının kabulüne, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bozma kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.

II. Çözümü Gereken Hukuki Sorun

Çözümü gereken hukuki sorun, 14 yaşındaki bir çocuğun evlenmek amacıyla bir başka kişiyle birlikte kaçması ve bunun sonucu olarak söz konusu kişi tarafından yanında bulundurulmasının kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu (TCK md. 109/1) ve bu suçun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli halini (TCK md. 109/5) mi yoksa çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu (TCK md. 234/3) mu oluşturacağıdır.

III. Mercilerin Görüşleri

a. Birinci Görüş: Olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK md. 109/1) üçüncü fıkrasında düzenlenen suçun çocuğa karşı işlenmesi (TCK md. 109/3-f) ve yine beşinci fıkrasında düzenlenen suçun cinsel amaçla işlenmesinden (TCK md. 109/5) bahisle mahkûmiyet kararı verilmesi gerektiği:

Yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu bu görüştedir.

Bu görüş kapsamında Yargıtay Başsavcılığı itirazında olayda mağdurenin sanıkla anlaşarak birlikte Mustafakemalpaşa'dan Balıkesir'e kaçtıklarının, beraat eden diğer sanıkların evine gittiklerinin ve bilahare ailelerine haber verildiğinin anlaşıldığı, 17.04.1993 doğumlu olup suç tarihi itibarıyla on beş yaşını doldurmamayan mağdurenin eyleme rıza gösterme-

sinin fiilin suç olarak nitelendirilmesine engel olmadığı, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun tüm unsurlarının oluştuğu, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlendiği, bu suçun mağdurunun velayet hakkına sahip olan anne ve baba olduğu, sanık hakkında düzenlenen iddianamede ise bu suça dair bir anlatım söz konusu olmadığından açılmış bir davanın bulunduğu kabulüne de imkân bulunmadığı hususlarına yer verilmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararında ise uyuşmazlığın çözülmesi açısından mağdurenin rızası hilafına işlenmesi halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturacağına tereddüt bulunmayan sanığın eyleminin, 15 yaşından küçük mağdurenin rızasıyla yapılması halinde, gösterilen bu rızanın fiili kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından hukuka uygun hale getirip getirmeyeceğinin üzerinde durulması gerektiği belirtilmiş, uyuşmazlığın isabetli bir hukuki zemine oturabilmesi için çocukların hürriyetlerinden yoksun kılınmalarına dair olarak her türlü konuda mutlak surette tasarruf özgürlüklerinin bulunup bulunmadığının, dolayısıyla da bu konudaki rızalarının geçerli olup olmadığının belirlenmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bu noktada da Türk Medeni Kanununun ilgili hükümlerine (13'üncü ve 16'ncı madde) atıfta bulunularak yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkesin ayırt etme gücüne sahip olduğuna, ayırt etme gücüne sahip küçüklerin kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremeyeceklerine, ancak karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rızanın gerekli olmadığına vurgu yapılmıştır. Buradan da

insanın kişiliğini yakından ilgilendirdiğinden evlenme, nişanlanma, nişanı bozma, evlat edinilmeye razı olma gibi hususlarda karar verme yetkisinin başkasına bırakılmadığının altı çizilmiştir. Nihayet buradan cinsel istismar suçunun düzenlendiği 103/1-a maddesinden hareketle çocuklara karşı işlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun da iki kategoride ele alınması gerektiği, birinci kategoride yer alan “on beş yaşını tamamlamamış” çocukların kendi iradeleriyle serbestçe hareket etme hakları, niteliği itibarıyla üzerinde mutlak surette tasarruf edebilecekleri bir hakları olmadığından bu haklarının ihlaline yönelik olarak gerçekleştirilen eylemlerle ilgili gösterdikleri rızanın kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir. Buna karşın ikinci kategoride yer alan “on beş yaşını bitirmiş olup da on sekiz yaşını tamamlamamış” çocuklara karşı işlenen suçlarda ise, mümeyyiz olmaları halinde rızalarının hukuka uygunluk nedeni olabileceğine yer verilmiş, sanığın on beş yaşından küçük mağdureyi evlenmek amacıyla rızasıyla kaçırıp yakın başka bir ildeki akrabalarının evine götürerek orada bir müddet alıkoyduğu olayda mağdurenin rızası hukuken üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakka dair olmadığından hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemeyeceği, dolayısıyla on beş yaşından küçük mağdurenin rızasıyla bile gerçekleşmiş olsa bu eylemin TCK’nın 109/1,109/3-f. 109/5. maddelerinde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır.

b. İkinci Görüş: Olayda kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun (TCK md. 109/1) oluşmadığı, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun (TCK md. 234) üçüncü fıkrası hükmünün uygulanması gerektiği:

Yargıtay 14. Ceza Dairesi bu görüşte olup söz konusu daire vermiş olduğu kararda, mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçması bakımından sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babasının ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurlarının oluşmadığı, eylemin TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır.

IV. Görüşümüz

Olayda kanaatimiz, sanığın işlediği fiilin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmadığı, ancak TCK'nın 234/3. maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturabileceği yönündedir. Bu açıdan da yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dahil olduğu birinci görüşü değil, Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin kararında benimsediği ikinci görüşü yerinde görmekteyiz. İncelememizde hem bu görüşümüzün gerekçelerini açıklayacağız hem de TCK md. 234 hükmü açısından bir öneride bulunacağız.

Bu kapsamda her şeyden evvel kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu arasındaki fark üzerinde kısaca durulmasında fayda bulunmaktadır. Bir defa “*Bir kimseyi*

hukuka aykırı olarak bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakan kişiye, bir yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.” şeklindeki TCK md. 109/1 hükmünde düzenlenen kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuyla korunan hukuki değer, kişinin bir yerde kalma ya da bir yere gitme, yani mevcut konumunun sabit kalmasını sağlama ya da değiştirme bakımından özgürlüğü, bu konuda karar verebilme hürriyetidir². Nitekim bu husus, madde gerekçesinde de “*Bu suç ile korunan hukuki değer, kişilerin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyetidir.*” şeklindeki ifadelerle ortaya konmuştur.

Buna karşılık “*Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, on altı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırması veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindeki TCK md. 234/1 hükmünde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve

² BGHSt 32, 183 (**Johannes Wessels/Michael Hettinger**, Strafrecht Besonderer Teil, 33. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009, kn. 370); BGHSt 14, 314 (**Urs Kindhauser**, Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010, § 239 kn. 1); **Urs Kindhauser**, Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009, § 15 kn. 1; **Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald**, Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009, § 14 kn. 2; **Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf**, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009, § 9 kn. 8; **Ayhan Önder**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994, s. 27; **Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/R. Murat Önok**, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2016, s. 477; **Mahmut Koca/İlhan Üzülmez**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 401; **Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe**, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2017, s. 416; **M. Emin Artuk/Ahmet Gökcen/M. Emin Aşahin/Kerim Çakır**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2017, s. 261; **Doğan Soyaslan**, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2016, s. 261; **Serap Keskin Kızıroğlu**, Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Özel Ceza Hukuku III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2018, s. 73.

alıkonulması suçuyla korunan hukuki değer, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda olduğu gibi kişinin kendi arzusu ve iradesi çerçevesinde hareket edebilme hürriyeti olmayıp³ velayet hakkıdır⁴.

Bu durum, kararda esas olarak tartışılan çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun düzenlendiği TCK md. 234 hükmüne sonradan eklenen üçüncü fıkra hükmü bakımından da geçerlidir. Söz konusu hükme göre, “*Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*” Suçun kanuni tanımına göre çocuğun rızasının bulunmasına bir önem atfedilmemesinin sebebi, suçun çocuğun iradesine, özgürlüğüne karşı değil, ailesine, vasi ya da velisine karşı işlenmiş kabul edilmesidir⁵. Nitekim bu hükmün sonradan kanuna eklenme gerekçesi de bu durumu açıkça ortaya koymaktadır:

*“22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 339 uncu maddesinin dördüncü fıkrasına göre,
“Çocuk, ana ve babasının rızası dışında evi terk edemez ve*

³ Bu bakımdan bu iki suç arasında, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçları arasında görünüşte içtima ilişkisinden bahsedilemez. Kaldı ki bir defa bu suçlardan birinde çocuğun hukuka aykırı olarak bir yere gitme veya bir yerde kalma hürriyetinden yoksun bırakılması söz konusuysen, yani rızası yokken diğerinde çocuğun rızası söz konusudur. Bakınız **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 937.

⁴ **Ayşe Nuhoğlu**, Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul 2009, s. 179; **Recep Gülşen**, Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234), **Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı Armağanı, İÜHFMD, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 599; Tezcan/Erdem/Önok**, s. 933; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 6957. Doktrinde bir görüş, bu suçla korunan hukuki değerlerin karma bir nitelik taşıdığını ileri sürmüştür. Bu çerçevede **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, velayet hakkının yanı sıra çocuğun da kendisine karşı korunduğunu ifade etmişlerdir. Bkz. **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 598.

⁵ **Nuhoğlu**, s. 183; **Gülşen**, s. 600; **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 934.

yasal sebep olmaksızın onlardan alınamaz." Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir. Bu hükmü, ana ve babasının bilgisi ve rızası dışında evi terk eden çocuğu yanında bulunduran kişiye çocuğun ana ve babasını veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yüklemek suretiyle tamamlamak gerekir. Çocuğun evi terk etmesinin ana ve babada büyük bir tedirginlik oluşturduğu herkes tarafından bilinen bir gerçektir. Belirtilen gerekçelerle, Türk Ceza Kanununun, "Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması" başlıklı 234 üncü maddesine, kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu rızasıyla da olsa yanında tutan kişiye çocuğun ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmek yönünde bir yükümlülük yükleyen ve bu yükümlülüğe aykırı davranışı suç olarak tanımlayan bir fıkra eklenmiştir."

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna sonradan eklenen bu üçüncü fıkra düzenlemesinin kapsamı, birinci fıkrada düzenlenen suçun temel şekli karşısında daha da geniştir. Öyle ki çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun birinci fıkrasındaki kanuni tanıma göre suçun konusu olan çocuklar açısından bir yaş sınırlaması getirilmiş, bunun da ötesinde suça, fail açısından özel suç niteliği kazandırılmıştır⁶. Nitekim kanuni tanımda da görüldüğü üzere birinci fıkrada yer alan suçun ancak

⁶ Nuhoglu, s. 181; Gülşen, s. 591; Tezcan/Erdem/Önok, s. 933; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6958; Keskin Kızıroğlu, s. 85.

velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı tarafından işlenebileceğine işaret edilmiştir. Nihayet kanuni tanımda yer aldığı üzere on altı yaşını bitirmemiş bir çocuk, cebir veya tehdit olmaksızın, yani çocuğun rızasıyla dahi olsa özel faillik niteliğini haiz kişiler tarafından alıkonulduğu takdirde bu suçun oluşmasından bahsedilecektir. Oysa ki üçüncü fıkra hükmünde hem fail bakımından hem de çocuğun yaşı açısından herhangi bir sınırlandırma getirilmemiştir. Buna göre üçüncü fıkra hükmü, velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya baba ya da üçüncü derece dahil kan hısmı da dahil olmak üzere herkes tarafından işlenebilecektir⁷. Ayrıca üçüncü fıkra suçun konusu bakımından da yaşına bakılmaksızın bütün çocuklar suçun konusu olabilecektir⁸. Bu noktada TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrası hükmünün, birinci fıkra hükmüne bağlı olduğu, bu açıdan birinci fıkra da yer alan on altı yaşını doldurmamış olma şeklindeki çocukların yaşıyla ilgili özel belirlemenin üçüncü fıkra bakımından da geçerli olduğu yönünde ileri sürülebilecek görüş, üçüncü fıkranın eklenme gerekçesinde yer alan “*Bu hükümle, yaşı ne olursa olsun, çocuğa ana ve babasının bilgisi veya rızası dışında evi terk etmeme hususunda bir yükümlülük yüklenmiştir.*” şeklindeki ifade nedeniyle yerinde değildir. Dolayısıyla TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrası açısından TCK md. 6/1-b hükmüne göre çocuk deyiminden henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılacağından on beş yaşını tamamlamamış kişilerle birlikte on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte on sekiz yaşını doldurmamış kişiler de suçun konusu olabilecektir.

⁷ Nuhoğlu, s. 181; Gülşen, s. 600; Tezcan/Erdem/Önok, s. 934; Artuk/Gökcan/Alışahin/Çakır, s. 602; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6960.

⁸ Nuhoğlu, s. 183; Gülşen, s. 600; Tezcan/Erdem/Önok, s. 934; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 6961.

Tam bu noktada altı çizilmesi gereken husus, çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun hem birinci hem de üçüncü fıkrasında yer alan ifadeler dikkate alındığında çocuğun veli ya da vasisinin yanından ayrılma ya da failin yanında bulunma konusunda rızasının bulunabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Ancak bu suç kapsamında korunan hukuki değer, çocuğun iradesi olmayıp velayet hakkı olduğundan veli ya da vasisinin iradesine uygun davranma yükümlülüğüne aykırı davranış (birinci fıkra) yahut da veli veya vasiyi haberdar etme yükümlülüğüne aykırı davranış (üçüncü fıkra) ceza yaptırımına tabi tutulmuştur. Yani bu düzenlemeyle birlikte (üçüncü fıkra) on sekiz yaşını tamamlamadığı sürece evi terk etmiş olan herhangi bir çocuğu, çocuğun ailesine yahut da yetkili mercilere bildirmeksizin yanında bulundurma ceza hukuku anlamında cezalandırılabilir kılınmıştır. Bu açıdan bir çocuk, kendi rızasıyla dahi olsa velisine ya da vasisine haber vermeden evi terk eder ve bir başka kişinin yanına giderse, yanına gittiği kişinin çocuğun veli ya da vasisini yahut da yetkili makamları durumdan haberdar etmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu suç tipi bakımından çocuğun rızasının varlığı, hukuka uygunluk nedeni teşkil etmeyecektir⁹.

Buna karşılık çocuğun rızası, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna etki edip suçun oluşmasına engel teşkil edebilecektir¹⁰. Bu çerçevede her ne kadar Türk doktrininde hâkim görüş¹¹ tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından rıza bir hukuka uygunluk

⁹ Keskin Kızıroğlu, s. 84; Nuhoğlu, s. 194; Tezcan/Erdem/Önok, s. 937; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 277.

¹⁰ Nuhoğlu, s. 194; Koca/Üzülmez, s. 410.

¹¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 493; Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 424; Soyaslan, s. 264; Keskin Kızıroğlu, s. 82, 83; Yaşar/Gökçen/Artuç, s. 3734, 3735.

nedeni olduğu kabul edilmekteyse de kanaatimize göre tipikliğe engel olucu nitelik arz etmektedir¹². Nitekim Alman hukukunda da hâkim görüş¹³ tarafından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından, kanuni tanımda açıkça rızaya aykırılıktan bahsedilmese de yorum yoluyla rızanın tipikliğe engel olucu bir neden olduğu kabul edilmektedir. Bu çerçevede rızanın Türk hukukunda da kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından tipikliğe engel olucu bir nitelik arz ettiği ileri sürülebilir. Öyle ki bir kişinin bir yere gitmek veya bir yerde kalmak hürriyetinden yoksun bırakılmasının, kişinin rızasıyla olabilecek bir durum olmasından söz edilemez. “Yoksun bırakma” ifadesi, başlı başına rızaya aykırılığı bünyesinde bulundurmaktadır. Alman Ceza Kanunu’nda da bir kimsenin çıkamayacağı şekilde bir yere kapatılması veya başka bir şekilde hürriyetinden yoksun kılınmasından bahsedilmiş, bu kanuni tanıma

¹² Benzer görüş için bakınız **Önder**, s. 31. Bu çerçevede 765 sayılı TCK döneminde *Önder* tarafından kişiyi hürriyeti yoksun kılma suçu bakımından rızanın hukuka uygunluk nedeni olmadığı, tipikliğe engel olan bir neden olduğu ifade edilmiştir. Elbette *yazarın* bu görüşü, yapmış olduğu atıf da dikkate alındığında Alman doktrininden etkilendiğini göstermektedir.

¹³ **Claus Roxin**, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, § 13 kn. 2; **Horst Schlehofer**, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017, Vor § 32 kn. 140; **Volker Krey/Robert Esser**, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012, kn. 656; **Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011, § 9 kn. 8; **Urs Kindhäuser**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015, § 12 kn. 36; **Walter Gropp**, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2015, § 5 kn. 113; BGH NJW 1993, s. 1807 – **Kindhäuser**, Nomos Kommentar, § 239 kn. 14. Aksi görüş için bakınız **Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend**, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996, § 34 I 1 b.

binaen doktrinde yaygın şekilde rızanın tipikliğe engel teşkil ettiği kabul edilmiştir¹⁴.

Rızanın hukuka uygunluk nedeni mi yoksa tipikliğe engel teşkil eden bir neden mi olduğu ve bunun ne tür bir önemi haiz olduğu hususu, ayrı bir incelemenin konusu olmakla birlikte bu karar analizinde rızanın tipikliğe engel teşkil eden bir neden olarak kabul edilmesinin önemli bir sonucuna vurgu yapılmasında fayda bulunmaktadır. Şöyle ki rıza ehliyetinin sınırları, hukuka uygunluk nedeni olan rızada tipikliğe engel olan rızadakine göre daha dardır. Hukuka uygunluk nedeni olan rızada kişinin rıza gösterebilmesi için hukuki anlamda rıza yeteneğine sahip olması gerekirken tipikliğe engel olan rızada önemli olan kişinin doğal irade yeteneğine sahip olmasıdır¹⁵. Bu çerçevede tipikliğe engel olan rızanın söz konusu olduğu durumlarda belirli bir seviyeye kadar çocukların ve akıl hastalarının da rıza ehliyetine sahip oldukları kabul edilmektedir¹⁶. Oysa ki hukuka uygunluk nedeni olan rızanın söz konusu olduğu durumlarda rıza gösteren kişinin işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğine sahip olup olmadıkları konusunda bir değerlendirme yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle hukuka uygunluk nedeni olan rızayı gösteren kişinin kendi üzerinde bir

¹⁴ Bazı suç tiplerinde rızaya aykırılığa açıkça kanuni tanımda yer verilir. Rızaya aykırılığın açıkça belirtildiği suç tiplerine hırsızlık suçu (TCK md. 141) örnek gösterilebilir. Bu suç tipinde zilyedin rızası olmaksızın taşınır malın bulunduğu yerden alınmasından söz edilmiştir. Bununla birlikte bazı suçlarda fiilin rızaya aykırı olarak gerçekleştirilmesine yönelik gereklilik, suçun kanuni tanımında yer alan fiilin yorumlanması suretiyle ortaya konulabilir. İşte kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu da bunlardan biri olarak gösterilebilir. Esasen hırsızlık suçunun tanımında da “alma” ifadesi yerine “çalma” ifadesi kullanılmış olsaydı “zilyedin rızasına aykırı olarak taşınır malın bulunduğu yerden **alınması**”dan söz edilmesine gerek kalmayabilirdi. Zira “çalmak”, zaten rızaya aykırı olarak gerçekleştirilebilir.

¹⁵ Schmidt, kn. 431.

¹⁶ Stratenwerth/Kuhlen, § 9 kn. 12.

tehlikeye neden olması bakımından hukuki değerin anlamını ve saldırının ağırlığını anlayabilecek nitelikte algılama yeteneğine sahip olması gerekmektedir¹⁷.

Bu tespitler karşısında rızayı tipikliğe engel olan bir neden olarak kabul ettiğimizde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu bakımından kural olarak çocuğun da rıza yeteneğinden söz edilebilecek, bu anlamda bir yerde bulunması konusunda vermiş olduğu rıza karşısında suçun oluşmadığı ifade edilebilecektir. Bununla birlikte Türk doktrininde bu suç bakımından rızayı hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden görüşlerin varlığı dikkate alındığında bu kabul üzerinden de bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bir kimsenin rıza yeteneğine sahip olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirme, suç tipi kapsamında korunan hukuki değer ve olayın somut özellikleri çerçevesinde değişiklik gösterecektir. Bu noktada kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında korunan hukuki değerin kişinin karar verme hürriyeti olması karşısında temyiz kudretine sahip çocukların rızalarından bahsedilebilecektir¹⁸.

Bu açıklamalardan hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında yer alan rızanın hukuka uygunluk nedeni olan rıza olarak kabul edilmesi halinde bir çocuğun özgürlüğü konusunda karar

¹⁷ RGSt 41, 392; BGHSt 4, 88 (Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, § 12 kn. 11); Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 425; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 3735.

¹⁸ Tezcan/Erdem/Önok, s. 492; Koca/Üzülmez, s. 410; Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 425; Keskin Kızıroğlu, s. 83.

verebilmesi için her ne kadar doktrinde¹⁹ ve uygulamada²⁰ on beş yaşını tamamlamış olması gerektiği ileri sürülmekteyse de kanaatimize göre on beş yaşını tamamlamamış olsa bile çocukların somut olayın özelliklerine göre kendi istek ve arzusuyla bir yere gitme ya da bir yerde bulunma konusunda rıza yeteneğine sahip olduklarından söz edilebilecek, bu noktada cinsel dokunulmazlıkta olduğu gibi bir kısıtlamanın varlığından bahsedilemeyecektir²¹. Buna göre on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızalarının geçerli olup olmayacağı konusunda somut olayın

¹⁹ **Nuhoğlu**, s. 195; **Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır**, s. 277; **Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3735. Bununla birlikte **Yıldız**, bu konuda rıza gösterilebilmesi için on sekiz yaşının tamamlanmış olması gerektiğini, on sekiz yaşını tamamlamamış kişilerin özgürlükleri konusunda rızalarının geçerli olmayacağını belirtmiş, buna gerekçe olarak da 765 sayılı TCK md. 430 hükmü karşısında mevcut kanunda yalnızca suçun çocuğa karşı işlenmesi ve cinsel amaçla işlenmesinin nitelikli hal olarak düzenlenmiş olmasını göstermiştir. (**Ali Kemal Yıldız**, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 238). Aynı yönde görüş için bakınız **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 425. Bu hükmün (TCK md. 109/3-f) çocuğun ancak rızası bulunmadığı yahut da olayın somut şartlarına göre rıza gösterme yeteneğine sahip olmadığı takdirde uygulanabileceği ifade edilmelidir. Bununla birlikte doktrinde kanunda rıza ehliyeti konusunda bir düzenleme bulunmadığından dolayı Yargıtay'ın yaptığı gibi doğrudan 15 yaşını bitirmiş çocukların kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından rızalarının geçerli sayılamayacağı yönünde bir görüş de (**Meral Ekici Şahin**, Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 135) ileri sürülmüştür.

²⁰ “Sanık Erhan’ın suç tarihinde 15 yaşını bitirmeyen mağdureyi aynı suç işleme kararı kapsamında 14.06.2007 gecesi ve 15.06.2007 gecesi cinsel amaçla iş yerinde tutmak suretiyle hürriyetini kısıtladığı, mağdurenin mümeyyiz olsa dahi, yaşı itibarıyla rızasının hukuken geçerli olmadığı, sanığın eyleminin TCK’nın 109/1-3 f-5. Maddesinde düzenlenen suçu oluşturduğu anlaşıldığı halde anılan madde ile cezalandırılması yerine yazılı gerekçelerle beraatına karar verilmesi...” Y. 14. CD., 09.05.2012, 2011/4216 2012/5292 (**Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3735, dipnot 1766). Yargıtay kararlarında kesin olarak 15 yaşını tamamlamış çocukların rızalarının işlenen fiili hukuka uygun hale getirdiği yönünde görüş kabul edilmiştir. Bakınız Y. 14. CD., 05.03.2013, 2012/13546-2013/2184; YCGK, 2007/5-253-2008/52 (**Yaşar/Gökçan/Artuç**, s. 3736, 3737).

²¹ Benzer yönde görüşler için bakınız **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 492; **Koca/Üzülmez**, s. 410; **Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 425; **Keskin Kızıroğlu**, s. 83. Ayrıca doktrinde **Ekici Şahin**’in yapmış olduğu açıklamalardan Yargıtay’ın cinsel suç düzenlemesinden hareket ederek buradaki kıstasları kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu açısından da uygulamasının yorum sınırlarını zorladığı, bunun kıyas yasağına aykırı olduğu, dolayısıyla somut olayda kişinin rıza gösterdiği fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığının değerlendirilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Bakınız **Ekici Şahin**, s. 136.

özellikleri incelenmelidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, somut olayın özelliklerinin göz önünde bulundurulmasına dair gerekliliktir. Dolayısıyla on dört yaşında bir çocuk, kendi isteği doğrultusunda bir arkadaşıyla herhangi bir yere gidebileceği gibi aynı zamanda o yerde kalabilir. Zira on dört yaşındaki çocuğun arkadaşının evine gidip gece 22'ye kadar ders çalışması²², arkadaşıyla başka bir şehirde geziye gitme, orada konaklama gibi hususlarda karar verebilme yeteneğinden söz edilebilirken aynı durumun yedi-sekiz yaşındaki çocuk açısından geçerli olduğundan bahsedilemeyebilir. Bununla birlikte yedi yaşındaki bir çocuğun da evinin önündeki parka çıkıp arkadaşlarıyla oynama konusunda karar verebilme yeteneğine sahip olduğu da rahatlıkla belirtilebilir. Dolayısıyla rıza yeteneği konusunda somut olayın özellikleri göz önünde bulundurulmalı, buna göre bir sonuca ulaşılmalıdır.

Kaldı ki bu sonuç, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında yer alan rızanın tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilmesi ihtimalinde de geçerlidir. Şayet bu rıza, bizim de kabul ettiğimiz gibi tipikliğe engel olan rıza olarak kabul edilecek olursa doğal irade yeteneği yeterli görüleceğinden rıza ehliyeti açısından sınırlar genişleyecek, on iki yaşını tamamlamış, on beş yaşını henüz tamamlamamış çocukların rızaları tereddütsüz kabul edilecek, hatta on iki yaşını doldurmamış çocukların dahi rızaları geçerli görülebilecektir. Bu çerçevede kişiyi hürriyetinden bırakma suçu bakımından rıza, ister Türk doktrininde hakim görüş tarafından kabul edildiği gibi hukuka

²² Örnek için bakınız **İzzet Özgenc**, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018, s. 372, dipnot 536; **Gülşen**, s. 601.

uygunluk nedeni olarak görülsün isterse Alman doktrininde hakim görüş tarafından benimsendiği üzere tipikliğe engel olan neden olarak telakki edilsin her halükarda on dört yaşındaki çocuğun arkadaşının evinde gece 22'ye kadar ders çalışması örneğinde durumdan haberdar olmayan ve endişelenen ailenin polise haber vermesi üzerine çocuğun arkadaşının ailesinin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan değil, ancak ailenin şikâyeti üzerine çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçundan sorumlulukları söz konusu olacaktır²³.

Bu tespitimize rağmen dikkat çekilmesi gereken en önemli husus, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna ilişkin rıza yeteneği konusunda bir değerlendirme yapılırken cinsel suçların ölçüt alınmasının yanlışlığıdır. Nitekim incelediğimiz kararda olduğu gibi Yargıtay kararlarında da çocukların cinsel istismarı suçu üzerinden bir yorum yapılarak, hem de kıyasa varacak şekilde geniş yorum yapılarak²⁴ on beş yaşından küçük çocukların başkasının yanında kalma konusunda rızaları geçersiz sayılmış, böylelikle bu çocukları rızaları olsa bile yanında bulunduran kişilerin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu işlemiş olacakları ifade edilmiştir. Halbuki yukarıda da vurguladığımız üzere rıza yeteneği, suçtan suça ve hatta kişiden kişiye değişebileceğinden Yargıtay kararlarındaki kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamındaki rızanın çocukların cinsel istismar suçu üzerinden belirlenmesi şeklindeki

²³ Keskin Kızıroğlu, s. 84.

²⁴ Yargıtay'ın bu şekildeki uygulamasına yönelik eleştiriler için bakınız Özgenç, s. 372, dipnot 536; Ekici Şahin, s. 136. Benzer durum, TCK md. 243/1 hükmünde yer alan çocuklar açısından "on altı yaş" sınırının bu suç tipi bakımından uygulanması noktasında da geçerlidir. Yargıtay'ın ilgili kararları ve bu kararlarla ilgili açıklamalar için bakınız Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 425.

değerlendirmeler²⁵ yerinde değildir²⁶. Esasen Yargıtay, bu şekildeki değerlendirme ve tespitlerini çocuğun evlenme amacıyla bulundurulduğunun anlaşıldığı hallerde cinsel amacın varlığından bahisle yapmakta ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun nitelikli halini uygulama yoluna gitmektedir. Yani çocuğun, bir yerde bulunurken hangi amaçla orada bulunduğunu dikkate alarak rızanın geçerli olup olmadığını değerlendirmektedir²⁷.

Halbuki bir suç bakımından amaç, ancak suç tanımında belirli bir amaç veya saikin arandığı hallerde gerekli görülebilir. Bunun dışında suçun oluşması için bu amacın varlığı gerekli görülmeyecektir. Bunun için en azından TCK md. 116 hükmünden düzenlenen konut dokunulmazlığının ihlali suçunun üçüncü fıkrasında olduğu gibi rıza açıklamasının meşru bir amaca yönelik olması gerektiği açıkça belirtilmelidir. Aksi takdirde gerek Türk doktrininde hakim görüş tarafından gerekse Yargıtay kararlarında çocuğun bir yerde bulunmaya yönelik rızasının amacın meşruiyetine göre bir değerlendirmeye tabi tutulması kanunilik ilkesine aykırı olacaktır. Şu hâlde suçun temel şeklinde olmayan ve fakat nitelikli halinde yer verilen bir amaç, suçun temel şeklinin oluşması için gerekli görülemez. Zira bu durumlarda amaç, suçun temel şekli için gerçekleşmesi gereken bir unsur olmayıp suçun nitelikli hali için gerekli

²⁵ Bakınız YCGK, E. 2007/5-253, K. 2008/52 T. 11.03.2008.

²⁶ Aynı yönde görüş için bakınız **Özgenç**, s. s. 372, dipnot 536; **Koca/Üzülmez**, s. 410; **Keskin Kızıroğlu**, s. 83, 84.

²⁷ Benzer görüş, **Özgenç ve Yaşar/Gökcan/Artuç** tarafından da ileri sürülmektedir. *Yazarlara göre amacın meşru olması durumunda 13 yaşında bir çocuk da rıza gösterebilir. Yani değerlendirmenin temel ölçütü, tamamen amaçtır. Bakınız Özgenç, s. 372, dipnot 536; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3737.*

kılınan bir unsurdur. Dolayısıyla kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şekli karşısında (TCK md. 109/1) cinsel amacın bulunması halinde cezanın artırılmasını öngören nitelikli hal (TCK md. 109/3) kapsamındaki cinsel amaç, suçun temel şeklinin oluştuğu tespiti yapıldıktan sonra sadece nitelikli hal bakımından gerekli görülebilir. Bu anlamda suçun temel şeklinin oluşup oluşmadığı yönündeki tespit, suçun nitelikli halinde yer alan amacın varlığına göre belirlenemez. Suçun nitelikli halinde yer alan amaç var olsa bile suçun temel şekli gerçekleşmediği sürece nitelikli halin işlendiğinden bahisle failin cezalandırılması yoluna gidilemez²⁸. İncelenen olayda suçun konusu olan on dört yaşındaki kız çocuğunun evlenmek amacıyla dahi olsa ailesiyle birlikte yaşadığı evi kendi isteğiyle terk etmesi ve sevdiği kişiyle birlikte yaşamaya başlaması bakımından kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun temel şeklinin işlenmiş olmasından bahsedilemeyeceğinden çocuğa karşı işlenmesinden (TCK md. 109/3-f) ve cinsel amaçla işlenmesinden (TCK md. 109/5) de söz edilemeyecektir. Dolayısıyla yerel mahkeme, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı ve Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun dahil olduğu birinci görüş yerinde değildir.

²⁸ *Yıldız*'a göre de kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda failde buna ilişkin bir amaç ya da saikin aranmasına kanunda yer verilmediğinden uygulamada da böyle bir unsurun aranması mümkün değildir (*Yıldız*, s. 240). Buna karşılık *Özgenç*, cinsel amacın bulunması durumunda kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçu bakımından çocuğun rızasının hiçbir şekilde muteber kabul edilmemesine, kişiyi hürriyetinden yoksun bırakma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki suçun nitelikli halini de (TCK md. 109/5) gerekçe olarak sunmuştur (*Özgenç*, s. 374, dipnot 536).

Olayda Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin de belirttiği gibi²⁹ çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu söz konusudur. Yani çocuğun irade özgürlüğünden ziyade ailenin velayet hakkı ihlal edilmiştir. Buradan da anlaşılmaktadır ki bazı hallerde çocuğun irade hürriyetiyle velayet hakkı çatışabilir. İşte bu durumlarda velayet hakkına üstünlük tanınmıştır. Ancak bu şekilde velayet hakkına üstünlük tanınmış olması da çocuğun iradesinin yok sayılması, kişi hürriyetinden yoksun kılma suçu kapsamında korunan hukuki değer açısından rıza yeteneğinin bulunmadığı anlamına gelmeyecektir. Sadece çocuğun rızası olsa dahi, rızasıyla başkasının yanında bulunsa dahi, ailenin durumdan haberdar olmadığı hallerde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu işlenmiş olacaktır. Olayda da tam olarak bu durumdan söz edilebilir.

Buna rağmen Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun işlendiği, hem de cinsel amaçla işlenmesi şeklindeki nitelikli hali uygulamasındaki en temel nedenlerden biri hiç kuşkusuz ki sanığın on dört yaşında bir kız çocuğuyla çocuğun rızası bulunsa dahi evlenme yönündeki amacıdır. Çocuk evliliklerinin önüne geçilmesi yönündeki çabalar ve çok daha önemlisi çocuğun cinsel amaçla

²⁹ Esasen Yargıtay 14. Ceza Dairesi'nin bu konudaki kararları isabetli şekilde hem aynı yönde olup böyle durumlarda çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun (TCK md. 234) işlendiği şeklindedir: “Kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan sanık A.K'nın yapılan yargılaması sonunda; atılı suçtan mahkumiyetine dair... Asliye Ceza Mahkemesinden verilen 24.02.2009 gün veEsas,Karar sayılı hükmün süresi içinde Yargıtayca incelenmesi sanık müdafî tarafından istenilmiş olduğundan dava evrakı Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığında tebliğname ile Daireye gönderilmekle incelenerek gereği düşünüldü: Mağdurenin cebir, tehdit veya hile kullanılmaksızın sanıkla gönüllü olarak birlikte kaçması, sanığın mağdureye yönelik hukuka aykırı herhangi bir eyleminin bulunmaması ve soruşturmanın mağdurenin babası müşteki M.A.'nin ihbarı üzerine başladığının anlaşılması karşısında kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun unsurları oluşmayıp eylemin TCK'nın 234/3. Maddesinde düzenlenen çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunu oluşturduğunun gözetilmemesi...” Y. 14. CD., 12.11.2013, 2011-15673/2013-11409 - **Koca/Üzülmöz**, s. 411, dipnot 297.

kişinin yanında bulunuyor olması, muhtemeldir ki Yargıtay'ın bu yönde bir karar vermesine neden olmuştur. Zira çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun üçüncü fıkrasında düzenlenen suç, şikâyete tabi olup veli ya da vasinin şikayetini geri almasıyla birlikte soruşturulabilir ve kovuşturulabilir olmaktan çıkmaktadır. Böylelikle çocuk evliliklerinin her durumda önüne geçilmesi sağlanamamaktadır. Zira on beş yaşını tamamlamış çocuklar bir tarafa on beş yaşını tamamlamamış çocukların dahi bir başka kimseyle resmi anlamda olmasa dahi cinsel birlikteliği de içerecek şekilde adeta evlilik ilişkisi yaşamalarına toplumun bir kısmı tarafından belirli koşullarda müsamaha gösterilmekte, bu da adeta çocuk gelinlerin ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bunun yanında 765 sayılı TCK'da yer alan “*Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar hapidir.*” şeklindeki madde 430/2 hükmüne benzer bir düzenlemenin mevcut kanunda bulunmaması da dikkate alındığında Yargıtay'ın bu açıklığı kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu ile kapatmaya çalıştığı görülmektedir. İşte bu nedenle çocuğun bir başkasıyla resmi nikah olmaksızın birliktelik oluşturması konusunda veli ya da vasiye sınırsız anlamda takdir yetkisi bırakmak istemeyen ve çocuk gelinlerin önüne geçmek isteyen Yargıtay, şikâyete tabi olmayan ve cezası da çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçuna nazaran oldukça yüksek olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı işlenmesi şeklindeki nitelikli hali uygulama yoluna gitmektedir.

Yargıtay'ın bu şekilde bir uygulama yoluna gitmesi, çocuk evliliklerin önüne geçme şeklindeki amacı itibariyle meşru görülebilirse

de kanuni düzenlemelere açık bir şekilde uygun değildir. Burada Yargıtay, kendisini kanun koyucu yerine koyarak adeta bir kural ihdas etme yoluna gitmektedir. Bu noktada amaca matuf bir çözümün getirilmesi, ancak kanuni düzenlemelerde bazı değişikliklerin yapılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu çerçevede ortaya çıkan sorun, 765 sayılı TCK'da yer alan “Eğer reşit olmayan kimse, cebir ve şiddet veya tehdit veya hile olmaksızın kendi rızası ile şehvet hissi veya evlenme maksadıyla kaçırılmış veya bir yerde alıkonulmuş ise ceza altı aydan üç seneye kadar haptir.” şeklindeki madde 430/2 hükmüne benzer şekilde özel bir düzenlemenin ihdas edilmesiyle giderilebilir³⁰. Buna göre reşit olmayanların kaçırılma ya da alıkonulma konusundaki rızaları kural olarak kabul edilmişse de failin şehvet hissini veya evlenme maksadını taşıması durumunda bu rızaları kabul edilmemiştir. Bu bakımdan mevcut TCK md. 234 hükmünün üçüncü fıkrasında yer alan hükmü takip edecek şekilde çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçunun cinsel amaçla işlenmesi şeklinde bir nitelikli hal eklenebilir ve bu düzenlemede şikâyet koşuluna da yer verilmeyebilir. Bu sayede kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel amaçlı olarak işlenmesi şeklindeki nitelikli halin uygulanmasına gerek kalmayacak, böylelikle hem velayet hakkına hem de çocuğun cinsel dokunulmazlığına yönelik bir koruma sağlanmış olacak, sorunun üstesinden gelinmiş olacaktır.

³⁰ Nitekim *Keskin Kızıroğlu*, TCK'daki yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeyi esas almış ve bu kapsamda bir sonuca ulaşmıştır. *Yazara* göre 12 yaşını doldurmuş olup henüz 15 yaşını doldurmamış bulunan çocukların rızaları bulunsa dahi bunu geçersiz kabul eden 765 sayılı TCK'nın 182. Maddesi hükmüne benzer bir hüküm bulunmadığından 15 yaşını doldurmamış bulunan çocuğun ayırt etme gücü varsa açıkladığı rızanın geçerli olacağını belirtmiştir. Bakınız *Keskin Kızıroğlu*, s. 83. Her ne kadar *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır* da yaş küçüklüğüne ilişkin düzenlemeyi esas almış olsalar da 15 yaşından küçük çocukların hürriyetleri bakımından algılama yeteneklerinin bulunmadığı kabulüyle hareket etmişlerdir. Bkz. *Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır*, s. 277.

KAYNAKÇA

Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 16. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

Arzt, Gunther/Weber, Ulrich/Heinrich, Bernd/Hilgendorf, Eric: Strafrecht Besonderer Teil, 2. Auflage, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld 2009.

Gropp, Walter: Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Springer 2015.

Gülşen, Recep: Çocuğun Kaçırılması ve Alıkonulması Suçu (TCK m. 234), Prof. Dr. Füsün Sokullu-Akıncı Armağanı, İÜHFİM, C. LXXI, S. 1, 2013, s. 589-607.

Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas: Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Duncker&Humblot, Berlin 1996.

Kindhauser, Urs: Strafgesetzbuch, Nomos Kommentar, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2010.

Kindhäuser, Urs: Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2015.

Kindhauser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden 2009.

Kızıroğlu, Serap Keskin: Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Kılma, Özel Ceza Hukuku III, Hürriyete, Şerefe, Özel Hayata, Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, On İki Levha, İstanbul 2018.

Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Adalet, Ankara 2017.

Krey, Volker/Esser, Krey: Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart 2012.

Maurach, Reinhart/Schroeder, Friedrich-Christian/Maiwald, Manfred: Strafrecht Besonderer Teil, Band 1, 10. Auflage, C. F. Müller, Heidelberg 2009.

Nuhoğlu, Ayşe: Aile Düzenine Karşı Suçlar, Beta, İstanbul 2009.

Önder, Ayhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1994.

Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Seçkin, Ankara 2017.

Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Seçkin, Ankara 2018.

Roxin, Claus: Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 4. Auflage, C. H. Beck, München 2006.

Schlehofer, Horst: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch: StGB, Band 1: §§ 1-37, 3. Auflage, C. H. Beck, 2017.

Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11. Bası, Yetkin, Ankara 2016.

Stratenwerth, Günter/Kuhlen, Lothar: Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2011.

Şahin, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2012.

Tezcan, Durmuş/ Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 13. Baskı, Seçkin, Ankara 2016.

Wessels, Johannes/Hettinger, Michael: Strafrecht Besonderer Teil, 33. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2009.

Yıldız, Ali Kemal: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

TERÖRDEN ve TERÖRLE MÜCADELEDEN DOĞAN TAZMİNAT SORUMLULUĞUNUN DAYANAĞI

*Dr. Öğr. Üyesi Müzeyyen EROĞLU DURKAL**

ÖZET

Ülkemizde terör eylemleri 1980'li yılların başlarından itibaren yoğunlaşmıştır. Olağanüstü Halin devam ettiği 1987 ila 2002 yılları arasında, insanların göç etmek zorunda kalmalarından, can ve mal kayıplarına kadar çok ciddi terör zararları meydana gelmiştir. Terörden kaynaklanan zararların tazmini amacıyla birtakım kanuni düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan birisi de 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun'dur. Günümüzde terör eylemleri Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerimiz ile sınırlı değildir, ülkemizin her yerinde görülmeye başlamıştır. PKK, FETÖ/PDY, DEAŞ gibi terör örgütlerinin faaliyetleri neticesinde toplumumuzda çok fazla can kaybı ve zarar meydana gelmekte-

* Dr. Öğr. Üyesi Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, meroglu@erciyes.edu.tr
Makale Geliş Tairhi: 14.03.2018
Makale Kabul Tarihi: 19.09.2018

dir. Bu sebeple, söz konusu terör zararlarının tazmini meselesi de günümüzde oldukça büyük önem arz etmektedir. FETÖ tarafından gerçekleştirilen darbe girişiminin ardından, 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile darbe teşebbüsü ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemler sebebiyle malul (gazi) olanlara veya hayatını kaybeden (şehit) sivillerin yakınlarına aylık bağlanması, nakdi tazminat ve ek tazminat ödenmesi, istihdam hakkı gibi birçok alanda getirilen düzenlemeler de Devletin bu zararların tazmini konusundaki hassasiyetini göstermektedir.

Çalışmanın amacı, terör eylemleri ve terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların tazmini konusunu mevzuat düzenlemeleri ve Danıştay kararları ışığında açıklamaya çalışmaktır. Bu konuda temelde iki farklı usul bulunmaktadır. Bunlardan ilki; maddi zararlar nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında zarar tespit komisyonlarına başvurmaktır. Kanunun amacı, terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin, maddi zararlarının yargı yoluna gitmelerine gerek kalmadan, idarece ve en kısa sürede sulh yoluyla karşılanmasıdır. Ancak bu usul, sadece maddi zararlar için geçerli olup manevi zararları kapsamamaktadır. İkinci Usul ise manevi zararlar ve idareyle sulhen çözümlenmeyen maddi zararlar için İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca idari yargı yerlerinde tam yargı davası açmaktır.

Anahtar Kelimeler: Terör, terör zararları, 5233 sayılı Kanun, tam yargı davası.

THE MATTER OF COMPENSATION OF DAMAGES CAUSED TERRORISM AND COUNTER TERRORISM

ABSTRACT

Since the beginning of 1980s our country has been the target of PKK's (Kurdistan Workers' Party) terrorism. Under state of emergency between the years of 1987 and 2002 terror damages causing forced migration and losses of life and property had occurred substantially. With the intent of compensation of damages caused terrorism several regulations had been made. One of those is The Law on Compensation of Damages Caused Terrorism and Counter Terrorism (the law no. 5233) entering in force on 27 July 2004. Nowadays terrorist actions don't remain limited with our Eastern and Southeastern Anatolia Regions, come into sight all over our country. In our society heavy losses of life and damages has occurred because of terrorist activities of terrorist organisations such as PKK, FETÖ/PDY (Gülenist Terror Organisation/Parallel State Organisation) or ISIL. Therefore the matter of compensation of damages being talked about has become more of an issue. After attempted coup by FETÖ, new regulations in the legislative decree no. 667 such as income replacement, allowance, additional consideration and right of employment to injured civilians and relatives of deceased civilians (martyrs) caused coup attempt and follow-up actions of this attempt have also demonstrated the sensibility of state about matter of compensation of these damages.

There are essentially two different procedures for compensation of damages caused terrorism and counter terrorism. The first of these is application to Commissions for Damage Determination because of pecuniary damages within the scope of the law no. 5233. Purview of this law is compensation of pecuniary damages caused terrorism and counter terrorism by the administration without the necessity of judicial remedy as soon as possible and amicably. However this procedure is applicable for only pecuniary damages, it doesn't involve intangible damages. The second procedure is taking a full remedy action for intangible damages and amicably unresolvable pecuniary damages according to related clauses of Administrative Procedure Law.

Key Words: Terror, terror damages, the law no.5233, full remedy action.

Giriş

Devlet, yüklendiği hizmetleri yerine getirirken bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu ya da kusursuz bir takım eylem ya da işlemler yoluyla kişilere zarar verebilmektedir. Günümüzde devlet faaliyetlerinin çok geniş bir alana yayılması, bu faaliyetlerde kullanılan teknolojinin gelişmesi, devlet teşkilatının büyüyüp daha karmaşık hale gelmesi, idari faaliyetler nedeniyle kişilerin zarara uğrama ihtimallerini de giderek arttırmaktadır. Hukuk devletinin gereklerinden olan idarenin sorumluluğu, idari faaliyetler nedeniyle maddi ve/veya manevi zarara uğrayan kişilerin, uğradıkları zararların idarece tazmin edilmesi anlamına gelmektedir. Bu bağlamda idarenin sorumluluğu; kusur sorumluluğu (hizmet kusuru) ve kusursuz sorumluluk olmak üzere iki nedene dayanmaktadır¹. Hizmet kusuru; idari hizmetin iyi kurulmamasından, idarenin teşkilatlanmasından ve bu teşkilatın çalışmalarının iyi ve doğru düzenlenememesinden veya idari hizmetin iyi ve gereği gibi yürütülmemesinden dolayı hizmetin hiç verilmemesi, geç ya da kötü verilmesi şeklinde tanımlanabilir². Hizmet kusurundan

¹ **Metin GÜNDAY**, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi, 2011, s. 369; **A.Şeref GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş 27.Bası*, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.285; **Turan YILDIRIM**, *İdari Yargı*, İstanbul, Beta Basım Yayın, 2008, s.253; **Ramazan ÇAĞLAYAN**, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Ankara, Asil Yayınevi, 2007, s.132-134.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Celal KARAVELİOĞLU**, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı, Ankara, 2001, s. 211; **Ragıp SARICA**: “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İHFM**, C: XV, S: 4, İstanbul, 1949, s. 867- 868; **Necdet ÖZDEMİR**, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*, Ankara, 1963; **Tevfik KARATAŞ**, *İdare Hukukunda, İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniyle Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2006; **Cüneyt OZANSOY**: *Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 266- 267; **A.Şeref GÖZÜBÜYÜK– Turgut TAN**, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 647; **Cengiz**

doğan zararların karşılanabilmesi için, idarenin kusurlu olduğunun kanıtlanması gerekir. Diğer taraftan idarenin faaliyetleri sebebiyle ortaya çıkan zararları, her zaman idarenin kusurlu davranışlarına dayandırmak mümkün değildir. İdarenin kimi faaliyetlerinde kusuru bulunmasa dahi, bu faaliyetlerin yerine getirilmesi sebebiyle kişiler zarara uğrayabilmektedir. Bu gibi hallerde söz konusu zararın idarenin kusuru olmasa da karşılanması yoluna gidilebilir. İdarenin bu tür sorumluluğu da kusursuz sorumluluk olarak adlandırılmaktadır³. İdarenin sorumluluğunda asıl olan sorumluluk türü, hizmet kusurudur. Kusursuz sorumluluk halleri ise ikincil niteliktedir. Bir başka ifadeyle idarenin sorumluluğunun tespitinde öncelikle hizmet kusuru şartlarının bulunup bulunmadığı incelenmekte, hizmet kusurunun bulunmadığı durumlarda kusursuz sorumluluk söz konusu olabilmektedir. Kusursuz sorumlulukta idarenin sorumluluğunun şartı, idarenin eylemi ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının bulunmasıdır.

Kusursuz sorumluluk ilkesinin uygulama alanının da giderek genişlediği görülmektedir. Bu genişlemenin sebeplerinden birisi de özellikle 1950'li yıllardan sonra artış gösteren savaş veya kitlesel hareketler sebebiyle meydana gelen zararların karşılanması amacıyla kabul edilen

DERDİMAN, *İdari Yargının Genel Esasları*, 2. Baskı, Aktüel Yayınları, Ankara, 2012, s. 203- 207; **Ramazan ÇAĞLAYAN**, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 630- 636; **Yıldızhan YAYLA**, *İdare Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2009, s. 361; **E.Ethem ATAY**, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 703.

³ **A.Şeref GÖZÜBÜYÜK– Turgut TAN**, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 665; **A.Şeref GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetmelik Yargı*, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s. 303-304; **Bahtiyar AKYILMAZ**, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004, s. 91; **DERDİMAN**, s. 211; **ÇAĞLAYAN**, *İdari Yargılama Hukuku*, s. 652- 654; **ÇAĞLAYAN**, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, s. 142- 151.

sosyal risk ilkesidir. Sosyal risk ilkesi Türkiye’de özellikle 1990’lı yıllarda gerek terör eylemleri gerekse terörle mücadelede kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu ortaya çıkan zararların tazmini istemiyle açılan davalarla daha çok gündeme gelmeye başlamıştır. Çünkü gerek terör eylemleri gerekse terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler ile kişilerin bu eylem ya da faaliyetler nedeniyle uğradıkları zararlar arasında illiyet bağının kurulması her zaman kolay olmamaktadır. Terör eylemlerinden dolayı maddi ve manevi zarara uğrayan kişiler, sadece toplumun bir parçası oldukları için böyle bir zararla karşı karşıya kalmaktadırlar. O halde kişilerin, sırf toplumun bir parçası olmaları nedeniyle karşı karşıya kaldıkları terör eylemlerinden doğan zararlarının karşılanmasında yalnız bırakılmayıp, bu zararın devlet tarafından karşılanması sosyal devletin gereğidir⁴. Bu anlayıştan yola çıkan Danıştay, tamamen içtihadi nitelikte olan sosyal risk ilkesinin gelişmesini sağlamıştır. İlke uyarınca; terör eylemleri toplum için sosyal bir risk oluşturduğu için terör eylemlerinden kaynaklanan zararlarda, zararlar devletin faaliyeti arasında uygun illiyet bağı kurulmasa bile devlet yine de bu zararlardan sorumlu olacaktır. Sosyal risk ilkesinin en dikkat çeken özelliği, idarenin sorumluluğu için aranan illiyet bağının, bu ilkenin uygulanmasında aranmamasıdır. Hatta Danıştay kararlarında, terör nedeniyle uğranılan zarar ile idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kurulabildiği hallerde, sosyal risk ilkesi değil,

⁴ Danıştay 10.D., 25.12.1997, E: 1996/9012, K: 1997/6164; Danıştay 10.D., 29.01.2007, E: 2004/7285, K: 2007/212; Danıştay 10.D., 21.04.2008, E: 2006/5024, K: 2008/2685 (**Kanunum Mevzuat ve İctihat Veri Tabanı**).

idarenin hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk ilkesi gereğince sorumlulu tutulmasına karar verilmektedir⁵.

Ülkemizde terör eylemlerinin yoğunlaştığı 1980’li yıllarda ve ardından Olağanüstü Halin devam ettiği 1987 ila 2002 yılları arasında, insanların göç etmek zorunda kalmalarından, can ve mal kayıplarına kadar çok ciddi anlamda terör zararları meydana gelmiştir. Terörden kaynaklanan zararların tazmini amacıyla birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Bunlardan biri de 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun’dur. Günümüzde terör eylemleri Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgelerimiz ile sınırlı değildir, ülkemizin her yerinde görülmeye başlamıştır. PKK, FETÖ/PDY, DEAŞ gibi terör örgütlerinin faaliyetleri neticesinde toplumumuzda çok fazla can kaybı ve zarar meydana gelmektedir. Bu sebeple, söz konusu terör zararlarının tazmini meselesi de günümüzde oldukça büyük önem arz etmektedir.

FETÖ tarafından gerçekleştirilen darbe girişiminin ardından, 667 Sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile darbe teşebbüsü ile bu eylemin devamı niteliğindeki eylemler sebebiyle malul (gazi) olanlara veya hayatını kaybeden (şehit) sivillerin yakınlarına aylık bağlanması, nakdi tazminat ve ek tazminat ödenmesi, istihdam hakkı gibi birçok alanda getirilen

⁵ “Zarar ile idari eylem arasında nedensellik bağının kurulabildiği hallerde sosyal risk ilkesinin uygulanmasına olanak bulunmadığından, idare hukuku kuralları çerçevesinde öncelikle hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkesine göre zararın tazmin edilip edilemeyeceğinin belirlenmesi gerekmektedir.” Danıştay 10.D., 18.09.2007, E: 2005/4493, K: 2007/4199, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

düzenlemeler de Devletin bu zararların tazmini konusundaki hassasiyetini göstermektedir.

Terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan kişilerin, zararlarının tazmininde temelde iki farklı usul bulunmaktadır. Bunlardan ilki; maddi zararlar nedeniyle 5233 sayılı Kanun kapsamında zarar tespit komisyonlarına başvurarak zararlarının sulhen karşılanmasını talep etmektir. İkinci Usul ise uğranılan zararların tazmini için İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK)'nun 12. ve 13. maddeleri uyarınca idari yargı yerlerinde tam yargı davası açmaktır.

I. TERÖR FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARDA SORUMLULUK

Toplumun içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik koşulların ortaya çıkardığı toplumsal hareketleri ya da terör eylemlerini önleme sorumluluğu devlete aittir. Devletin önlemekle yükümlü olduğu bu hareket ya da eylemleri önleyememesi ya da daha büyük zararlara yol açmamak için önlememesi sonucu, bu olaylarla ilgisi bulunmayan kişilerin zarara uğramaları söz konusu olmaktadır. Uğranılan bu zararların da kişiler üzerinde bırakılmayarak Devlet tarafından ödenmesi, hakkaniyet ve adalet gereği görülmüştür⁶.

⁶ **Bahtiyar AKYILMAZ- Murat SEZGİNER**, İdare Hukuku Dersleri, Konya 2001, s.74; **A.Ülkü AZRAK**, “İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İÜHF Yayın No 622,

5233 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler sonucu zarara uğrayan kişilerin zararları hizmet kusuru ya da kusursuz sorumluluk esaslarına göre tazmin edilmekteydi. Bu uygulamaya halen de devam edilmektedir. Bir başka ifadeyle Danıştay, terör nedeniyle uğranılan zararların tazmininde, idarenin faaliyeti ile uğranılan zarar arasında illiyet bağının kurulabildiği hallerde önce hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemekte, hizmet kusuru yoksa zararın kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca tazmininin mümkün olup olmadığını araştırmaktadır.

Danıştay içtihatları incelendiğinde; Türk hukukunda, terör eylemlerinden doğan zararlar bakımından sosyal risk ilkesinin kabul edilmesi, 1990'lı yıllardan itibaren başlamıştır. 1990 öncesi Danıştay kararlarında, idarenin terör eylemleri nedeniyle sorumluluğu genel olarak hizmet kusuruna dayandırılmış olup, idarenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zararlar idarenin faaliyeti arasında illiyet bağı bulunması gerektiğine, oysa terörist faaliyetler sonucu meydana gelen olaylarda idarenin faaliyeti ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı olmadığından idarenin kusursuz sorumluluğunun da söz konusu olmayacağına hükmedilmiştir⁷.

Danıştay, 1990'lı yıllardan itibaren özellikle terör eylemlerinden ya da terörle mücadeleden kaynaklanan zararlarda, uğranılan za-

1979, s. 138; **Serdar ÖZGÜLDÜR**, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s. 90.

⁷ Danıştay 12.D., 10.02.1981, E: 1979/1567, K: 1981/203, Nakleden: **Kemal GÖZLER**, İdare Hukuku, C: 2, Ekin Kitabevi, Bursa, 2003, s. 1125-1126.

rarla idarenin faaliyeti arasında illiyet bağının kurulması güç olduğundan, içtihatlarıyla sosyal risk adı verilen ilkeyi geliştirmiştir⁸. Böylece devletin faaliyetleriyle, ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağının kurulmadığı durumlarda sosyal risk ilkesi gereği devletin sorumluluğu cihetine gidilmesi hem yargı kararlarında⁹ hem de doktrinde¹⁰ yerleşmiştir.

Danıştay'ın sosyal risk ilkesini benimseyen içtihadını eleştiren yazarlara göre; sosyal risk ilkesinin uygulanmasında illiyet bağının aranmaması genel sorumluluk hukuku ilkelerine aykırıdır¹¹. Bu yazarlardan Gözler'e göre de terörist saldırılardan doğan zararlardan dolayı devletin sorumluluğu ancak kusurlu sorumluluk esaslarına göre mümkündür. Terörist saldırılardan zarar gören kişilerin zararlarının, devlet tarafından idareye atfedilebilir bir kusur olmasa bile tazmin edilmesi isteniyorsa, bu Danıştay içtihadıyla değil ancak kanuni düzenlemeyle yapılabilir¹². 5233 sayılı Kanun da yazarımızın bahsettiği ka-

⁸ Danıştay 10.D., 10.12.2002, E: 2001/1254, K: 2002/4679, **Akip Açıklamalı Kanun ve İchtihat Programı**; Danıştay 10.D., 14.01.2004, E: 2002/366, K: 2004/162, (Erişim) <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 04.01.2007; Danıştay İDDK, 14.04.2005, E: 2003/57, K: 2005/237, **Akip Açıklamalı Kanun ve İchtihat Programı**,

⁹ Danıştay 10.D., 29.01.2007, E: 2004/7285, K: 2007/212, **Meşe İchtihat ve Mevzuat Bankası CD.si**.

¹⁰ **AZRAK**, s.135-145; **A. Şeref GÖZÜBÜYÜK**, "Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu", *Ankara Üniversitesi SBFD*, 50/3-4, 1995, s.193-200; **Bahtiyar AKYILMAZ**, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1-2, 2005, s.185-211; **Ramazan ÇAĞLAYAN**, "Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi", *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2009, s.469-492; **Mustafa KÖKSAL**, "Yasal Düzenlemeler ve İchtihatlar Işığında Terör Zararlarının İdarece Karşılanması Sorunu", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 1/3, Ankara, 2010, s.367.

¹¹ **GÖZLER**, s.1130-1136; **AKYILMAZ**, "Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı", s.189-192.

¹² **GÖZLER**, s.1136-1137.

nuni düzenlemelerden biridir. Danıştay içtihatlarında, Kanun'un yargısal ve bilimsel içtihatlarla kabul edilen sosyal risk ilkesinin yasalaşmış hali olduğu ve uygulama alanının sadece sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini mümkün olan uyuşmazlıklarla sınırlı olduğu vurgulanmaktadır¹³.

II. TERÖR FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARIN 5233 SAYILI KANUN ÇERÇEVESİNDE TAZMİNİ USULÜ

Türkiye, 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ni (AİHS) imzalamış, sözleşme 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Türkiye tarafından 18 Mayıs 1954 tarihinde onaylanmıştır. Böylece ülkemiz, sözleşme hükümlerine uyma yükümlülüğü altına girmiştir. Söz konusu sözleşme hükümlerinin yine sözleşmeye taraf olan devletlerce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kurulmuştur.

AİHS ile getirilen düzenleme uyarınca, sözleşmecî devletlerin sözleşme ile güvence altına alınan bir hak ya da özgürlüğü ihlal etmesi durumunda, mağdur olan kişi, ihlali yapan devleti AİHM'ye şikâyet edebilecektir. Bireysel başvuru da denilen bu hakkın ülkemiz tarafından tanınması 1987 yılında olmuştur. Sözleşmenin 35. maddesi uyarınca, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve kesin karardan itibaren altı aylık süre içinde Mahkeme'ye başvurulabilecektir. İç hukuk yollarının

¹³ Danıştay 15.D., 01.12.2015, E: 2012/8455, K: 2015/8287; Danıştay 15.D., 24.12.2015, E: 2015/8573, K: 2015/9226; Danıştay 15.D., 24.03.2016, E: 2016/1562, K: 2016/2016; Danıştay 15.D., 25.04.2016, E: 2015/7030, K: 2016/2829; Danıştay 15.D., 13.03.2018, E: 2015/7361, K: 2018/2545 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**).

tüketilmesi kuralı, AİHM nezdinde Türkiye açısından önemli sorun olmuştur. Nitekim terör faaliyetleri nedeniyle uğranılan zararlar konusunda AİHM, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralını Türkiye açısından uygulamayarak, davalara bakmaya başlamıştır. Gerekçe olarak da durumu çözmeye yeterli olan ve iddia edilen ihlallerin telafisini sağlayabilecek etkin ve uygun iç hukuk yollarının bulunmadığını ifade etmiştir¹⁴.

Gerek günümüzde gerekse geçmişte terör, devletlerin karşı karşıya kaldıkları önemli bir sorun olmuştur. Ülkemizde de özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgelerinde yoğunlaşan terör olayları nedeniyle hem devletimiz hem de vatandaşlarımız zarar görmektedir. Terör olaylarından dolayı zarara uğrayan kişiler, 1993 yılından bu yana AİHM’de Türkiye aleyhine dava açmaktadırlar. Bu davalarda iç hukuk yolları tüketilmemiş ve Türkiye bu davalardan, AİHM tarafından cevap verilmek üzere dava dilekçesinin tebliği üzerine haberdar olmuştur. Bunun üzerine iç hukuk yollarının tüketilmediği def’inde bulunmuş fakat bu def’iler reddedilmiştir. Bu ret kararlarına emsal teşkil eden Akdivar- Türkiye davasında Mahkeme, uygun ve etkili olmayan iç başvuru yollarının tüketilmesinin zorunlu olmadığını, uluslararası hukukun genellikle kabul edilen ilkeleri gereği bazı özel durumların varlığı halinde, şikâyetçinin iç başvuru yollarını tüketmeden doğrudan başvuru yapabileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bir şikâyetçiyi iç hukuk yollarına başvurmaktan haklı olarak alıkoyabilecek nedenlerden biri olarak, ulusal makamların, devlet görevlilerinin yanlış muamele yaptıkları ya da zarar verdikleri yönündeki

¹⁴ İlgili kararın tam metni için: Karakullukçu- Türkiye Davası, 22.11.2005, Başvuru No: 49275/99, Erişim: <http://www.inhak.adalet.gov.tr/ara/karar/karakullukcu2005.pdf>, 16.08.2010.

ciddi iddialara karşı tamamen pasif kalmalarını, örneğin soruşturma açmalarını ya da yardım önermemelerini göstermiştir¹⁵.

Ülkemizde yaşanan terör olayları nedeniyle birçok kişinin zarara uğraması, AİHM’de Türkiye aleyhine açılan dava sayısını arttırmıştır. Açılan bu davalarda iç başvuru yollarının tüketilmesi zorunluluğunun aranmaması, Türkiye aleyhine hükmedilecek çok yüklü tazminatları da gündeme getirmiştir. Bu sakıncaları gören kanun koyucu, terör ve terörle mücadeleden doğan maddi zararların yargı yoluna gitmeden, idarece ve sulh yoluyla karşılanmasını sağlamak ve sadece bu yolla sonuç alamayanların AİHM’ye gitmesini sağlamak üzere 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun’u kabul etmiştir¹⁶.

Kanunun amacı; terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler neticesinde maddi zarara uğrayan gerçek kişiler, özel hukuk tüzel kişileri ile kamu görevlilerinin zararlarının, yargı yoluna gitmeye gerek kalmaksızın, idarece en kısa sürede ve tam olarak karşılanmasını sağlamaktır.

¹⁵ Feyyaz GÖLCÜKLÜ– A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2002, s.63-79.

¹⁶ 27.07.2004 tarih ve 25535 sayılı Resmî Gazete.

Kanun'un uygulanmasına yönelik olarak "Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik" çıkarılmış ve yönetmelik de 20.10.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁷.

A. Kanun Kapsamına Giren Zararlar

Kanun kapsamında terör nedeniyle uğranılan maddi zararlar bulunmakta olup manevi zararlar Kanun'un kapsamı dışında bırakılmıştır. Kanun kapsamına giren maddi zararlar Kanununun 7. maddesinde sayılmıştır. Madde hükmüne göre; hayvanlara, ağaçlara, ürünlere ve diğer taşınır ve taşınmazlara verilen her türlü zararlar ile yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde uğranılan zararlar ve tedavi ve cenaze giderleri¹⁸ ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararlar¹⁹ kanun kapsamında tazmin edilmektedir.

¹⁷ 20.10.2004 tarih ve 25619 sayılı Resmî Gazete.

¹⁸ "Bu durumda, davacıların miras bırakanının, terör örgütünün kamp, sığınak, konaklama ve buluşma noktalarının tespiti amacıyla, güvenlik kuvvetlerine yardım ettiği sırada hayatını kaybettiği, ölüm olayının, 'terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle' meydana geldiği ve ölüm olayı ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet arasında illiyet bağının bulunduğu sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, ölüm olayının, 'terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle' meydana geldiği dikkate alınarak..." Danıştay 15.D., 12.09.2012, E: 2011/9965, K: 2012/5281, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

¹⁹ Danıştay 15.D., 19.11.2015, E: 2012/11929, K: 2015/7826; "5233 sayılı Kanun kapsamında mal varlığına ulaşamamadan kaynaklı tazminat taleplerinde yerleşim yerlerinin tamamen boşaltıldığı/boşaldığı hususuna ilişkin belirleme yapılırken, yerleşim yerinin nüfus verileri, seçim yapılıp yapılmadığı, sandık kurulu oluşturulup oluşturulmadığı, varsa okulunun kapalı olup olmadığı, din görevlisi bulunup bulunmadığı, adli veya askeri mercilere intikal eden olaylar olup olmadığı, yerleşim yerinin boşaltılan/boşalan yerler listelerinde bulunup bulunmadığı gibi hususlar, yerleşim alanının boş olup olmadığının tespitinde baz alınan kıstaslar-

Terör eylemleri nedeniyle kişilerin uğradıkları zararların kanun kapsamında karşılanabilmesi için, öncelikle uğranılan zararın terör eylemi ya da terörle mücadeleden doğan bir zarar olduğunun tartışmasız bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir²⁰. Çok sık kullanılan bir kavram olmasına rağmen terörün ya da terör eyleminin yerleşmiş bir tanımı bulunmamaktadır. Terör eylemini genel olarak; siyasi bir amacı gerçekleştirmek için olaylarla ilgisi olmayan kişilere, sürekli ve sistematik olarak cebir ve şiddet kullanılması veya cebir ve şiddet kullanılacağına dair güncel tehdit uygulamak suretiyle toplumun bütününe ya da bir bölümünü korkutmak, sindirmek, yıldırma biçiminde gerçekleştirilen ve suç teşkil eden eylemler olarak tanımlamak mümkündür²¹. 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1. maddesinde de terör "*Cebir ve şiddet kullanılarak; baskı, korkutma, yıldırma, sindirme veya tehdit yöntemlerinden biriyle, Anayasada belirtilen Cumhuriyetin niteliklerini, siyasî, hukukî, sosyal, laik, ekonomik düzeni değiştirmek, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetin varlığını tehlikeye düşürmek, Devlet otoritesini zaafa uğratmak veya yıkmak veya ele geçirmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin iç ve dış güvenliğini, kamu düzenini veya genel sağlığı bozmak amacıyla bir örgü-*

dan bazılarıdır." Danıştay 15.D., 18.01.2016, E: 2015/8049, K: 2016/25 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**).

²⁰ Danıştay 15.D., 25.04.2016, E: 2015/7030, K: 2016/2829, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

²¹ **Doğu ERGİL**, Türkiye'de Terör ve Şiddet, Turhan Kitabevi, Ankara, 1980, s.1; **İlhan AK-BULUT**, "Terör ve Tasnifleri", *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 65, S: 399, Haziran 1993, s.47-48; **Ruşen KELEŞ- Artun ÜNSAL**, Kent ve Siyasal Şiddet, Ankara, 1982, s. 3; **Atahan Birol KARTAL**, "Uluslararası Terörizmin Değişen Yapısı ve Terör Örgütlerinin Sosyal Medyayı Kullanması: Suriye'de DAESH ve YPG Örneği", *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Yıl: 14, S: 27, Nisan 2018, s. 47.

te mensup kişi veya kişiler tarafından girilecek her türlü suç teşkil eden eylemlerdir.” şeklinde tanımlanmıştır.

Uğranılan zararın terör eylemi ya da terörle mücadele kapsamında uğranılan bir zarar olup olmadığına her somut olayın özellikleri göz önüne alınarak karar verilecektir. Nitekim Danıştay 1998 yılında verdiği bir kararda, E Tipi Cezaevi İnfaz Koruma Başmemuru olarak görev yapmakta iken evinden işe gitmek üzere çıktığı sırada uğradığı silahlı saldırı sonucu yaşamını yitiren kişinin yakınları tarafından açılan davada, davacılar murisinin terör eylemi sonucu öldürüldüğünün kesin olmaması nedeniyle davanın reddine karar veren idare mahkemesi kararını onamıştır²².

Kanun, terör eylemi veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarara uğrayan herkesin maddi zararlarını karşılamaya yönelik çıkarılmış olduğundan, kanundan yararlanmak için T.C. vatandaşı olmak şartı aranmayacaktır. Geçici 1. madde hükmü gereği zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri, Geçici 2. madde hükmü gereği de zarar gören kamu görevlileri kanun kapsamındadır. Terör eylemleri veya terörle mücadelede kapsamında yürütülen faaliyetler neticesi ölüm olayı meydana gelmişse, tazminat talebinde bulunma hakkı ölenin mirasçılarına aittir²³. Ancak Kanun’da kamu tüzel kişilerinin mad-

²² Danıştay 10.D., 26.03.1998, E: 1996/3720, K: 1998/1301, **Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı.**

²³ Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansısı Hakkında Yönetmelik 21/3. madde.

di zararlarının tazmini hususu düzenlenmediğinden kamu tüzel kişilerinin uğradığı zararlar kapsam dışı bırakılmıştır²⁴.

Kanunun kapsamına kural olarak, yürürlüğe girdiği tarih olan 27.07.2004 tarihinden sonra meydana gelen zararlar girmektedir. Kural bu olmakla birlikte Kanunun Geçici 1 ve Geçici 2. maddelerinde 19.07.1987 tarihinden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar kanun kapsamında uğranılan zararların da Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde ilgili valiliklere başvurulması halinde karşılanacağı hükme bağlanmıştır.

Kanun kapsamına giren zararların niteliğine bakıldığında ise, sadece maddi zararların kanun kapsamına alındığı görülmektedir. Maddi zarar, kişinin malvarlığında isteği dışında meydana gelen ve parayla ölçülebilen zararlardır. Bu zarar malvarlığının aktif değerindeki azalma olabileceği gibi pasif değerlerindeki artış veya malvarlığında meydana gelmesi muhtemel bir çoğalmanın önlenmesi sonucunu doğuran her durumda ortaya çıkabilir. Malvarlığındaki eksilmenin tespiti için, zarar verici davranıştan sonra meydana gelen durum ile bu davranış

²⁴ “Yukarıda anılan Kanun hükümlerinin değerlendirilmesinden 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılansması Hakkında Kanun'un gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanması hakkındaki esas ve usullere ilişkin hükümleri kapsadığı, kamu hukuku tüzel kişilerinin ise anılan Kanun kapsamı dışında bırakıldığı açık olduğundan, kamu tüzel kişisi olan davacı köy tüzel kişiliğinin 5233 sayılı Kanun kapsamında zararlarının karşılanmasının mümkün olmadığı anlaşıldığından, başvuru konusu taşınmazların köy tüzel kişiliğine tahsisli olduğu gerekçesiyle reddedilmesine ilişkin işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı sonucuna varılmıştır.” Danıştay 15.D., 21.11.2012, E: 2011/6719, K: 2012/11433, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

yapılmasaydı gerçekleşecek olan durum karşılaştırılır. Malvarlığının her iki durumu arasındaki fark maddi zarar olarak kabul edilir²⁵.

B. Kanunun Kapsam Dışı Bıraktığı Zararlar

Kanunun 2/2. maddesinde kapsam dışında bırakılan zararlar sayılmıştır. Bunlar:

- Devletçe arazi veya konut tahsisi suretiyle yahut başka bir şekilde karşılanan zararlar,
- Bir mahkeme kararı gereğince veya 4353 sayılı Maliye Vekaleti Baş Hukuk Müşavirliğinin ve Muhakemat Umum Müdürlüğünün Vazifelerine, Devlet Davalarının Takibi Usullerine ve Merkez ve Vilayetler Kadrolarında Bazı Değişiklikler Yapılmasına Dair Kanun'un 30 ve 31. maddeleri gereğince karşılanan zararlar,
- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin veya ek protokollerin ihlal edildiği gerekçesiyle Sözleşmenin 41. maddesine göre hükmedilen ve sözleşme hükümleri uyarınca dostane çözüm yoluyla uzlaşılın tazminatın ödenmesi sonucu karşılanan zararlar,
- Terör dışındaki ekonomik ve sosyal sebeplerle uğranılan zararlar ile güvenlik kaygıları dışında kendi istekleriyle buldukları yerleri terk edenlerin bu sebeple uğradıkları zararlar²⁶,

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdem BÜYÜKSAGIŞ**, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007; **Mustafa Reşit KARAHASAN**, *Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1995, s.80; **Henri DESCHENAUX- PierreTERCIER**, *Sorumluluk Hukuku*, Çeviren: Salim ÖZDEMİR, Ankara, 1983, s. 20; **Fikret EREN**, *Borçlar Hukuku*, Genel Hükümler, C: 2, 5. Bası, İstanbul, 1994, s. 73; **GÖZLER**, s. 1190; **GÖZÜBÜYÜK- TAN**, s. 719- 721.

- Kişilerin kendi kasıtları sonucu oluşan zararlar²⁷,
- 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun 1, 3 ve 4. maddeleri kapsamındaki suçlar ile terör olaylarında yardım ve yataklık suçlarından mahkûm olanların bu fiillerinden dolayı uğradığı zararlardır²⁸.

Kanunda belirtilen suçlardan dolayı haklarında ceza kovuşturması açılan kişiler hakkında, kovuşturma sonuçlanana kadar Kanuna göre iş-

²⁶ “Sadece geçici köy korucularının yaşadığı köyün, güvenli bir yerleşim yeri olduğundan bahsedilemeyeceği, ayrıca gönüllülük esasına dayanan geçici köy koruculuğunun bütün köy halkı tarafından kabul edilmesinin beklenilemeyeceği, dolayısıyla güvenlik kaygısı nedeniyle köyü terk eden davacının 5233 sayılı Yasa kapsamında uğradığı bir zararı olup olmadığının tespiti ve saptanan zararının tazmini gerekirken, başvurusunun reddedilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmiştir.” Danıştay 10.D., 30.12.2008, E: 2008/7348, K: 2008/9583, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>, 05.07.2010; Danıştay 10.D., 25.09.2009, E: 2009/1923, K: 2009/5208 (**Berkan AYTURAN**, “5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Yıl:5, S:19, s. 669).

²⁷ “...davacılar murisinin Hizbullah Terör Örgütü üyeleri tarafından iç hesaplaşma nedeniyle öldürüldüğü, kendi kası ve kusuru sonucu oluşan zararın 5233 sayılı Kanun hükümleri uyarınca tazmininin mümkün olmadığı...” Danıştay 15.D., 16.11.2015, E: 2015/7292, K: 2015/7666, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

²⁸ Danıştay 10.D., 03.12.1997, E: 1996/1322, K: 1997/5728, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.06.2010; Danıştay 10.D., 29.05.2009, E: 2009/3970, K: 2009/5295 (**AYTURAN**, s. 669); “...terör örgütüne yardım ve yataklık etmek suçundan Diyarbakır 1. Nolu Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde yargılanan davacının, banılan Mahkemenin 17.03.199 tarih ve E:1998/304, K:1999/44 sayılı kararı ile 'sanığın üzerine atılı suçu yasa dışı terör örgütünün korku ve baskısı sonucunda işlediğinin anlaşıldığı, suçun manevi unsurunun oluşmadığı' gerekçesiyle beraatine karar verildiği ve bu kararın da temyiz edilmeyerek kesinleştiği; dolayısıyla 5233 sayılı Kanunun zararları karşılanamayacak durumlar için aradığı 'kasıt' unsurunun davacı açısından olayda gerçekleşmediği; davacının terör örgütüne yardım ve yataklık etmek suçundan 'beraat' ettiği de dikkate alındığında; davacının evindeki zararın, 'terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle' meydana geldiği sonucuna varıldığından; davalı idare tarafından, davacının uğradığı ileri sürdüğü zararın, 'terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyet nedeniyle' meydana geldiği dikkate alınarak, uğranılan zararın tespit edilmesi ve bu zararın 5233 sayılı Kanun kapsamında tazminine karar verilmesi gerekirken...” Danıştay 15.D., 12.09.2012, E: 2011/9635, K: 2012/5277, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

lem yapılmayarak ceza kovuşturmasının sonucunda verilecek karar beklenenecektir.

Terör eylemleri nedeniyle güvenlik kaygısı duyan ve bu nedenle buldukları yerleri terk edenlerin malvarlıklarına ulaşamamaları nedeniyle uğradıkları zararların da bu kanun kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Danıştay da terör olayları nedeniyle terk etmek zorunda kaldıkları ve güvenliğin sağlanamaması nedeniyle geri dönemedikleri köylerindeki malvarlıklarından yararlanamamaları ve malvarlıklarının kısmen zarara uğraması nedeniyle açılan davada, kişilerin uğradıkları maddi zararların sosyal risk ilkesi uyarınca tazmin edilmesine hükmetmiştir²⁹. Oysa Kanunun 7/3. maddesinde terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin mal varlıklarına ulaşamamalarından kaynaklanan maddi zararlar kanun kapsamında sayılmıştır. Kanaatimizce burada bir eksiklik bulunmaktadır. Madde metninde terör eylemleri nedeniyle ifadesinin de bulunması gerekmektedir.

Kanunun kapsam dışı bıraktığı zararlardan biri de manevi zararlardır. Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde, şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Şahıs varlığı bir kişinin sahip olduğu hukukça korunan kişilik değerlerinin tümüdür. Hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi değerler kişilik değerlerini dolayısıyla da kişilik haklarını oluşturur³⁰. Kişiler, terör eylemleri nedeniyle sadece

²⁹ Danıştay 10.D., E: 1999/2162, K: 2000/5120, 11.10.2000, **Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı**.

³⁰ **GÖZLER**, s. 1192- 1193; **EREN**, s. 49- 50.

maddi değil manevi zarara da uğramaktadırlar. Hatta pek çok olayda, kişinin çektiği acı ve ıstırap maddi zararların da üstüne çıkmaktadır.

C. Tazmin Usulü

1. Zararın Tazmini İçin Yapılan Başvurunun Niteliği, Süresi ve Usulü

Kanun kapsamında tazmin edilecek zararlar çoğunlukla idari eylemlerden kaynaklansa da sokağa çıkma yasağının uygulanması sonucu malvarlığına erişememe nedeniyle idari bir işlemin uygulanmasından da kaynaklanabilir.

İdari işlemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini genel olarak İYUK 12. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenleme uyarınca: *“İlgililer haklarını ihlal eden bir idari işlem dolayısıyla Danıştaya ve idare ve vergi mahkemelerine doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine, bu husustaki kararın veya kanun yollarına başvurulması halinde verilecek kararın tebliği veya bir işlemin icrası sebebiyle doğan zararlardan dolayı icra tarihinden itibaren dava süresi içinde tam yargı davası açabilirler. Bu halde de ilgililerin 11 nci madde uyarınca idareye başvurma hakları saklıdır”* Terör nedeniyle uğranılan zarar idarenin işlemi nedeniyle ortaya çıkmışsa, işlemin tebliği ya da icra tarihinden itibaren işlemeye başlayan dava açma süresi içinde, ilgilinin zararın sulhen tazmini için 5233 sayılı Kanun kapsamında başvuruda bulunması, Kanun’un 6. maddesi gereği, nihai işlemin sonucu

başvuruda bulunana tebliğ edilene kadar dava açma sürelerini durdurmaktadır. İdari işlemin uygulanması sonucu doğan maddi zararların tazmini istemiyle yapılan başvurular, öncesinde idarece tesis edilen bir işleme dayandığı için idari itiraz olarak kabul edilecektir³¹. Ancak zarar, idari işlemde kaynaklandığı için zararın tazmini için idareye başvurulması isteğe bağlı olacak bir başka ifadeyle bu durumda yapılan başvuru, ihtiyari idari başvuru kabul edilecektir. Bu durumda ilgili ister zararın tazmini için dava açma süresi içinde Kanun kapsamında zarar tespit komisyonlarına başvurabilecek isterse işlemde doğan zararın tazmini için doğrudan dava açabilecektir³².

İdari eylem nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılacak tam yargı davalarında; İYUK 13. maddesi uyarınca, dava açmadan önce zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurulması ve başvuru sonucu idarenin vereceği açık ret cevabı ya da idarenin altmış gün sessiz kalması sonucu ortaya çıkacak zımni ret kararı üzerine dava açılması gerekmektedir. İdareye yapılan bu başvuruya ön karar başvurusu denilmekte olup bu başvuru, tam yargı davasının koşulunu oluşturmaktadır. Bu bağlamda terör eylemleri nedeniyle uğranılan maddi zararların tazmini için 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılacak başvurular da ön karar başvurusu olarak kabul edilecektir. Terör nedeniyle uğranılan maddi zararlar konusunda her ne kadar Danıştay'ın aksi yönde kararları bulunsa

³¹ **Burak ÖZTÜRK**, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 18-19; **Dilşad Çiğdem SEVER**, "Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 133, 2017, s. 184- 185.

³² **SEVER**, s. 185-186.

da³³ 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılacak başvuruların zorunlu idari başvuru olmadığı kanaatindeyim. Zira Kanunun amacı bu tür zararların idare ile sulhen çözümünü sağlamaktır. Diğer taraftan 5233 sayılı Kanun kapsamında idareye başvuru için getirilen süreler, İYUK 13. maddesi kapsamında idari eylemden doğan zararların tazmini için idareye başvuru süresinden daha kısa olduğu için aksinin kabulü hak arama özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracaktır. Ön karar başvurusu yapılmadan doğrudan dava açılması, mahkemece idari merci tecavüzü nedeniyle dosyanın ilgili idari makama gönderilmesi sonucunu doğuracaktır³⁴.

Kanunun 6. maddesine göre başvuru süresi; zarar konusu olayın öğrenilmesinden başlayarak altmış gün ve her halde zararın meydana geldiği tarihten itibaren 1 yıl olup, başvurular zararın gerçekleştiği ya da zarar konusu olayın meydana geldiği ilin valiliğine yapılacaktır³⁵. Yaralanma ve sakatlanma hallerinde, yaralının hastaneye kabulünden çıkışına kadar geçen süre, başvuru süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır. Komisyonlara yapılan başvuruların, başvuru tarihinden itibaren altı ay içinde tamamlanması gerekmektedir. Zorunlu hallerin bulunması durumunda bu süre vali tarafından 3 ay daha uzatılabilmektedir.

³³ “ 5233 sayılı Kanun kapsamında olan söz konusu ölüm olayı nedeniyle oluşan maddi zararın tazmini isteminin, genel hükümlere göre değil, 5233 sayılı Kanun hükümlerine göre sonuçlandırılması gerekmektedir. Buna göre, davacıların genel hükümlere göre maddi tazminat ödenmesini istemeleri de hukuken mümkün olmayıp, böyle bir başvuru yapılması halinde başvurunun 5233 sayılı Kanun hükümlerini uygulamakla görevli olan Zarar Tespit Komisyonlarına yönlendirilmesi gerekir.” Danıştay 15.D., 19.11.2015, E: 2012/5325, K: 2015/7807, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

³⁴ **ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN**, s. 185; **GÖZÜBÜYÜK**, *Yönetsel Yargı*, s. 413; **Celal ERKUT- Selçuk SOYBAY**, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2001, s. 297- 298.

³⁵ Tazminat Yönetmeliği 8/1. madde.

Yönetmeliğin 8. maddesinde, başvuru usulü ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hükme göre; elden yapılan başvurularda başvuru sahibine başvurusunun alındığına dair bir belge verilmektedir. Şayet başvuru ilgili valiliğe değil de diğer valilik ya da kaymakamlıklardan birine, dış temsilciliklerimize, diğer bakanlıklarla kamu kurum ve kuruluşlarına yapılmışsa, bu başvurular ilgili valiliğe gönderilecektir. Bu gibi durumlarda dilekçenin diğer mercilere ulaştığı tarih, başvuru tarihi olarak kabul edilmektedir. Altı aylık süre ise, dilekçenin ilgili valiliğe gönderildiği tarihte başlamaktadır.

Başvurularda; zarar görenin veya mirasçılarının adı, soyadı, ikametgâh adresi, zararın nevi, miktarı, gerçekleştiği yer, tarih ve gerçekleşme şekli başvuru dilekçesinde belirtilir. Yine zararın tespitine yarayacak bütün bilgi ve belgeler de komisyona sunulmak üzere başvuru dilekçesine eklenir. Başvuruda bulunan zarar görenin mirasçıları ya da yetkili temsilcisi ise başvuru sırasında veraset ilamı ya da noterden tasdikli vekâletnamenin de başvuru dilekçesine eklenmesi gerekir.

Kanunun Geçici 1 ve 2. maddelerinde ise olağanüstü hâl uygulamasının başladığı 19.07.1987 tarihinden Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar gerçek kişiler ile özel hukuk kişilerinin ve görevleri başında iken zarar gören kamu görevlilerinin, bu kanun kapsamına giren zararlarının tazmini için yaptıkları başvuruların, başvuru tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde sonuçlandırılacağı hükme bağlanmıştır. Bir yıllık başvuru süresi sona ermek üzereyken İçişleri Bakanlığı 21.07.2005 tarihinde yayımladığı 2005/77 sayılı Genelge ile Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 1 yıl içinde yapılacak bu başvuru süresini iki yıla çıkartan

değişiklik tasarının hazırlanarak Başbakanlığa sunulduğunu, ileride bir sorun yaşanmaması için bu hüküm kanunlaşınca kadar 5233 sayılı Kanunun Geçici 1 ve 2. maddeleri uyarınca yapılacak müracaatlarda süre şartının aranmamasını ancak değişiklik kanunlaşınca kadar bu müracaatlarla ilgili herhangi bir işlem yapılmamasını bildirmiştir³⁶. Daha sonra 16.12.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5562 sayılı Kanunla 5233 sayılı Kanuna Geçici 3. madde eklenmiş ve bu madde uyarınca, Geçici 1. madde gereğince yapılan başvuruların sonuçlandırılma süresi, maddelerde öngörülen sonuçlandırılma süresinin bitiminden itibaren bir yıl uzatılmıştır. Bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulu'na bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatma yetkisi verilmiştir. Daha sonra 30.05.2007 tarihinde çıkarılan 5666 sayılı Kanunla Geçici 1. maddeye göre yapılacak başvurular için süre 1 yıl daha uzatılmış ve bu maddeye göre yapılan başvuruların, başvuru tarihinden itibaren iki yıl içinde sonuçlandırılacağı hükmü getirilmiştir. 5562 sayılı Kanunda olduğu gibi bu sürenin de bitmesi ve başvuruların sonuçlandırılmamış olması halinde, Bakanlar Kurulu'na bu süreyi her defasında bir yılı aşmamak üzere uzatma yetkisi yinelenmiştir. 5233 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önce oluşan zararlarla ilgili başvuruların sonuçlandırılma süreleri ise 03.09.2009 tarih ve 27338 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2009/15347 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile 1 yıl daha uzatılmıştır.

³⁶ **Cemil KAYA**, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:3, No:10, 2007, s. 36.

2. Zarar Tespit Komisyonları

Kanun, 4. maddesiyle zarar tespit komisyonlarının kurulmasını hükme bağlamıştır. İl merkezlerinde ilgili valilikler bünyesinde kurulan zarar tespit komisyonları, 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvuruları değerlendirerek uğranılan zarar varsa ödenecek tazminat miktarını belirleyecektir. Komisyonlar illerde, 5233 sayılı Kanun Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik kapsamında yapılacak başvurular üzerine 10 gün içinde valinin onayı ile kurulacaktır. Komisyonlar bir başkan ve altı üyeden teşekkül edecek olup başkanlığını valinin görevlendireceği vali yardımcısı yapacaktır. Komisyon üyelerini ise maliye, bayındırlık ve iskân, tarım ve köy işleri, sağlık, sanayi ve ticaret konularında uzman olan ve o ilde görev yapan kamu görevlileri arasından vali tarafından seçilecek birer kişi ile baro yönetim kurulunca baroya kayıtlı avukatlar arasından seçilecek bir avukat oluşturacaktır. Komisyonun başkan ve üyeleri her yıl ocak ayının ilk haftası belirlenecek, görev süresi bitenler yeniden atanabilecektir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre; komisyon üyelerinin başka bir yere atanma, hastalık, kaza, sakatlık gibi komisyon görevlerini yerine getiremeyeceklerinin anlaşılması halinde, vali tarafından seçilen üyelerin yerine yine vali tarafından en geç bir hafta içinde yenisi atanacaktır. Avukat üyenin görevine devam edemeyeceğinin anlaşılması halinde ise vali tarafından durum baroya bildirilecek ve baro yönetim kurulunca en geç bir hafta içinde yeni üye belirlenerek valiliğe sunulacaktır.

Yönetmelik 10. maddesi uyarınca, komisyon tarafından görevlendirilen kamu görevlileri öncelikle komisyon tarafından verilen görevleri

yerine getireceklerdir. Kanaatimizce komisyon üyesi kamu görevlilerinin hem asıl görevlerini hem de komisyon üyeliğini birlikte yürütmek yerine, görevlerinin sadece komisyon çalışmalarıyla sınırlı tutulması daha yerinde olacaktır. Bu şekilde komisyonlar daha verimli çalışacaklardır.

Yönetmeliğin 6. maddesi son fıkrasında, iş yoğunluğu nedeniyle bir ilde birden fazla zarar tespit komisyonu kurulması durumunda komisyonlar arasındaki görev dağılımının vali tarafından belirleneceği, 9. maddesinde ise komisyonun nerede, ne zaman ve ne sıklıkla toplanacağına iş yoğunluğuna ve komisyona yapılan başvuruların sayısına bağlı olarak komisyon başkanının teklifi üzerine vali tarafından belirlenerek üyelere bildirileceği düzenlenmektedir. Komisyonun gündemine alınacak konular da komisyon başkanı tarafından belirlenmektedir.

Komisyon salt çoğunlukla toplanmakta ve toplananların salt çoğunluğu ile de karar vermektedir.

Tazminat taleplerini inceleyen komisyon, başvuruda bulunanın kanun kapsamına giren zararları bulunduğunu tespit ederse başvurunun kabulüne, aksi halde başvurunun reddine karar vermektedir. Başvurunun reddedilmesi halinde, yargı yolu açık olup idari yargıya başvuru süresi, terör zararının eylemden kaynaklanması halinde, komisyonun ret kararının ilgiliye veya vekiline tebliğinden itibaren altmış gündür³⁷. Terör zararının idari işlemde kaynaklanması halinde ise idari işlemin tebliği ya da icra tarihi itibarıyla başlayan ve komisyona başvuru ile duran dava açma

³⁷ Danıştay 10.D., 23.12.2008, E:2006/7212, K:2008/9199, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 05.06.2010.

süresi, komisyonun ret kararının tebliğinden itibaren kaldığı yerden işleme devam edecektir. Zararın komisyon ve idari yargı yolları tüketilmesine rağmen karşılanamaması durumunda, kişinin AİHM'ye başvuru yolu açıktır.

Komisyon tarafından verilen ret kararının iptali için dava açılabilir gibi kararın iptali istenmeden doğrudan doğruya uğranılan zararın tazmini için dava açılması da mümkündür³⁸.

3. Zararın Tespiti

Zarar tespit komisyonlarının asli görevi; kendisine yapılan başvuruları değerlendirerek, 5233 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilebilecek maddi bir zarar olup olmadığını tespit etmek, böyle bir zararın varlığının tespiti durumunda, zararın aynen ya da nakden karşılanmasına karar vermektir. Zararın nakden karşılanmasına karar verilmesi halinde tazminat miktarı da komisyonca belirlenecektir. Zararın tespitinin ardından da sulhname tasarısı hazırlanacaktır.

Komisyonun, zararı tespit ederken izleyeceği usul Kanununun 8. maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre; kanun kapsamına giren zararlar, zarar görenin beyanı, adli, idari ve askeri mercilerdeki bilgi ve belgeler göz önüne alınarak olayın oluş şekli ve zarar görenin aldığı tedbirlere göre, zarar görenin varsa kusur ve ihmalinin de göz önünde bulundurulması suretiyle, hakkaniyete ve günün ekonomik koşul-

³⁸ Danıştay 10.D., 15.10.2008, E: 2006/4970, K: 2008/6644, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp>, 01.07.2010.

larına göre komisyon tarafından doğrudan doğruya ya da bilirkişi aracılığıyla belirlenecektir³⁹. Taşınmazlara ilişkin zarar tespiti yapılırken 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 11. maddesinde belirtilen kıymet takdiri esasları da kıyasen uygulanacaktır.

Yönetmeliğin ilk halinde; yaralanma, sakatlanma, ölüm ya da malların zarar görmesi hallerinde 17. maddede ayrı ayrı belirtilen “ilk müdahale raporu, sağlık raporu, olay tutanağı, vukuatlı nüfus kayıt örneği, ölü muayene ve otopsi tutanağı, veraset ilamı, vs.” belgeler istenmekteydi. Kanundan yararlanmak için başvuran kişilerin büyük bir kısmının başvurusunun bu belgelerdeki eksiklikler dolayısıyla reddedilmesi nedeniyle AİHM’ye başvurması, Türkiye’nin karşısına çok yüklü bir tazminat riski çıkarmıştır. Bunun üzerine Yönetmeliğin 17. maddesi, 15.09.2005’te değiştirilmiştir. Söz konusu değişiklik uyarınca “*Başvuru sahibi, başvuru dilekçesi ile birlikte olayın meydana geliş tarzını açıklayan ve zararın tespit ve ölçümünde dikkate alınabilecek her türlü bilgi ve belgeyi Komisyona sunar. Ayrıca; Komisyon, gerekli gördüğü takdirde zararın tespit ve ölçümünde dikkate alınabilecek her türlü bilgi ve belgeyi adli, idari ve askeri mercilerden ister.*” hükmüne yer verilerek zarar tespit komisyonlarına başvurular kolaylaştırılmış, böylece AİHM’ye gidişlerin önü kapatılmaya çalışılmıştır.

Kanunun 10. maddesine göre; hayvanlara, ağaçlara, ürünlere, diğer taşınır ve taşınmaz mallara verilen zararlar ile terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle kişilerin malvarlıklarına ulaş-

³⁹ Danıştay 15.D., 18.01.2016, E: 2015/8049, E: 2016/25, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı.**

mamalarından kaynaklanan zararlar, aynı ya da nakdi olarak karşılanır. Ancak imkânlar elveriyorsa aynı ödemeye öncelik verilir. Çünkü öncelikli amaç; göç edilen bölgelerde gerekli güvenlik ve alt yapı hizmetlerini yerine getirerek göç eden vatandaşların terk ettikleri yerlere yeniden dönüp yerleşmelerini sağlamaktır. Danıştay'ın 2009 yılında verdiği bir karara göre; kişilerin malvarlıklarına ulaşamamaları nedeniyle uğradıkları zararın tazmini, köyün boşaltılmasından köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen süreçle sınırlı olarak mümkündür. Yüksek Mahkemeye göre; köye dönüşün başlaması o köyde objektif olarak güvenli bir şekilde yaşayabilme olanaklarına kavuşulduğu anlamına gelmektedir⁴⁰.

Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde ise zararlar nakdi olarak karşılanır. Bu tür olaylarda önemli olan husus, meydana gelen zararın bu kanun kapsamına girip girmediğidir. İspat konusunda çok büyük sıkıntı yaşanmamaktadır. Çünkü bu tür olaylar genellikle adli makamlara intikal eden olaylardır. Komisyonların uygulamasına bakıldığında, olayın adli makamlarca terör eylemi sonucu meydana geldiğinin belirlenmesi ve ona göre işlem yapılmış olması aranmaktadır. Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde sıkıntı yaşanan husus, faili meçhul cinayetlerdir. Bu tür olaylarda fail yakalanamadığı için olayın terör eylemi olup olmadığı dolayısıyla da kanun kapsamına girip girmediği konusu net değildir. Bu durumu komisyonlar genel olarak başvuran aleyhine yorumlayıp başvuruların reddine karar vermektedirler⁴¹. Nitekim Danıştay da açılan tam

⁴⁰ Danıştay 10.D., 18.08.2009, E: 2008/5548, K: 2008/9733, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>, 17.08.2010.

⁴¹ **Mustafa YILDIZ**, 5233 Sayılı Tazminat Yasası ve Uygulaması, Erişim: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_356.htm, 14.01.2017.

yargı davalarında verdiği kararlar ile sosyal risk ilkesinin uygulanabilmesi için zararın terör eyleminden kaynaklandığının ortaya konulmuş olması gerektiğine hükmetmektedir⁴².

Kişisel zararlar olarak bilinen yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde tazminat miktarının nesnel ölçülere göre hesaplanması uygun olmayan bir yöntemdir. Nitekim kişisel zararlarda maddi tazminat hesaplanırken kişilerin konumları, meslekleri, aylık gelirleri, yaşları gibi birçok kişisel kriterin dikkate alınması ve ona uygun bir tazminat belirlenmesi gerekir⁴³. Bu yapılmadan herkes için nesnel ölçüler getirilmesi tazminat hukukunun mantığına uygun bir yaklaşım değildir. Nitekim 6 aylık bir bebekle, 18 yaşında veya 55 yaşında ölen kişilerin yakınlarına aynı tazminatın verilmesi uygun olmayacaktır.

Başvuruda bulunanların uğramış oldukları zarar miktarı belirlendikten sonra, bu kişilerin uğramış oldukları bu zararlar nedeniyle başka bir yardım ya da nakdi ödeme alıp almadıkları belirlenerek gerekirse mahsup işlemi yapılır. Kanunun 5/b ve Yönetmeliğin 23. maddesine göre; kamu kurum ve kuruluşları ya da kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca uygulanmış projelerin zararın giderilmesine katkıları, zarar görenin değerlendirebileceği enkaz ve diğer yararlar ile sigorta şirketlerince veya kamu kurum ve kuruluşları ile sosyal güvenlik kuruluşların-

⁴² Danıştay 10.D., 25.02.2003, E: 2001/257, K: 2003/702, **Akip Açıklamalı Kanun ve İctihat Programı**; Danıştay 10.D., 17.04.2006, E: 2004/2952, K: 2006/2471.

⁴³ **Bahtiyar AKYILMAZ**, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri Ve Hesaplanması”, *Selçuk ÜHFD*. Prof.Dr.Süleyman Arslan’a Armağan. 6/1-2, 1998, 183 vd.

ca karşılanan tazminatlar, tedavi ve cenaze giderleri⁴⁴, zarar miktarından mahsup edilmektedir.

Yönetmeliğin 18. maddesine göre; terör ve terörle mücadele sırasında zarar görüp ilgili mevzuat hükümlerine göre tazminat almış olanların aldıkları tazminat ile ilgili Yönetmeliğe göre hesaplanan tazminatlar arasında fark olması, başka bir ifadeyle Yönetmeliğe göre hesaplanan tazminat miktarının daha fazla olması halinde, eksik olan miktar kanuni faiziyle birlikte ödenir⁴⁵.

Yönetmeliğin 10. ve 11. maddeleri uyarınca komisyon ilgili kamu kurum ve kuruluşlarından başvuru konusu ile ilgili her türlü bilgi ve belgeyi isteyebileceği gibi adli ve askeri teşkilat dışındaki kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanları bilirkişi olarak da görevlendirebilir⁴⁶.

⁴⁴ “...aynı olay nedeniyle 2333 sayılı Nakdi Tazminat Kanunu kapsamında 2000 yılında ödenen 13.119,50 YTL nakdi tazminatın Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca yeniden değerlendirilme oranı uygulanmak suretiyle güncelleştirilmesi durumunda 2005 yılı itibariyle 45.664,75 YTL yarar sağlandığının anlaşıldığı, 5233 sayılı yasaya göre yapılması gereken yardım miktarının ise 2005 yılı itibariyle 14.035 YTL olduğu, buna göre, sağlanan yararın ödenmesi gereken miktardan fazla olması nedeniyle davacılara 5233 sayılı yasa kapsamında herhangi bir ödeme yapılamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.” Danıştay 10.D., 23.12.2008, E: 2006/7212, K: 2008/9199, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>, 05.07.2010.

⁴⁵ “5233 sayılı Kanun uyarınca kamu görevlilerinin görevlerinin başında iken terörden veya terörle mücadeleden zarar görmesi halinde kendilerine veya mirasçılarına ilgili mevzuat uyarınca ödenen tazminatın, eğer hiçbir tazminat ödenmemiş olsaydı 5233 sayılı Kanun uyarınca ödenebilecek tazminat miktarından daha az olması halinde aradaki farkın ödenmesi gerektiği düzenlenmiş olup, davacılara murislerinin ölümü nedeniyle 1992 yılında ödenen tazminatın 5233 sayılı Kanun uyarınca ödenebilecek tazminattan daha az olmaması nedeniyle...” Danıştay 15.D., 10.09.2015, E: 2011/9283, K: 2015/4941, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat veri Tabanı.**

⁴⁶ Danıştay 15.D., 15.11.2012, E: 2011/10415, K: 2012/10747, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat veri Tabanı.**

Komisyon başkan ve üyeleri, kendilerinin, ailelerinin ve üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil) kan ve kayın hısımları ile vekili, vasisi ya da kayyımı oldukları kişilerin zararları ile ilgili yapılan komisyon toplantılarına katılamazlar.

Zararın tespit edilmesi aşamasında komisyonca gerekli görülmesi halinde keşif yapılması, varsa tanıkların da keşif mahallinde hazır bulundurulması da mümkündür. Bu durum özellikle bazı illerdeki başvuru yoğunluğu dikkate alındığında, yerinde bir düzenlemedir. Aksi halde komisyonların yoğun iş yükü altında ezileceği bir gerçektir.

Başvuruda bulunanların zararın ispatı konusunda sıkıntı yaşayabilecekleri hususuna daha önce değinilmişti. Bu nedenle komisyon tarafından re'sen araştırma yapılması, ilgili bilgi ve belgelerin kurumlardan istenebilmesi, gerekli görüldüğünde keşif yapıp tanık dinlenebilmesi gerekmektedir. Böylece elinde zararını ispat edecek yeterli belgesi bulunmayan başvuru sahibine, iddiasını keşif ve tanık ifadeleriyle ispat edebilme imkânı tanınmış olacaktır. Aksi bir uygulama haksız yere ret kararları verilmesine ve başvuruların değerlendirilmesinde sürecin çok uzamasına neden olabilecektir.

Üçüncü kişilerin deliline başvurmak da bu anlamda esnek bir yaklaşım olarak kabul edilebilir. Birtakım ön kabullerle de bazı deliller değerlendirilebilir. Örneğin, bir bölgeden çok sayıda ve aynı konuda başvuru yapılmış olması orada zararın olduğuna karine teşkil edebilir. Nitekim AİHM de başvuru sahiplerinin elinde belge olmamasına rağmen devletin aksini ispatlayacak belge sunamaması durumunda, tanık beyanlarına itibar

ederek karar vermekte, aynı bölgeden gelen benzer başvurular konusunda önceki içtihatlarına atıfla karar vermektedir⁴⁷.

D. Sulhname

Sulh; Türk Hukuk Lügatinde “*Karşılıklı feragat ve müsaade arzularının tesiri altında yapılmış ve yine karşılıklı anlaşmaya dayanan ivazlı bir akittir ki, mevcut bir ihtilaflı ortadan kaldırır veya muhtemel bir ihtilaflı önüne geçer*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸.

5233 sayılı Kanun’un 12. ve 13. maddelerinde sulh ve sonucunda hazırlanan sulhname tasarısı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Komisyon doğrudan doğruya veya bilirkişi yoluyla zararı tespit ettikten sonra, zararın ifa tarzını, nakdi ifalarda ise mahsup edilecek miktarı dikkate alarak ödenmesi gereken tazminat miktarını safi olarak belirler. Komisyon sulh yoluyla karşılanacak zarar miktarını belirledikten sonra sulhname tasarısını hazırlar. Hazırlanan tasarının bir örneği davet yazısı ile birlikte zarar görene tebliğ edilir. Davet yazısıyla, zarar görene sulhname tasarısını kabul etmesi için otuz günlük süre verilir. Bu süre içinde tasarımı imzalamak üzere gelmemesi ya da yetkili bir temsilci göndermemesi durumunda tasarımı kabul etmemiş sayılacağı bildirilir. Kanununun 12. maddesi gereği ilgilinin, yargı yoluna başvurarak zararın tazmin edilmesini talep etme hakkı saklıdır⁴⁹.

⁴⁷ YILDIZ, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_356.htm.

⁴⁸ Türk Hukuk Lügatı, 4.Bası, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

⁴⁹ Danıştay 10.D., 22.04.2008, E: 2006/5612, K: 2008/2800, **Kanunum Mevzuat ve İctihat Veri Tabanı**.

Davet üzerine gelen başvuru sahibi veya yetkili temsilcisi tarafından sulhname tasarısı kabul edilirse, tasarı başvuru sahibi veya yetkili temsilcisi ile komisyon başkanı tarafından imzalanır. Sulhname tasarısının kabul edilmemesi ya da otuz gün içinde davete cevap verilmeyerek kabul edilmemiş sayılması hallerinde ise bir uyuşmazlık tutanağı düzenlenerek bir örneği ilgiliye gönderilir.

Sulh, kavram itibariyle anlaşma uzlaşma anlamına gelmekle birlikte, Kanunda başvuru sahiplerine sulhname tasarısının hazırlanma sürecine katılma, tasarıya itiraz etme, karşı teklif sunma, bilirkişi incelemesi talep etme gibi imkânlar tanınmamıştır. Bu nedenle komisyonlarca hazırlanan tasarının tam anlamıyla sulh tasarısı olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Gerçek bir sulhtan söz edebilmek için hak sahiplerine, kendilerini uzlaşma sürecinin bir parçası haline getirecek kanuni düzenlemelerin yapılması gerektiği kanaatindeyim.

Sulhnamede belirlenen tazminat miktarı, sulhnamenin imzalanmasından sonra valinin onayı üzerine ifa tarzına göre Bakanlık bütçesine bu amaçla konulan ödenekten üç ay içinde ödenir. Bakanlık elli bin Türk lirasının üzerindeki ayni veya nakdi ifa ödemelerinin Bakan onayı ile yapılmasını kararlaştırabilir. Bu miktar her yıl bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümleri uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında arttırılır. Devletin ödediği tazminat miktarları için sorumlusuna rücu hakkı saklıdır.

Sulhname imzalandıktan sonra dava açılmasının mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Kanununun 12. maddesi son fıkrasında, sulh

yoluyla çözülemeyen uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma haklarının saklı olduğunu ifade edilmektedir. 12. maddenin gerekçesinde ise; “...Hukukumuzda feragat, kabul ve sulh gibi işlemler, görülmekte olan davaları sona erdiren işlemlerdir. Sulh işlemi, dava öncesi yapılmışsa dava açılmasını engelleyici özelliindedir. Sulh işlemine rağmen dava açılırsa bu durum itiraz olarak ileri sürülebilir ve dava ortadan kaldırılır. Böylece dostane bir çözüm şekli olan sulh, bağlayıcı niteliktedir.” ifadesine yer verilmiştir. O halde sulh işlemi, maddi zararlar yönünden tarafları bağlayıcı olup, yargıya başvurulmasını engelleyici niteliktedir. Ancak bu durum, düzenlenen sulhnamenin, komisyonca kabul edilen zarar miktarı ve kalemiyle sınırlıdır. Başka bir ifadeyle, başvuruda bulunanın, imzalanan sulhname kapsamı dışında tutulan fakat kanun kapsamında tazmini öngörülen zararları mevcutsa, bunlar için dava açma hakkı da saklıdır⁵⁰.

Sulhname tasarısının kabul edilmemesi ya da reddi durumunda açılacak davalarda yasal faizin başlangıç tarihi olarak hangi tarihin esas alınacağı hususu da önemlidir. İYUK’un 13. maddesinde, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren 1 yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren 5 yıl içinde idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gerektiği; bu isteklerinin kısmen veya tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği

⁵⁰ Danıştay 10.D., 30.12.2008, E: 2008/4141, K: 2008/9584, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>, 05.06.2010; Danıştay İDDK,18.02.2016, E: 2015/2933, K: 2016/326, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilceği kuralı yer almakta olup; zararın idare tarafından en erken bu tarihte sulhen ödenebilecek olması nedeniyle, yargı yerince hükmedilecek tazminat miktarına, ön karar için idareye yapılan başvuru tarihi itibarıyla yasal faiz uygulanması, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarıyla kabul edilmiştir. Ancak 5233 sayılı Kanun, kapsamına giren maddi zararların karşılanması için İYUK'dan ayrı, özel bir usul öngörmüştür. Daha önce de belirtilen bu usul gereği, yapılan başvuruların, ilgilinin sulhname tasarısını kabul etmemesi nedeniyle uyuşmazlıkla sonuçlanması üzerine açılan davalarda, davacı lehine hükmedilecek yasal faizin başlangıç tarihi olarak, idareye başvuru tarihi değil; sulhname tasarısının kabul edilmediği veya kabul edilmemiş sayıldığı tarih esas alınacaktır⁵¹.

III. TERÖR FAALİYETLERİNDEN DOĞAN ZARARLARIN TAM YARGI DAVASI YOLUYLA TAZMİNİ USULÜ

İdarenin faaliyetleri nedeniyle zarara uğrayan kişilerin ya da hayatını kaybedenlerin yakınlarının, zararlarının tazmini için ilgili idareye karşı açacağı dava idare hukukunda tam yargı davası olarak adlandırılmaktadır ki İYUK 12. maddesinde idari işlemler nedeniyle açılacak tam yargı davaları, 13. maddesinde ise idari eylemler nedeniyle açılacak tam yargı davaları düzenlenmiştir. 5233 sayılı Kanun kapsamında uğranılan zararların tazmini için zarar tespit komisyonlarına sulh başvurusunda bulunulması isteğe bağlı idari başvurudur. İlgilinin 5233 sayılı Kanun kapsamında başvuruda bulunması durumunda; sulh sağlanamayan maddi

⁵¹ Danıştay 10.D., 30.12.2008, E: 2008/4286, K: 2008/9585, Erişim: <http://www.danistay.gov.tr/>, 05.06.2010.

zararlar ile kanunun kapsam dışı bıraktığı zararların, özellikle de manevi zararların tazmini için başvurulabilecek yol, İYUK genel hükümlerine göre idari yargıda tam yargı davası açmak olacaktır.

A. 5233 Sayılı Kanun Kapsamında Sulh Sağlanamayan Zararların Tazmini

5233 sayılı Kanun çerçevesinde yapılan başvurularda, sulhname tasarısının kabul edilmemesi, kabul edilmemiş sayılması ya da kısmi olarak karşılanarak sulhname imzalanması durumunda, sulh sağlanamayan zarar kalemleri için, komisyon kararının ilgiliye tebliğinden başlayarak kural olarak altmış gün içinde İYUK 12. madde hükümleri çerçevesinde yetkili ve görevli idare mahkemelerinde, komisyon kararına karşı iptal davası açılabilir gibi iptal ve tam yargı davasının birlikte açılması⁵² ya da iptal davası açılmadan doğrudan tam yargı davası açılması mümkündür⁵³.

⁵² “...uğradığı zararın 5233 sayılı Yasa uyarınca tazmini istemiyle yapılan başvuru sonucunda, Iğdır Valiliği Zarar Tespit Komisyonunca davacıya 112,28 YTL ödeme yapılmasına ilişkin olarak düzenlenen sulhname tasarısının davacı tarafından kabul edilmemesi üzerine düzenlenen 28.6.2005 tarihli uyuşmazlık tutanağının iptali ile...” Danıştay 10.D., 22.04.2008, E: 2006/5612, K: 2008/2800; Danıştay 15.D., 17.09.2015, E: 2011/5349, K: 2015/5302; Danıştay 15.D., 18.12.2012, E: 2012/11026, K: 2012/14379; “Dava; davacının murisi 22/03/1992 tarihinde Mardin İli, Nusaybin İlçesinde yasadışı terör örgütü mensuplarının gerçekleştiren gösterilerde hayatını kaybettiğinden bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle 5233 sayılı Kanun uyarınca yapılan başvurunun reddine ilişkin işlemin iptali ile maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılmıştır.” Danıştay 15.D., 01.10.2015, E: 2011/9484, K: 2015/5598; Danıştay 15.D., 15.10.2015, E: 2011/9836, K: 2015/6069; Danıştay 15.D., 25.04.2016, E: 2015/7030, K: 2016/2829; (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**).

⁵³ “... ileri sürülen zararın 5233 sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Kanun kapsamında ödenmesi istemiyle yapılan başvurunun Hatay Valiliği Zarar Tespit Komisyonu Başkanlığının 5.4.2005 tarih ve 31 sayılı kararıyla reddedilmesi

B. 5233 sayılı Kanunun Kapsam Dışı Bıraktığı Zararların Tazmini

Daha önce de değinildiği üzere 5233 sayılı Kanun'un kapsamına sadece maddi zararlar girmektedir. Kanunun kapsamı dışında bırakılan zararlar arasında en önemli olanı manevi zararlardır. Manevi zararların Kanunun kapsamı dışında bırakılmasının Anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle yapılan itiraz başvurusu üzerine Yüksek Mahkeme'nin verdiği gerekçeli kararda manevi tazminata ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir⁵⁴:

“5233 sayılı Yasa, idarenin eylem ve işleminin sonucu olmayan ve herhangi bir idari işlem veya eylemle doğrudan nedensellik bağı da bulunmayan, ancak terör ve terörle mücadeleye sırasında meydana gelen zararların da tazmini yolunu açan, bu anlamda idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişleten bir yasadır. Bu Yasa idarenin kusursuz sorumluluk alanını genişletmekle birlikte, aynı zamanda terör ve terörle mücadele sırasında meydana gelen zararlardan sadece ‘maddi’ olan kısmının sulh yoluyla tazminine ilişkin esas ve usulleri belirlemektedir. Yasa’da bu zararlardan ‘manevi’ olan kısmın idareden talep edilemeyeceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi, 12. maddede ‘sulh yoluyla çözülemeyen

üzerine, 25.000 YTL maddi, 16.000 YTL manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan dava sonucunda ...” Danıştay 10.D., 23.12.2008, E: 2006/7212, K: 2008/9199, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

⁵⁴ Anayasa Mahkemesi, 25.06.2009, E: 2006/79, K: 2009/97, **Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**.

uyuşmazlıklarda ilgililerin yargı yoluna başvurma hakları saklıdır' denilerek Anayasa'nın 125. maddesinin birinci fıkrasına paralel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu nedenle itiraz konusu ibare, idarenin sorumluluk alanını daraltan veya idari işlem veya eylemlere karşı yargı yolunu kapatan bir hüküm içermemektedir...."⁵⁵

Manevi zararın parayla ölçülmesi mümkün olmadığı için, bu tür zararların tespiti konusunda, zararın hesaplanması değil, takdir edilmesi söz konusu olur ki Danıştay kararlarında da bu husus “takdiren” şeklinde ifade edilmektedir⁵⁶. Manevi tazminatı takdir edecek makam da mahkemelerdir. Bu nedenle manevi tazminatın, Kanun kapsamı dışında tutulması kanaatimizce bir eksiklik olmayıp aksine yerinde bir düzenlemedir. Nitekim AİHM de kararlarında bu durumu bir eksiklik olarak kabul etmemiş ve İçyer-Türkiye kararında manevi tazminat konusuna değinerek “Tazminat Kanunu her ne kadar sadece maddi zararların tazminini düzenlemiş olsa da Kanununun 12. maddesi manevi zararlar için idare mahkemesinde tazminat isteme imkânını sağlar görünmektedir” hükmüyle

⁵⁵ Benzer ifade Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'nun bir kararında da şu şekilde ifade edilmiştir: “...hali hazırda terör olayları nedeniyle uğranılan manevi zararların Anayasaya dayalı olarak sosyal risk ilkesi uyarınca tazmini olanaklı iken, yasama organınca, özellikle yaşam hakkı başta olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanmasına yol açar nitelikte ve manevi tazminat ödenmesini engellemek amacıyla yönelik böyle bir yasanın yürürlüğe konulduğu söylenemez... idare hukuku kuralları çerçevesinde Anayasaya dayalı olarak geliştirilen bir ilke uyarınca manevi zararların karşılanma olanağının içeriği itibariyle engelleyici bir hüküm taşımayan yasa ile ortadan kaldırıldığından bahsedilmesi olanaksızdır.” 26.03.2014, E: 2013/4602, K: 2014/1220, **Kanunum Mevzuat ve İctihat Veri Tabanı**.

⁵⁶ **Müzeyyen EROĞLU**, *Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s.292-293.

Kanunun manevi tazminat açısından da yeterli tatmin oluşturduğuna hükmetmiştir⁵⁷.

Bu nedenle terör faaliyetlerinden kaynaklanan manevi zararların tazmini için komisyona başvurmaya ve komisyon kararını beklemeye gerek olmayıp ilgililer İYUK m. 13 kapsamında, zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak zararlarının tazminini talep etmelidir. Buradaki başvuru, zorunlu bir idari başvuru yolu olup, ilgilinin idareye başvurmadan dava açması durumunda, idari merci tecavüzü nedeniyle dilekçesi ilgili idari mercie tevdi edilecektir⁵⁸. İdarenin bu talebi kısmen veya tamamen reddetmesi durumunda ret kararının tebliğinden itibaren; ya da talep karşısında altmış gün sessiz kalınması, herhangi bir cevap verilmemesi durumunda, altmış günün bitimini izleyen günden itibaren dava açma süresi içinde idari yargıda dava açılması gerekmektedir. İdarenin bu süre içinde kesin olmayan bir cevap vermesi durumunda ise İYUK 10. madde uyarınca ilgililerin kesin cevabı beklemesi mümkün olup bekleme süresi içinde zamanaşımı süreleri işlemeyecektir. Ancak

⁵⁷ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 18888/02 nolu başvuruya konu 12/01/2006 günlü Aydın İçyer - Türkiye kararının 81. paragrafında, Kanunla ilgili olarak “Tazminat Kanun’unda yalnız maddi zararlar için tazminat talep etme olanağının bulunduğu doğru olsa da Kanun’un 12. maddesinin idari mahkemelerde manevi zarar için tazminat talep etme olanağı verdiği görülmektedir.” denilmiştir.

⁵⁸ **Cengizhan HATİPOĞLU**, “İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6/21, 2015, s.366;

bekleme süresi, idareye başvuru tarihinden itibaren altı ayı geçemeyecektir⁵⁹.

Danıştay da konuyla ilgili verdiği kararlarda terör olayları nedeniyle meydana gelen ve sosyal risk kapsamında bulunan ancak 5233 sayılı Kanun'un kapsamına girmeyen manevi zararların tazmininde 2577 sayılı Kanun'un 13. maddesinin uygulanması gerektiğine hükmetmektedir⁶⁰. Diğer yandan Yüksek Mahkeme, terör nedeniyle manevi zarara uğrayanların idareye başvurularını konusunda seçimlik bir hakka sahip olduklarını, ister İYUK 13. maddesi kapsamında isterse 5233 sayılı Kanun kapsamında bu başvurularını yapabileceklerini de kabul etmektedir. Dolayısıyla manevi zararların tazmini konusunda 5233 sayılı Kanun kapsamında zarar tespit komisyonlarına yapılan ve komisyonca Kanun kapsamı dışında kaldığı için reddine karar verilen başvurular da Danıştay tarafından geçerli idari başvuru bir başka ifadeyle ön karar başvurusu olarak kabul edilmektedir. Bundan dolayı manevi zararların tazmini istemiyle 5233 sayılı Kanun kapsamında başvuru yapıp, ret kararı alın-

⁵⁹ Danıştay 7.D., 06.11.2007, E: 2007/2623, K: 2007/4486; Danıştay İDDK, 23.06.2014, E: 2014/1615, K: 2014/2763 (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**).

⁶⁰ Danıştay 15.D., 24.12.2015, E: 2015/8573, K: 2015/9226; Danıştay 15.D., 25.04.2016, E: 2015/7030, K: 2016/2829; (**Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı**).

dıktan sonra açılacak tam yargı davalarında, yargı yerlerince idari merci tecavüzü kararı verilemeyecektir⁶¹.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Terör eylemleri, insanların güvenli ve huzurlu bir ortamda yaşama haklarını ihlal ederek kişilerin maddi ve/veya manevi zararlara uğramasına neden olabilmektedir. Terör eylemleri veya terörle mücadele faaliyetleri kapsamında yürütülen çalışmalar sonucu, bu olaylarla hiç ilgisi olmayan kişiler zarara uğrayabilmektedir. Söz konusu zararların, bireyler üzerinde bırakılmayarak tazmin edilmesi gereği ise sosyal hukuk devleti ilkesinin bir sonucudur.

Türkiye’de terör eylemlerinden ve terörle mücadeleden doğan zararlar, gerek hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri çerçevesinde, gerekse çıkarılan özel kanuni düzenlemelerle karşılanmaktadır. Terörle mücadeleden doğan zararların tazmininde başvurulabilecek genel düzenleme, İYUK 12. ve 13. maddeleri çerçevesinde, idare aleyhine idari yargıda tam yargı davası açmaktır. Böylece uğranılan zararlar gerek hizmet kusuru ve kusursuz sorumluluk ilkeleri gerekse sosyal risk ilkesi gereğince tazmin edilmektedir. Bu konuda çıkarılan özel kanuni düzenlemeler de bulunmakta olup bu düzenlemelerden birisi de 5233 sayılı Terör ve Te-

⁶¹ “Muş Valiliği Zarar Tespit Komisyonu’nca da 19.11.2013 tarihli yazısında 5233 sayılı Kanun gereğince manevi zararların karşılanması mümkün olmadığı belirtilerek manevi tazminat istemi reddedildiği ve bu işlemin iptali istemiyle süresi dahilinde 14.01.2014 davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, İdare Mahkemesince; davalı ...’na başvuru yapılmadığı gerekçesiyle dava dilekçesinin merciine tevdi yolunda verilen kararında hukuki isabet görülmemektedir.” Danıştay 15.D., 22.10.2015, E: 2015/4548, K: 2015/6474, **Kanunum Mevzuat ve İhtihat Veri Tabanı**.

rörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun'dur. Kanun, 2004 yılında yürürlüğe konulmuş ve yürürlüğe girişinin üzerinden yaklaşık 13 yıl geçmiştir.

5233 Sayılı Kanun'un çıkarılmasındaki en büyük amaç; Türkiye'nin AB üyeliği yolunda adım atmak ve konuyla ilgili AİHM'de Türkiye aleyhine açılmış olan davalarda iç hukuk yollarının etkin olmadığı görüşünü bertaraf etmektir. Nitekim Avrupa Birliği Müktesebatı'nın Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı'nın 'Adalet ve İçişleri' ne ilişkin 24. başlığın "Yargının İşlevselliği ve Kapasitenin Arttırılması Suretiyle Etkin Bir Yargı Sisteminin Tesis Edilmesi" alt başlığında "Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşlanması Hakkında Kanun Tasarısı"nın 2004 yılında çıkartılacağı taahhüt edildikten sonra söz konusu Kanun 27.07.2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Kanunun yürürlüğe girişiyle birlikte iki büyük adım atılmıştır. Bunlardan ilki Danıştay'ın terör olaylarının tazmininde kullandığı ve içtihat haline getirdiği sosyal risk ilkesine yöneltilen eleştirilerin azalmasıdır. Çünkü terör olayları nedeniyle idarenin sorumluluğunda, Danıştay içtihatları ile geliştirilen sosyal risk ilkesi gereği terör olayı ile ortaya çıkan zarar arasında illiyet bağı aranmayacağına ilişkin olan uygulamanın ancak kanuni düzenlemeyle yapılabileceği, içtihatlarla söz konusu alanının düzenlenemeyeceği yönünde eleştiriler yapılmaktaydı. 5233 sayılı Kanun'un yürürlüğe girişi ile birlikte bu yöndeki eleştiriler de azaltılmış olmaktadır. İkincisi ise AİHM'nin terör olayları nedeniyle Türkiye aleyhine verdiği kararlarında meydana gelen değişikliktir. AİHM, daha önceki uygun ve etkili olmayan iç hukuk yollarının tüketilmesi zorunlu de-

ğildir, diyerek bu konuda Türkiye aleyhine açılan davaları iç hukuk yollarının tüketilmesi şartını aramadan ve Türkiye'nin bu konuda ileri sürdüğü defileri reddederek görmekteydi. Söz konusu Kanunun yürürlüğe girişinden sonra ise AİHM içtihat haline getirdiği bu kararından vazgeçerek 5233 sayılı Kanun ile Türkiye'nin hem teorik olarak hem de uygulamada etkili iç hukuk yolu oluşturduğunu, bu konuda üzerine düşen görevi yerine getirdiğini ileri sürerek doğrudan açılan davaları iç hukuk yollarının tüketilmediği gerekçesiyle reddetmeye başlamıştır. AİHM'nin bu yönde verdiği kararlar büyük bir adım olarak kabul edilmiştir. Özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesinde terörden doğan zararların karşılanması için çok sayıda kişi zarar tespit komisyonlarına başvurmuş ve sulhname tasarısını imzalayarak AİHM'deki tazminat davalarını geri çekmişlerdir. AİHM'nin hükmettiği yüksek tazminatlar düşünüldüğünde, sulh yoluyla çok daha düşük tazminatlar ödenmesi, devletin lehine bir durumdur. Nitekim çoğu vatandaş, yargı yoluyla uğraşmak yerine sulh yoluyla kendilerine verilen çok daha düşük tazminatları kabul etmek eğiliminde olmuşlardır.

İçişleri Bakanlığı istatistiklerine göre; kanunun yürürlüğe girdiği 2004 yılından Haziran 2015'e kadar zarar tespit komisyonlarına toplam **413.206** başvuru yapılmıştır. Bu başvurulardan **383.912**'si sonuçlandırılmış olup; bunlardan **216.386** başvuru için tazminat ödenmesine karar verilmiş, **167.526** başvuru ise reddedilmiştir. 2015 yılı itibariyle komisyonlarca olumlu sonuçlandırılan ve sulhname imzalayan vatan-

daşlara ödenmek üzere **3.831.671.119,- TL** talep edilmiş ve ilgililere ödenmiştir⁶².

Getirdiği tüm bu olumlu şartlar göz önüne alındığında, 5233 sayılı Kanunun hem iç hukukumuz hem de uluslararası hukuk yönünden kayda değer gelişmeler sağladığı bir gerçektir. Kanunun etkinliğini arttırması açısından, eksikliklerinin giderilmesi ve özellikle de uygulama sorunlarının çözülmesi gerekmektedir. Uygulamada yaşanan sorunların çözüme kavuşturulamaması, kanunun pratikte etkin iç hukuk yolu olarak kabulünü tartışılır hale getirebilecektir.

Kanaatimce bu sorunların başında; komisyonların, yapılan başvuruları kanunda belirlenen sürelerden çok daha geç sonuçlandırması, ret kararı verilen dosyalarda kararın tatmin edici gerekçelere dayanmaması, komisyonun tazminat kararı verdiği birçok dosyada tazminat ödemeleri için çok uzun süreler beklenmesi sayılabilir. Komisyonlara yoğun başvuru yapılan illerimiz bellidir. Bu illerde komisyon sayısının arttırılması, komisyonda görev alacak üyelerin alanlarında uzman olan kişiler arasından seçilmesi ve işlerinin komisyon işleriyle sınırlı olması gibi birtakım önlemler alınmak suretiyle bu sorunların çözülebileceği düşüncesindeyim.

Kanunun uygulanması ile ilgili sorunlardan bir diğeri, ispat sorudur. Nitekim güvenlik kaygıları nedeniyle malvarlığını bırakıp göç etmek zorunda kalan kişilerin, örneğin evinin içindeki eşyalarla birlikte zarar gördüğünü dile getirmesi durumunda, bunu ispat etmesi gerek-

⁶² www.illeridaresi.gov.tr, 01.09.2017.

tedir. Ancak günün koşulları gereği zarar gören kişinin bu zararını resmi bir belge ile ispat etmesi her zaman mümkün olmayabilir. Bu durum da komisyonlara yapılan başvuruların ret kararı ile sonuçlanmasına neden olmaktadır. Daha önce de değinildiği üzere, ispat konusunda sadece resmî belgelere dayanılmaması, komisyonlarca re'sen araştırma ve inceleme yapılması, keşif, tanık, üçüncü kişilerin deliline başvurmak, aynı bölgeden çok sayıda başvuru olması durumunda bunu karine olarak kabul etmek gibi yollardan da yararlanılması gerekmektedir.

Yaralanma, sakatlanma ve ölüm hallerinde tazminat miktarı hesaplanırken kişilerin konumları, meslekleri, aylık gelirleri, yaşları gibi birçok kişisel kriterin dikkate alınması gerekirken nesnel ölçülere göre hesaplama yapılması da bir diğer sorundur. Kişisel özellikler göz ardı edilerek herkes için nesnel ölçüler getirilmesi tazminat hukukunun mantığına uygun bir yaklaşım değildir.

5233 sayılı Kanunun uygulanmasıyla ilgili diğer bir sorun yargı yoluna başvurulmasıdır. Kanun kapsamında yapılan başvuruların niteliği ve yargı yoluna başvuru konusundaki etkisi karışıklıklara neden olmaktadır. Bu hususla ilgili olarak belirtmek gerekir ki terör eylemleri ya da terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için tam yargı davası açılması İYUK 12. ve 13. madde hükümleri çerçevesinde genel olarak düzenlenmiştir. 12. maddede idari işlemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılacak tam yargı davaları düzenlenirken 13. maddede idari eylemler nedeniyle uğranılan zararların tazmini için açılacak tam yargı davaları düzenlenmiştir. Terör zararının idari işlemden doğması halinde, uğranılan maddi zararların

tazmininde 5233 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvurular isteğe bağlı idari başvurudur. Bir başka ifadeyle maddi zararların tazmini için ilgililer doğrudan dava açabilecekleri gibi 5233 sayılı Kanun kapsamında sulh başvurusunda da bulunabilirler. 5233 sayılı Kanun kapsamında başvuruda bulunulması, işlemin tebliği ya da icrası tarihinden itibaren işlemeye başlayan altmış günlük dava açma süresini durdurmaktadır. Başvuru sonucunun ilgiliye tebliği ile birlikte de duran dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye devam etmektedir. Zararın doğrudan terör eyleminden kaynaklanması halinde ise İYUK 13. madde kapsamında ilgili idareye zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde zararın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde başvurularak ön karar alınması ve ön karar üzerine dava açılması gerekmektedir. Ön karar alınmadan açılan davalarda, yargı yerince idari merci tecavüzü kararı verilerek dilekçe ilgili idari mercie gönderilmektedir. Zarara uğrayan kişi, terör eyleminden doğan zararlarda İYUK 13. maddesi kapsamında ilgili idareye başvurmak yerine maddi zararlar için 5233 sayılı Kanun kapsamında sulh başvurusunda da bulunabilmektedir. Sulh başvurusu sonucu verilen karar ön karar yerine geçecek olup bu karar üzerine idari yargı yerlerinde tam yargı davası açılabilir.

5233 sayılı Kanun, maddi zararların tazminini konu edinmekte olup kapsam dışı bıraktığı zararların başında, manevi zararlar gelmektedir. Anayasa Mahkemesi ve AİHM de verdiği kararlarda, bu durumu bir eksiklik olarak kabul etmemiştir. Manevi zararların miktarının parayla ölçülmesi, dolayısıyla maddi kriterlere göre hesaplanması mümkün değildir. Manevi zararlar karşılığında talep edilen manevi tazminat, kişinin

ve meydana gelen olayın bütün özellikleri göz önüne alınarak mahkemelerce takdir edilmektedir. Bu sebeple manevi tazminatın 5233 sayılı Kanun kapsamı dışında tutulması kanaatimce bir eksiklik olmayıp aksine yerinde bir düzenlemedir. Terör nedeniyle uğranılan manevi zararların tazmini için, İYUK 13. maddesi uyarınca, zararın öğrenildiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde zararın gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak zararın tazmini talep edilmelidir. İdarenin bu talebi kısmen ya da tamamen reddetmesi durumunda ret kararının tebliğinden, başvuruya cevap vermemesi halinde ise zımni ret süresi olan altmış günün bitiminden itibaren altmış gün içinde idari yargıda tam yargı davası açılabilir. İdarenin söz konusu talebe altmış gün içinde kesin olmayan bir cevap vermesi durumunda ise, ilgili bu cevabı ret sayıp altmış gün içinde dava açabileceği gibi İYUK 10. madde hükmü gereği başvuru tarihinde itibaren altı ay boyunca idarenin kesin cevabını da bekleyebilir. Bu durumda dava açma süresi işlemez.

Terör nedeniyle uğranılan manevi zararların tazmini 5233 sayılı Kanun kapsamında olmamakla birlikte Danıştay, manevi zararların tazmini için Kanun kapsamında yapılan sulh başvuruları sonucu, zararın Kanun kapsamında değerlendirilebilecek bir zarar olmadığı yönünde verilen ret kararlarını da ön karar kabul etmektedir. Bir başka ifadeyle Yüksek Mahkeme söz konusu kararıyla manevi zararların tazmini konusunda Kanun kapsamında yapılan başvuruları da etkili idari başvuru kabul etmektedir. Böylece ilgilinin sulh başvurusunun reddi durumunda tekrar ilgili idareye başvuru zorunluluğu olmadan idari yargı yerlerinde tam

yargı davası açması mümkün olup, ilgililer açısından yaşanabilecek zaman kaybının da önüne geçilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

AKBULUT İlhan, “Terör ve Tasnifleri”, *Türk İdare Dergisi*, Yıl: 65, S: 399, Haziran 1993, ss. 47-59.

AKYILMAZ Bahtiyar, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri Ve Hesaplanması”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Konya 1998, Prof.Dr.Süleyman Arslan’a Armağan, C:6, S:1-2, ss. 165-219.

AKYILMAZ Bahtiyar, “Sosyal Risk İlkesi ve Uygulama Alanı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara 2005, C:9, S:1-2, ss. 181-208.

AKYILMAZ Bahtiyar, *İdare Hukuku*, Sayram Yayınları, Konya, 2004.

AKYILMAZ Bahtiyar- Murat SEZGİNER, *İdare Hukuku Dersleri*, Konya 2001.

ATAY E.Ethem, *İdare Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009.

ATAY Ethem- Hasan ODABAŞI ve Hasan Tahsin GÖKCAN, *Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

AYTURAN Berkan, “5233 Sayılı Kanun Kapsamında Manevi Zararların Tazmin Edilip Edilemeyeceği Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, Yıl:5, S:19, ss. 653-682.

AZRAK A.Ülkü, “İdarenin “Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu”, *Sorumluluk Hakkında Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu*, İÜHF Yayın No 622, 1979, ss. 135-145.

BÜYÜKSAĞIŞ Erdem, *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

DERDİMAN Cengiz, *İdari Yargının Genel Esasları*, 2. Baskı, Aktüel Yayınları, Ankara, 2012.

ÇAĞLAYAN Ramazan, “Risk İlkesi Gereğince İdarenin Kusursuz Sorumluluğu Bağlamında Sosyal Risk İlkesi”, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2009, ss. 451-496.

ÇAĞLAYAN Ramazan, *İdari Yargılama Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

ÇAĞLAYAN Ramazan, *Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*, Asil Yayınevi, Ankara, 2007.

DESCHENAUX Henri- Pierre TERCİER, *Sorumluluk Hukuku*, Çev: Salim ÖZDEMİR, Ankara, 1983.

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, C: 2, 5. Bası, İstanbul, 1994.

ERGİL Doğu, *Türkiye’de Terör ve Şiddet*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1980.

ERKUT Celal- SOYBAY Selçuk, *Anayasa ve İdari Yargılama Hukukuna İlişkin Kanunlar*, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 2001.

EROĞLU Müzeyyen, *Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009.

GÖLCÜKLÜ Feyyaz- A.Şeref GÖZÜBÜYÜK, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2002.

GÖZLER Kemal, *İdare Hukuku, C: 2*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2009.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref – Turgut TAN, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, “Terör Olayları ve Yönetimin Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Ankara 1995, C: 50, S: 3-4, ss. 193-200.

GÖZÜBÜYÜK A.Şeref, *Yönetmelik Yargı*, Güncelleştirilmiş 27. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.

GÜNDAY Metin, *İdare Hukuku*, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011.

HATİPOĞLU Cengizhan, “İdari Merci Tecavüzü ve Dört Gri Alan”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Ankara 2015, C: 6, S: 21, ss.359-384.

KARAHASAN M.Reşit, *Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1995.

KARATAŞ Tevfik, *İdare Hukukunda, İdarenin Hizmet Kusuru Nedeniy-
le Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Abant İzzet Bay-
sal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ocak 2006.

KARAVELİOĞLU Celal, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 5. Baskı,
Ankara, 2001.

KARTAL Atahan Birol, “Uluslararası Terörizmin Değişen Yapısı ve
Terör Örgütlerinin Sosyal Medyayı Kullanması: Suriye’de DAESH ve
YPG Örneği”, *Güvenlik Stratejileri Dergisi*, Yıl: 14, S: 27, Nisan 2018,
ss. 39-78.

KAYA Cemil, “Avrupa Konseyi’ndeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı
Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında
Kanun”, *Uluslararası Hukuk ve Politika*, Cilt:3, No:10, 2007, ss. 25-42.

KELEŞ Ruşen- Artun ÜNSAL, *Kent ve Siyasal Şiddet*, Ankara, 1982.

KÖKSAL Mustafa, “Yasal Düzenlemeler ve İçtihatlar Işığında Terör
Zararlarının İdarece Karşılama Sorunu”, *Türkiye Adalet Akademisi
Dergisi*, Ankara 2010, C: 1, S: 3, ss. 363-408.

OZANSOY Cüneyt, *Tarihsel ve Kuramsal Açısından İdarenin Kusurdan
Doğan Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

ÖZDEMİR Necdet, *Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu*,
Ankara, 1963.

ÖZGÜLDÜR Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları İşığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996.

ÖZTÜRK Burak, *Hak Arama Özgürlüğü Çerçevesinde Zorunlu İtiraz*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

SARICA Ragıp: “*Hizmet Kusuru ve Karakterleri*”, **İHFM**, C: XV, S: 4, İstanbul, 1949, ss. 858- 895.

SEVER Dilşad Çiğdem, “Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S: 133, 2017, ss. 163-210.

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

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

YILDIZ Mustafa, “5233 Sayılı Tazminat Yasası ve Uygulaması”, 2006, 14.04.2016 tarihinde http://www.turkhukuksitesi.com/makale_356.htm adresinden alınmıştır.

Akip Açıklamalı Kanun İçtihat Programı.

Kanunum Mevzuat ve İçtihat Veri Tabanı.

Meşe İçtihat ve Mevzuat Bankası CD.si.

Türk Hukuk Lügatı, 4.Bası, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1998.

OSMANLI CEZA HUKUKUNDA HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

*Dr. Müge VATANSEVER ÖZTÜRK**

ÖZET

İslam hukuk doktrinindeki suç genel teorisi ile ilgili hüküm ve tavsiyeler Osmanlı ceza hukukunda da aynen geçerli olmuştur. Bir fiilden dolayı faile ceza verilmesi için sadece o fiilin yasaklanmış olması yeterli değildir; yasaklanan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekir. Günümüz hukukunda olduğu gibi, İslam ve Osmanlı ceza hukukunda da, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa, suç oluşmaz. Osmanlı Hukuku'na göre, görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması, mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale gelir ve fiili işleyen ceza sorumluluğu olmaz. Hakkın kullanılması kapsamına; tıbbi müdahaleler, tedip hakkının kullanılması, spor faaliyetleri, şikâyet, direnme ve eleştiri hakkı gibi hak-

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
Makale Geliş Tarihi:02.06.2018
Makale Kabul Tarihi:22.11.2018

lar girmektedir. Bunlar sınırlı sayıda değildir; şartları oluştuğunda hakkın kullanılması niteliğindeki her meşru fiil bu kapsamda hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir.

Anahtar Sözcükler: Hukuka Uygunluk, Suç, Ceza, Sorumluluk, Hak, Osmanlı.

GROUNDS OF JUSTIFICATION IN OTTOMAN CRIMINAL LAW

ABSTRACT

The provisions and recommendations related to the general theory of crime in Islamic law doctrine are valid in Ottoman criminal law. For a criminal to be fined for a crime, it is not enough that the act is forbidden; a prohibited act must also be committed in contravention of the law at the same time. Just as it is in today's law, in Islam and Ottoman criminal law, there is no crime if there is a ground of justification in the middle. According to Ottoman law, if there are grounds of justification with the law, such as the performance of the duty, self-defense, the exercise of the right, the consent of the victim, the verb becomes in compliance with the law and the actual person is not the criminal responsibility. The scope of the exercise of the right; medical interventions, the use of the right to resort, sports activities, complaints, resistance and the right to criticism. These are not limited; any legitimate act in which the right is exercised

when the conditions are met shall be considered as the grounds of justification with the law in this context.

Key Words: Justification, Crime, Punishment, Liability, Right, Ottoman.

GİRİŞ

Osmanlı ceza hukukunda suçun oluşabilmesi için kanuni, maddi, manevi ve hukuka aykırılık olarak sayabileceğimiz dört unsurun varlığı gereklidir. Suçun oluşabilmesi için İslam-Osmanlı Hukuku tarafından yasaklanan fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi, başka bir deyişle hukuka uygunluk sebeplerinden birinin mevcut olmaması gerekmektedir. Osmanlı Hukuku'na göre, görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması, mağdurun rızası gibi hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde fiil hukuka uygun hale gelir ve fiili işleyen ceza sorumluluğu olmaz.

Osmanlı Devleti ceza hukuku alanında İslam Hukuku'nun temel esaslarına ve kurallarına aynen riayet etmiştir. İslam-Osmanlı Hukuku'nda hukuka uygunluk sebeplerinin meşruluğunu bizzat asli kaynaklar olan Kitap, Sünnet ve icmâ oluşturmaktadır. İslam Hukuku'nun kaynaklarından başka Osmanlı ceza hukukuna padişah kanunnameleri, şeyhülislam fetvaları ve Tanzimat sonrasında çıkarılan ceza kanunları da kaynaklık etmiştir. İslam Hukuku'nun orijinal bir uygulaması olan Osmanlı Ceza Hukuku'nda hukuka uygunluk sebepleri incelenirken öncelikle konunun İslam Hukuku'nda nasıl yer aldığına değinilecek sonrasında Osmanlı hukuki metinlerinden ve uygulamasından örnekler verilecek, son olarak da günümüz hukukuyla mukayesesi yapılacaktır.

I. Genel Olarak

Bir suçtan dolayı faile ceza verilmesi için sadece o fiilin yasaklanmış olması yeterli değildir. İslam ceza hukukuna göre, yasaklanan bir

fiilin aynı zamanda hukuka aykırı olarak işlenmesi gerekir. Başka bir deyişle, ortada bir hukuka uygunluk sebebi bulunuyorsa, suç oluşmaz.

Haram olan fiilin işlenmesini mübah/meşru hale getiren başka bir nassın bulunmaması gerekir. Hukuka uygunluk sebepleri (esbabü't-tebrîr/esbâbü'l-ibâha), fiilin haram olmaktan çıkıp mübah hale geldiği, hakkın kullanılması ve emrin/görevin ifası esasına dayanan durumlardır. Fiil mübah hale gelince, cezaî sorumluluk oluşmaz; çünkü cezaî sorumluluk öncelikle, haram olan, yasaklanmış bir fiilin işlenmesi esasına dayanır. Meşru müdafaa, tedip hakkının kullanılması, tıbbî müdahaleler, sportif faaliyetler, kanı heder sayılanların öldürülmesi yargı yetkilerinin kullanılmasi gibi hususlar hukuka uygunluk sebepleri arasında sayılabilir¹.

*“Allah'tan başka ilah olmadığına ve benim de Allah'ın Resûlü bulunduğuma şahadet eden kimsenin kanı, üç hal dışında helal değildir: Muhsan (başından sahih bir evlilik geçmiş kişi) olduktan sonra zina, kısasen olmaksızın bir cana kıyma, dinden çıkıp cemaatten ayrılma”*² şeklindeki hadis, İslam hukukunda hukuka uygunluk sebeplerinin varlığını gösterir niteliktedir. İslam Hukuku'nda özel durumlar gereği niteliği itibariyle yasak olan bazı fiillerin işlenmesine izin verilmiştir; çünkü kişilerin veya toplumun maslahatı, bu serbestiyi gerekli hale getirmiştir³.

¹ Üdeh, Abdülkadir, Mukayeseli İslam Ceza Hukuku 'Genel Hükümler', Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul, 2012, s. 490, 491; Esen, Hüseyin, İslam'da Suç ve Ceza, İstanbul, 2006, s. 49; Cin, Halil/ Akylmaz, Gül, Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, 2017, s. 214; Çolak, Abdullah, “İslâm Ceza Hukukunda Meşrû Müdafaa”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:8, Sayı:19, 2004, s. 137.

² Buhari, Diyat 6; Müslim, Kasame 25, (1676); Ebu Davud, Hudud 1 (Akt. Esen, s. 48).

³ Yiğit, Yaşar, “İslâm Ceza Hukukuna Göre Meşrû Müdafaa ve Hukukî Sonuçları”, Diyanet İlmî Dergi, Cilt:39, Sayı:1, 2003, s. 40.

Hukuka uygunluk sebepleri arasında bir derecelendirme yapmak mümkün değildir; bir olayda birden fazla hukuka uygunluk sebebi varsa bunların tamamı göz önünde bulundurulur. Hukuka uygunluk sebebi varsa fail saldırganı verdiği zarardan sorumlu olmaz⁴.

II. Görevin İfası

Görev, kanundan veya amirin hukuka uygun emrinden kaynaklanır. Görevin kaynağı kanun ise “kanun hükmünü yerine getirme”, bir amirin emri ise “amirin emrini uygulama” söz konusudur⁵. Görevini sınırları içinde yerine getiren kamu görevlilerinin fiili suç oluşturmaz⁶. Başka bir deyişle, kamu görevlilerinin, görevlerini ifası sırasında meydana gelen ölüm, sakat kalma gibi bir neticeden cezaî sorumlulukları bulunmaz. Ancak bu meslek mensuplarının, onlara isnadı mümkün olan bir kusur veya tedbirsizlikleri söz konusu olursa, bu durumda cezaî ve hukukî sorumlulukları bulunur⁷.

Cezaların infazı sırasında meydana gelen zararların suç oluşturmaması görevin ifası kapsamındadır. Osmanlı Devleti’nde muhtesibin, infaz memurunun, celladın görevini yerine getirirken verdiği zarar, ceza-

⁴ “Cevâz-ı şer’î zamâna münâfi olur” Mecelle m. 91. Örneğin meşru müdafaada saldırganı öldürenin tazminat ödemesi gerekmez. Ancak hukuka uygunluk sebebinden yararlanan failin, üçüncü kişilere verdiği zarar hakkaniyet gereği tazmin edilmelidir (Avcı, Mustafa, Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, 2018, s. 219; Avcı, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, 2014, s. 79).

⁵ Özgenç, İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012, s. 295; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017, s. 265.

⁶ “Allah’ın kendisine emrettiği bir şeyi yapmamasından dolayı Peygamber’e suç isnat edilemez.” Ahzab, 33/38.

⁷ Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 172; Avcı, s. 221; Avcı, Genel, s. 87.

nın infazı içinde sayıldığı için, suç olmadığı gibi, bundan dolayı mahkûm ölse bile, suç teşkil etmez. Ancak verilen zarar, uygulanacak cezanın sınırlarından yukarıda ise, bu elbette suç oluşturur ve fail sorumlu olur. Görevli şahsın sorumlu olmayışı, yetkisi ve görevinin sınırları içinde kalmak şartıyladır; sınır aşılsa sorumluluk başlar. Örneğin, mahkûma suçundan dolayı *yüz celde* (sopa) vuran görevlinin celde cezasını uygulaması, mahkûmun ölümüne yol açsa da sorumluluk gerektirmez. Ancak görevli kişi, sınırı aşip *yüz bir* tane vurursa, sınırı aşması kasten veya hataen olması fark etmeksizin, sorumlu olacaktır. Sınır amirin emriyle aşılsa, sorumluluk amire ait olur. İdamına hüküm verilmiş olan kimse- nin öldürülmesi de suç teşkil etmez; ancak fail bu işte görevli olmayan kimse ise, ona tazir cezası verilir⁸.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 42'inci maddesinde, kanun hük- münden kaynaklanan veya yetkili merciden çıkan infaz eyleminin görev gereği zorunlu olan bir emri yerine getirme suretiyle işlenen fiil kapsa- mında suç oluşturmayacağı ifade edilmiştir⁹.

Muhakeme anında ispatla ilgili sözler kazif suçunu oluşturmaz. Şahitlik, bir kamu görevi sayıldığından iki kişi, nikâhsız bir kadınla bir erkeği uygunsuz bir şekilde bir arada gördüklerini mahkemede beyan

⁸ Ekinci, Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008, s. 334; Üdeh, s. 570; Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed, Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 1995, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 215.

⁹ Madde 42/2: "*Hük-m-i kanuni veya merci-i kanunisinden sadır olup infazı vazifeten zaruri olan bir emri icra suretiyle ika edilen fiil cürüm addolunmaz.*" (Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 536).

etseler, kazif suçu işlemiş olmazlar, aksine bu beyan nikâhsız olan kadın ve erkeğin tazir cezasına çarptırılmasını gerektirir¹⁰.

İslam Hukuku, genel ahlak ve adaba aykırılık oluşturan fiillerin önlenmesi görevini, toplum ve bireylere yüklemiştir¹¹. Kötülükten vazgeçirme (nehy-i ani'l-münker) görevi, “genel meşru müdafaa” olarak nitelendirilmiş olup, kamu güvenliği ve kamu düzenini bozan saldırıları kapsamaktadır¹². Bir çeşit ahlak zabıtası konumunda olan muhtesip, işlenip bitmiş bir suçu cezalandıramaz; ancak icra hareketleri devam eden suçu gerektiğinde güç kullanarak önleyebilir. Muhtesip için suçların önlenmesi bir görev, diğer vatandaşlar içinse bir yetkidir. Gönüllü muhtesiplerin, yani vatandaşların, suçüstü yakaladıkları suçluları sadece gözaltında tutma yetkisi varken, kolluk görevlisi olan muhtesip tazir cezalarını da infaz edebilir¹³.

Kötülüğü önleme görevinin yapılabilmesi için bazı şartlar aranmaktadır. Bunlar; kötülüğün o anda bulunması, kötülük denen şeyin araş-

¹⁰ Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1967, Cilt: III, s. 229; Avcı, s. 221; Avcı, Genel, s. 87.

¹¹ “İçinizden hayra çağıran, iyiliği emredip kötülüğü meneden bir topluluk bulunsun.” Alü İmran, 3/104. “...İyilik etmek, fenalıktan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın, günah işlemek ve haddi aşmak üzerinde yardımlaşmayın.” Mâide, 5/2.

Hz. Peygamber de şöyle buyurmuştur; “Sizden biriniz, gördüğü kötülüğü eliyle düzeltsin (gerektiğinde zor kullanarak düzeltsin); gücü yetmezse diliyle düzeltsin; buna da gücü yetmezse kalbiyle buğzetsin (hoşlanmamak, kin duymak, öfkelenmek). Bu sonuncusu müminden beklenen vazgeçilmez bir harekettir” (Hamidullah, Muhammed, İslam Peygamberi, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1993, No:1579, s. 993).

Hz. Peygamber’in bir başka hadisi ise şöyledir: “Sizler iyilikle emredin, kötülükleri yasaklayın. Böyle yapmazsanız, Allah en şerlinizi başınıza bela eder. Sonra en iyileriniz dualar ederse de bu duaları kabul bulmaz.” Buhari, İtisam, 13; Ebu Davud, İmare, 19 (Akt. Üdeh, s. 510).

¹² Üdeh, s. 528.

¹³ Bilmen, III/330; Üdeh, s. 512-514; Avcı, s. 222; Avcı, Genel, s. 89.

tırmaya gerek olmayacak kadar açık olması ve var olan kötülüğün, önleme vasıtalarının en kolay ve basitiyle önlenebilmesidir. Muhtesip, kötülüğü önlemek için hafiften ağıra doğru önleyici tedbir kapsamında şunları yapabilir: Uyarmak, Allah korkusunu hatırlatarak öğüt vermek, azarlamak, örneğin, içkiyi dökmek gibi el ile müdahale edip düzeltmek, zor kullanmakla tehdit etmek, zor kullanmak ve son çare olarak silah çekmek (özellikle ridde, isyan ve hırabe gibi örgütlü suçların bastırılmasında gerekebilir). Muhtesip, durumun gerektirdiğinden fazla bir şey yaptığında, önlemleri ve araçları aşırı kullandığında meydana gelen fazladan, doğacak zarardan sorumlu olur¹⁴.

Günümüz hukukunda genel meşru müdafaa adı verilen bir konu bulunmamaktadır. Bugünkü kanunlar, iyiliği emretme ve kötülüğü önleme göreviyle ilgili genel anlamda kurallar koymamıştır. Uygulamada ancak belirli durumlarda söz konusu olabilmektedir. PVSK'a göre kolluk güçlerinin kamu düzeni ve güvenliğini korumak için gerekli önlemleri alabilmesi¹⁵, TCK'daki güvenlik tedbirleri ve Kabahatler Kanunu'nda yer alan kabahatlerden bazıları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Emrin ifası da, görevin ifası kapsamında bahsedilmesi gereken bir hukuka uygun sebebidir. Kur'an'da ülümre (emir sahipleri) itaat emredilmiş¹⁶, itaatın sınırı ise meşru emirler olarak belirlenmiştir. Kur'an'da yönetimleri altında bulunan kimseleri Allah yolundan uzaklaştıran grup-

¹⁴ Kazıcı, Ziya, Osmanlılarda İhtisap Müessesesi, İstanbul, 1987, s. 16, 17; Üdeh, s. 519, 523-526; Avcı, s. 222; Avcı, Genel, s. 90.

¹⁵ PVSK madde 16/2; “Zor kullanma yetkisi kapsamında, direnmenin mahiyetine ve derecesine göre ve direnenleri etkisiz hale getirecek şekilde kademeli olarak artan oranda bedenî kuvvet, maddî güç ve kanunî şartları gerçekleştiğinde silah kullanılabilir”. Bu düzenleme, polis ile muhtesibin tedbir kapsamında yapabileceklerinin ne kadar benzediğini göstermektedir.

¹⁶ Nisa, 4/59.

lara itaat yasaklanmış¹⁷, bunların verdikleri emirlerin hukuka uygunluğunun araştırılması gerektiği belirtilmiştir. Hz. Peygamber de Allah'a itaatsizliği emreden amirlere itaati yasaklamıştır; bu sebeple verilen emrin hukuka uygunluğu memur tarafından denetlenmeli, hukuka aykırı emir yerine getirilmemelidir¹⁸.

Örneğin, yüz değnek cezasını infaz eden görevliye amiri yüzden fazla vurmasını emrederse ve emri alan kişi emri verenin emrine uyması gerektiğine inanır; fazlasının yasak olduğunu bilmezse sorumluluğu yoktur. Bu durumda sorumluluk emri verene aittir. Ancak cezayı uygulayan görevli, fazlasının yasak olduğunu biliyorsa sorumlu olur; bu halde kendisine verilen emir onu sorumluluktan kurtarmaz¹⁹.

Osmanlı Hukuku'nda emrin yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebi sayılmış ve emri yerine getirenler hakkındaki şikâyetler işleme konulmamıştır²⁰. Osmanlı'da da hukuka aykırı emir bağlayıcı değildir. Ebussuud Efendi, müstemenin zimmi aleyhine şahitliği konusunda padişah emri olsa bile bu emrin bağlayıcı olamayacağını şöyle ifade etmiştir:

¹⁷ Ahzab, 33/64-68.

¹⁸ Hz. Peygamber'in komutan olarak görevlendirdiği Abdullah b. Huzafe, emrinin savaşı yasaklandığını görünce, askerlere yaktığı ateşe girmelerini emretmiş, bazıları emre uymak gerektiğini düşünmüşler, bazıları ise: "Biz ateşten korunmak için Peygamber'e inandık" diyerek itaat etmemişler, haber Hz. Peygamber'e ulaşınca ateşe girmek gerektiğini söyleyenlere: "*Şayet ateşe girseydiniz kıyamete kadar bir daha çıkamazdınız*"; meşru olmayan emre itaat etmeyenlere de: "*Allah'a isyan olan hususlarda amire itaat yoktur, itaat meşru emirlerdir*" buyurmuştur (Buharî, Müslim, Ebû Davud, Tirmizî, <http://www.ayethadis.com/devleti-yoneten-kimseye-itaat/>, E.T. 21.11.2018; Avcı, s. 223). Üdeh, s. 572, 573; Avcı, Genel, s. 91.

¹⁹ Üdeh, s. 570, 571.

²⁰ "Bir şeriri siyaseten katleden sabık Rodos Beyi Ali'den katledilenin kardeşinin diyet talebinin dikkate alınmamasına dair Rodos Beyine, İstinköy ve Seferihisar kadılarına yazılan 23.06.1560 tarihli hüküm için bakınız 4 Numaralı Mühimme Defteri, Hüküm:931 (Akt. Akman, Mehmet, Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004, s. 127).

“Nâ-meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz”; yani, hukuka aykırı olan şey, sultanın emri ile gerekli olmaz²¹.

1876 tarihli Kanun-ı Esasî'nin 41'inci maddesinde de bu durum, “Memurun âmirine hürmet ve riayeti lâzımeden ise de itaati kanunun tâyin ettiği daireye mahsustur. Hilâfî kanun olan umurda amire itaat mes'uliyetten kurtulmağa mecbur olamaz” şeklinde ifade edilmiştir²². Yani memurun amirine uyması lazım ise de itaati kanunun belirlediği sınırlarda olmalıdır; memur, kanuna aykırı işi yapınca, amire itaat sebebiyle sorumluluktan kurtulamaz.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nun emrin ifası konusundaki hükümleri, günümüz hukukuna benzer niteliktedir. Ancak İslam Hukuku'nda emrin ifasıyla ilgili asker olanla olmayan arasında bir ayırım yapılmamıştır. 1982 Anayasası'nın 137'inci maddesinde “kanunsuz emir” başlığı altında emrin ifası düzenlenmiş ve üstünün hukuka aykırı emrini yerine getirmek istemeyen görevlinin bunu amire bildirmesi, bunun üzerine amirin ısrar etmesi halinde emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulacağı; ancak konusu suç teşkil eden emrin hiçbir surette yerine getirilmeyeceği, aksi halde emri yerine getirenin sorumluluktan kurtulamayacağı belirtilmiştir.

İslam-Osmanlı Hukuku'ndaki görevin ifası hukuka uygunluk sebebi, günümüz hukukunda da “kanun hükmünü yerine getirme” başlığı altında ceza kanununda düzenlenmiştir. TCK madde 24/1'e göre, “kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez”. Burada kanun kelimesi-

²¹ Avcı, s. 223; Avcı, Genel, s. 92.

²² 1876 Tarihli Kanun-ı Esasi, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/mevzuat/anayasalar/kanunuesasi.html>, (E.T. 29.05.2018).

nin kapsamına tüm düzenlemeler, kanunlar, tüzük, karar ve yönetmelikler girmektedir²³.

TCK madde 24/2’de, “*yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz*” ifadesiyle emrin ifası düzenlenmiştir. Ancak emrin ifası günümüz ceza hukuku kaynaklarında bir hukuka uygunluk sebebi değil, bir tür kusurluluğu kaldıran mazeret sebebi olarak yer almaktadır²⁴. Zaten İslam-Osmanlı Hukuku’na göre de emrin ifasının mutlak bir hukuka uygunluk sebebi olmadığından, meşru olmayan emirlere uyulması halinde sorumluluğun devam ettiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bu sebeple emrin ifası konusunun da TCK’da benzer şekilde düzenlendiğini söylemekte bir sakınca yoktur.

III. Meşru Müdafaa

Meşru müdafaa (def^o-i sâil)²⁵, hukuken koruma altında bulunan bir hakka yönelik haksız bir saldırıyı bununla orantılı bir güç kullanıp durdurmak veya ortadan kaldırmaktır. Başka bir deyişle, meşru müdafaa, failin hukuka aykırı fiili, kendisini (canını, ırzını veya malını) korumak için işlemiş olmasını ifade etmektedir²⁶. Bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi Osmanlı Hukuku’nda da meşru müdafaa halinde gerçekleştirilen fiil sebebiyle kişiye ceza verilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu hukuka

²³ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 268.

²⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 377-390.

²⁵ Meşru müdafaa terimi karşılığında, Batı dillerinden Fransızca’da, “*legitime defense*”, Almanca’da “*notwehr*”, İngilizce’de “*in self defence*”, Latince’de de “*vi vim illatam defendere*” terimleri karşılığında kullanılmaktadır. Fıkıh kaynaklarında ise, meşru müdafaa karşılığında, “*ed-Difâu’ş-Şer’î*” ve “*def’-i sâil*” terimleri kullanılmaktadır (Yiğit, s. 39).

²⁶ Hakeri, Hakan, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017, s. 241.

uygunluk sebebinin özünü, “*Haram ay, haram aya karşılıktır. Dokunulmazlıklar karşılıklıdır. Kim size saldırırsa siz de ona onun size saldırdığı gibi saldırın*” diyen ayet oluşturmaktadır²⁷. Can ve namusun korunması için meşru müdafaa vacib (görev) iken, malın korunması için caizdir²⁸.

En önemli hukuka uygunluk sebeplerinden biri olan meşru müdafaa, işlenen ve hukuken yasaklanmış bir fiilin suç olmasını engeller. Naslar tarafından normal hallerde suç sayılan fiiller, meşru müdafaa gibi hukukî bir sebebe dayanılarak işlenirse suç sayılmazlar. Adam öldürmeyi yasaklayan ve bir kimseyi öldürmenin bütün insanlığı öldürmek gibi olduğunu bildiren ayetlere²⁹ karşılık, meşru sebepler bulunduğu takdirde ölüm cezasının uygulanmamasından bahseden ayetler³⁰ de bulunmaktadır.

²⁷ Bakara, 2/194.

²⁸ Üdeh, s. 493, 495; Cin/Akgündüz, s. 307; Ekinci, s. 334; Avcı, Genel, s. 80, 81; Yurtseven, Yılmaz, “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşru Müdafaa”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 758; Yiğit, s. 39; Çolak, s. 138. Hz. Peygamber, “*canı, dini, namusu ve malı korumak için meşru müdafaa yaparken (saldırgan tarafından) öldürülenler şehittir*” buyurarak saldırıya uğrayanları meşru müdafaa yapmaya teşvik etmiştir (Ebu Zehra, Muhammed, İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Cilt:1, İstanbul, 1994, No:551, s. 463; Üdeh, s. 493).

²⁹ “*Kim bir cana karşılık (kısas cezasının infazı) veya yeryüzünde bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın (haksız yere) kasten insan öldürürse bütün insanları öldürmüş gibi olur.*” Maide, 5/32.

“*Bir mü'minin bir mü'mini öldürmesi olacak şey değildir.*” Nisa, 4/92.

³⁰ “*Allah insanlara kendilerini başkalarına karşı savunma gücü vermeseydi yeryüzü çürüme ve yozlaşmaya uğrardı.*” Bakara, 2/251.

“*Kim ki kendisine yapılan saldırıya denk bir tepkiyle karşılık verdiği halde (yeniden) acımasızca kendisine saldırılırsa, Allah böyle birine mutlaka arka çıkacaktır.*” Hac, 22/60.

“*Haksız bir saldırıya karşı meşru müdafaa dayanışması sergileyenler hiçbir yolla sorumlu tutulmazlar.*” Şura, 42/41.

“*Haklı bir sebep olmadıkça, Allah'ın, öldürülmesini haram kıldığı cana kıymayın. Kim haksız yere öldürülürse, biz onun velisine yetki vermişizdir. Ancak o da (kısas yoluyla) öldürmede meşru ölçüleri aşmasın. Çünkü kendisine yardım edilmiştir.*” İsrâ, 17/33.

“*...Allah'ın dokunulmaz kıldığı cana kıymayın; haklı sebeple olursa başka.*” En'âm, 6/151.

“*Eğer inananlardan iki grup birbirleriyle savaşarlarsa aralarını düzeltin. Eğer biri ötekine karşı haddi aşarsa, Allah'ın buyruğuna dönünceye kadar haddi aşan tarafa karşı savaşın.*” Hucurât, 49/9.

dır. Böylece yasak olan adam öldürme fiili hukuka uygun hale gelmektedir³¹.

Bir kimse, kendisine saldırıyı def edebilmek için müessir fiil işlese veya kendisini öldürmek üzere silaha davrananı öldürse meşru müdafadan söz edilir. “*Haksız bir saldırıya karşı meşru müdafaa dayanışması sergileyenler hiçbir yolla sorumlu tutulmazlar*” ayeti³² ve Hz. Peygamber’in “*Hakikat, müminler, kötülük edenlere karşı birbirleriyle yardımlaşır*lar” hadisi³³ üçüncü kişi lehine meşru müdafanın da hukuka uygunluk sebebi olduğunu ve toplumsal dayanışma gereği kabul edileceğini bildirmektedir.

Meşru müdafanın oluşabilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. Saldırı, haksız olmalı ve hukuken korunan haklara (cana, ırza veya mala) yönelik olmalıdır. Hukuki açıdan haklı bir gerekçeye dayanmayan saldırı, haksız sayılır; görevin yerine getirilmesi veya kişinin kendisine tanınan bir hakkı kullanması gibi hukuki dayanağı bulunan ve hak gereği yapılan eylemler, haksız saldırı kapsamında değerlendirilemez. Örneğin, bir celladın idam cezasını infaz etmesi haksız bir saldırı değildir; buna karşılık meşru müdafaa söz konusu olmaz. Saldırı, hukuk tarafından korunan bir hakka zarar verecek veya tehlike meydana getirecek şekilde bir hareket olmalıdır. Saldırı ihmali davranışla da işlenebilir. Örneğin, birini öldürme kastıyla şiddetli soğukta bırakan ve ölümüne sebep

³¹ Üdeh, s. 489; Esen, s. 48; Ekinci, s. 334; Cin/Akyılmaz, s. 215; Yurtseven, s. 753; Yiğit, s. 40; Çolak, s. 140.

³² Şura, 42/41.

³³ Ebu Davud, İmare, 36 (Akt. Üdeh, s. 494).

olan kimse, İslam hukukçuların çoğuna göre, kasten adam öldürme suçu işlemiş sayılır³⁴.

2. Savunmada zorunluluk bulunmalıdır. Saldırıya uğrayan kişinin başka şekilde saldırıyı önleyememesi ve o anda devlet güçlerinden yardım istemesinin mümkün olmaması gerekmektedir. Örneğin, bağırarak, yardım istemekle, saldırganı önlemek mümkünse, saldırıya maruz kalan onu yaralayamaz veya öldüremez; eğer bunları yaparsa sınır aşılmış olur ve hukuka uygunluk sebebinden yararlanamaz³⁵.

Saldırıya uğrayan kişinin kaçmasının saldırıyı önlemek için bir çözüm olup olmayacağı konusu, İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. İslam hukukçularının çoğunluğu, saldırıya uğrayanın kaçma imkânına sahipken, saldırgandan kaçmasının vacip (gerekli) olduğu görüşündedir. Diğerleri ise, saldırıya uğrayanın kaçmasının vacip olmadığını ifade etmişlerdir. Saldırıya uğrayan kişinin kaçması onun için ar vesilesi olmalı ve kaçma işi güvenlik içinde olmalıdır. Eğer kaçmanın kişinin kendisine veya başkasına vermesi muhtemel olan zarar, savunma yaparak saldırgana verdiği zarara eşitse veya ondan daha ağır ise saldırıya uğrayan kişi kaçmak zorunda değildir. Kişi, savunma yapınca daha fazla zarar göreceğine inanıyorsa kaçmalı, saldırganın kendisini takip edip yakalayıp daha büyük zarar vermesinden endişeliyse savunma yapmalıdır³⁶.

3. Savunma ile saldırı arasında makul bir denge bulunmalıdır. Saldırıyı önlemek için gerektiği kadar güç kullanıp bunun başlı başına bir

³⁴ Dönmez, İbrahim Kafî, "Meşru Müdafaa", DİA, Cilt:29, 2004, s. 384, 385; Üdeh, s. 498, 499; Avcı, Genel, s. 81; Aydın, s. 172; Ekinci, s. 334; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 41; Çolak, s. 145.

³⁵ Üdeh, s. 502; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 44; Çolak, s. 148, 149.

³⁶ Üdeh, s. 502; Yiğit, s. 44; Çolak, s. 149, 150.

saldırı teşkil etmemesi gerekir. Saldırmanı daha az bir zararla etkisiz hale getirme imkânı varken zaruretin ve halin gerektirmediği yollara başvurmak haklı savunma sınırını aşar ve sorumluluk doğurur. Savunmanın saldırıyla orantılı olması gereği Kur'an'da "adil karşılık" ifadesiyle (Bakara, 2/194) belirtilmiştir. Örneğin, saldırıya uğrayan, bir vuruşla saldırıyı etkisiz hale getirirse ikinci kez vuramaz. Eğer saldırıya uğrayan, etkisiz hale getirdiği kişiye ikinci kez vurduğunda onun bir yerini kırar veya öldürürse bu fiillerinden sorumlu olur³⁷.

4. Meşru müdafaa ile saldırı arasında tam bir illiyet bağı bulunmalı ve aynı zaman diliminde gerçekleşmelidir. Savunma, haksız saldırıdan kaynaklanmalıdır. Saldırının halen devam ediyor olması gerekmektedir; aksi halde daha önce işlenen bir saldırıdan dolayı devlet görevlilerine şikâyet etmek yerine ona daha sonra karşılık vermek meşru müdafaa değil, kendiliğinden ihkâk-ı hak oluşturur ki bu da ayrı bir suçtur. Başlayacağına kesin gözüyle bakılan veya bitmiş olmakla beraber tekrarlanacağından endişe edilen bir saldırının halen var olduğu kabul edilmektedir³⁸. Meşru müdafaa'nın günümüz hukukundakiyle birebir aynı şartları gerektirdiği görülmektedir.

"Bir kimse iznin olmadan seni gözetler, onu bundan men etmek için taş atar ve gözünü çıkarırsan sana günah (kisas ve diyet sorumluluğu) yok" hadisine göre özel hayatın gizliliğini ihlal sayılan bir hareket

³⁷ Dönmez, s. 386; Üdeh, s. 503, 505; Avcı, Genel, s. 84; Yurtseven, s. 759; Yiğit, s. 45; Çolak, s. 150, 151.

³⁸ Üdeh, s. 500, 501; Aydın, s. 172; Ekinci, s. 334; Avcı, Genel, s. 83; Dönmez, s. 385; Cin/Akyılmaz, s. 215; Yiğit, s. 43; Çolak, s. 147.

karşılığında yapılan yaralama fiili meşru müdafaa kapsamında sayılmıştır³⁹.

İslam Hukuku'nda mal için yapılan meşru savunma da caiz görülmüş ve izlenmesi gereken usul bir hadiste şu şekilde anlatılmıştır: “Bir adam Hz. Peygamber’e gelerek: ‘Ey Allah’ın Resulü! Birisi gelip malımı almaya kalkışsa ne yapayım?’ dedi. Hz. Peygamber: ‘Ona Allah’ı hatırlat’ cevabını verdi. Adam: ‘Buna rağmen eyleminden vazgeçmezse ne yapayım?’ demesi üzerine Hz. Peygamber, ‘İnsanlardan yardım iste, etrafında yardım edecek kimse yoksa devlet güçlerinden yardım iste!’ buyurdu. Adam: ‘Devlet güçleri de benden uzaksa ne yapayım?’ diye sorunca Hz. Peygamber, ‘malını koruyuncaya veya şehit oluncaya kadar mücadele et!’ buyurdu⁴⁰. Buna göre, bir kimse malını korumak için başka çare kalmaz ve birini öldürürse kendisine kısas cezası verilmez⁴¹.

Osmanlı Hukuku'nda meşru müdafaa ile ilgili verilen bir fetva şöyledir: “Zeyd, Amr’in ağzını yırtmak için parmağını Amr’in ağzına sokup çekerken Amr’a bir tarikla halas mümkün olmamakla Zeyd’in ol parmağını ısırip mecruh edip bade’l-bür’ parmağı amelmande olsa Amr’a taarruz olunmaz⁴². Buna göre, ağzını yırtmak üzere elini soğan kişinin elini ısırın, meşru müdafaa dolayısı sorumlu tutulmaz.

Cana yönelik yapılan haksız saldırı fiiline yönelik başka bir fetva da şu şekildedir: “Zeyd, Amr’in üzerine katl (öldürme) kastıyla alet-i ca-

³⁹ Buhari, Edeb, 127 (Akt. Ebu Zehra, No: 229, s. 195; Üdeh, s. 504).

⁴⁰ Nesai, *Tahrir*, 21 (Akt. Canan, İbrahim, Kütüb-i Sitte, Cilt:13, s. 479).

⁴¹ Canan, İbrahim, Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, Cilt:13, Ankara, 1992, s. 497; Avcı, s. 220; Yiğit, s. 41.

⁴² Abdurrahim Efendi, Fetava, I/330 (Akt. Avcı, Genel, s. 85).

*riha (kesici alet) ile hücum itdikte Amr, tarik-i ahar ile nefsinı tahlis mümkin olmamağla (başka türlü durduramamak ve hayatını kurtarmak imkânı olmamak) Zeyd'i katleylese Amr tazir olunur mu? el-Cevab: Olunmaz*⁴³.

Miyâr-ı Adalet, madde 171/1'e göre, cana yönelik saldırıda meşru müdafaa kısas, tazir ve diyet sorumluluklarını düşürür. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında ise, meşru müdafaa şartları oluşmamış veya sınır kasten aşılmışsa, kısas sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmiştir. Madde 172/3'te, ırza yönelik saldırıya karşı savunmanın hukuka uygunluk sebebi olduğu belirtilmiş; 172/4'te de, en az 10 dirhem tutarı malın zorla alınmasına yönelik saldırıda malı zorla alınana meşru müdafaa hakkı tanınmıştır⁴⁴.

Bozok Kanunnamesi'nin 9'uncu maddesinde, gece hırsızlık maksadıyla evine gireni öldüren ev sahibinin suçlu olmayacağı düzenlenmiştir. Dulkadiroğulları (Alaüddeve Bey) Kanunnamesi'nin 27'inci maddesi de meşru müdafaa hali şu şekilde belirtilmiştir: “Eğer öldürmek veya yaralamak kastına kovalasa kurtulmasa, dönse onu paralasa ya kolun sısı veya ayağın, hiç nesne yoktur”⁴⁵.

1858 tarihli Ceza Kanunu'nun 42'inci maddesinde meşru müdafaa hali şu şekilde düzenlenmiştir: “Gerek kendisinin ve gerek başkasının canına ve onuruna yönelik başka türlü kaçınılması mümkün olmayan

⁴³ Demirtaş, Necati, Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetavâ-yı Ali Efendi-Cild-i Sâni, Çatalcalı Ali Efendi, İstanbul, 2014, s. 448.

⁴⁴ Ömer Hilmi Efendi, Miyâr-ı Adalet, İstanbul, 1301, s. 55-57.

⁴⁵ Akgündüz, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, İstanbul 1990-1996, Cilt:I, s. 157, Cilt:VI, s. 224; Avcı, Genel, s. 86.

haksız saldırıyı o anda defî zaruretiyle işlenen fiil suç sayılmaz. Yağmaya dönüşen hırsızlık veya soygunda hırsız ve soyguncunun başka suretle def edilmesi ve malın geri alınması mümkün olmazsa kendisini müdafaa ve o anda malını kurtarmak veya geri almak için işlenen fiil suç sayılmaz”⁴⁶.

İslam ve Osmanlı Hukuku’ndaki meşru müdafaa hükümlerinin, bugünkü hukuk sistemimizdeki meşru savunma hali hükümleri ile benzer niteliktedir. Günümüzde de savunma sınırlarını aşma durumu hariç, meşru savunmada bulunan kişi ceza hukuku açısından sorumlu tutulmaz. TCK madde 25/1’e göre, “*Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*”

IV. Hakkın Kullanılması

A. Genel Olarak

Hukuk düzeni bazen bir şahsa yetki verir ve hak tanır. Bu halde hak sahibinin menfaatlerine diğerleri karşısında üstünlük tanınmıştır. Hakkın kullanılması kapsamına; tıbbi müdahaleler, tedip hakkının kullanılması, spor faaliyetleri, şikâyet, direnme ve eleştiri hakkı vb. girmektedir. Bunlar belirli bir sayı ile sınırlı değildir; şartları oluştuğunda hakkın kullanılması niteliğindeki her meşru fiil bu kapsamda hukuka uygunluk

⁴⁶ Düstur, 1. Tertip, Cilt:1, s. 536; Akgündüz, Ahmet, Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, s. 838.

sebebi olarak değerlendirilir. Bu tür hakların kullanılması halinde işlenen fiil hukuka uygun hale geleceğinden, cezai sorumluluk doğmaz.

Bir hakkın kullanılmasının hukuka uygunluk sebebi olarak sayılabilmesi için; fail tarafından doğrudan doğruya kullanılabilen ve hukuk düzenince kabul edilmiş bir hakkın varlığı gereklidir. Kullanılması bir izin alınmasına bağlı ise hakkın kullanılmasından söz edilemez. Ayrıca hakkın kullanılması ile işlenen suç arasında illiyet bağının olması ve hakkın kötüye kullanılmaması da diğer şartlardandır⁴⁷.

TCK madde 26/1’de bu hukuka uygunluk sebebi “*hakkını kullanan kimseye ceza verilmez*” şeklinde genel bir ifadeyle düzenlenmiş olup, bu hukuka uygunluk sebebinin uygulama koşulları ve nelerin hakkın kullanılması olarak kabul edileceği uygulama ve öğretiyeye bırakılmıştır. Hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilen belli başlı hukuka uygunluk sebepleri şunlardır:

B. Tıbbi Müdahaleler

Tıbbi müdahale, yetkili sağlık personelinin bedensel, fiziksel, psikolojik açıdan ortaya çıkan rahatsızlıkları teşhis etmek, teşhise göre uygun tedavi metotlarını uygulamak, tedavinin imkânsız olması halinde hastalığı ve yan etkileri hafifletmek, hastalıktan koruyucu tedbirler almak amacıyla gerçekleştirdiği müdahalelerden oluşmaktadır. Tedavi amacı

⁴⁷ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 296.

taşımayan bilimsel araştırma faaliyetleri ve ötanazi tıbbi müdahale kapsamına girmezler⁴⁸.

İslam ve Osmanlı Hukuku'na göre, hasta ve yakınları tarafından talep edilmesi halinde tıbbi müdahale kesin bir görev (farz-ı kifâye) sayıldığından, hekim, müdahalesini yapması ile meydana gelen sonuçlardan sorumlu değildir; çünkü kural olarak farz olan bir iş, güvenlik şartıyla sınırlanamaz. Hekimlerin, hastanın veya yakınlarının rızasıyla ve tıbbi kaidelere uymak şartıyla yaptığı tedavi ve ameliyattan doğan zararlar suç oluşturmaz. Hekimin hastaya verilen zarardan sorumlu olmaması için ayrıca müdahaleyi yapanın hekim olması, iyi niyetli bulunması, tedavi kastıyla hareket etmesi ve fahiş hata yapmaması da gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi biri bulunmadığında hekimin sorumluluğu doğar. Hastanın rızası alınacak durumda değilse ve kanuni temsilcisinin de rızasının alınma imkânı yoksa hâkimin izni gerekir; aksi halde hekim kötü bir durum geliştiğinde bundan sorumlu olabilir⁴⁹.

Hekim, tedavisinde hata ettiğinde, hatasından sorumlu değildir; ancak fahiş hata söz konusuysa sorumlu olur. Fahiş hata, tıp ilmi metotlarının veya tıpla uğraşan ilim adamlarının kabul etmediği kusurdur. Hekimin taksiri sonucu hasta ölürse, onun diyetin yarısını ödemesi gerekir. Hekimin taksiri, tıp mesleğinin gereklerine uyup uymamasına göre belirlenir⁵⁰.

⁴⁸ Zorlu, Süleyman Emre, “İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 768.

⁴⁹ Üdeh, s. 537-539; Cin/Akgündüz, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 215; Ekinci, s. 334; Avcı, s. 227; Avcı, Genel, s. 102; Zorlu, s. 769-777.

⁵⁰ Ebu Zehra, No: 502, s. 422; Üdeh, s. 538; Avcı, Genel, s. 102.

Klasik Dönem Osmanlı Devleti'nde, hekim olmanın farklı yolları bulunmaktaydı. Hekim olmanın en resmi yolu Darüşşifalarda usta-çırak usulü yetişmektir. Bir başka yol, Osmanlı'da tıp eğitimi veren ilk ve tek medrese olan Süleymaniye Tıp Medresesi'nden mezun olmaktır. Bunların dışında üstat hekimlerden ders alma yoluyla, onların yapacağı imtihanı geçip, icazet almaları suretiyle de hekim olanlar vardı. Klasik Dönem Osmanlı'da hekimleri denetleme görevi muhtesiplere verilmiştir⁵¹. Osmanlı'da hekimlik mesleğinde acemi olanlar veya hekim olmayıp mesleği icra edenler için, üzerlerindeki şüphe ortadan kalkıncaya kadar herhangi bir zarar vermemeleri için gerekli önlemler alınır. Önleme için bu kimseleri insanlardan uzak tutacak tedbirler alınır ve bu tedbirler de yetersiz kalırsa hapsedilirlerdi⁵².

Tanzimat Dönemi'nde ise, Osmanlı Devleti tıbbi müdahaleyi kimlerin yapabileceğini "Tababeti Belediye İcrasına Dair Nizamname" ile hüküm altına almıştır. Buna göre, hekimlik mesleğini icra etmek isteyenlerin Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'den mezun olmak veya icazetnamelerini Mekteb-i Tıbbiye-i Şahane'ye kaydettirmeleri gerekmektedir⁵³.

Osmanlı Devleti'nde cerrahi müdahale gerektiren tedavilerde hasta veya velisi, hekimle ilgili olarak müdahale öncesi kadı huzurunda beyanda bulunarak, bu müdahale ile ilgili aydınlatılmış onamın olduğunu, muhtemel komplikasyon halinde hekimden bir hak iddia etmeyeceğini beyan ederdi. Osmanlı'da rıza senetleri, aydınlatılmış onamı, komplikas-

⁵¹ Bu husus, II. Bayezid döneminde 1502 yılında çıkarılan "Kanunname-i İhtisab-ı İstanbul el-Mahruse"de düzenlenmiştir: "*Ve dahi hekimlere ve attarlara ve cerrahlara muhtesibin hükmü vardır; görse ve gözetse gerektir*" (Akgündüz, Kanunnameler, Cilt:II, s. 296).

⁵² Zorlu, s. 772-776.

⁵³ Düstur, Tertip I, Cilt:2, s. 814-816; Zorlu, s. 779.

yondan sorumsuzluk teminatını ve tedavi sözleşmesini içermekteydi. Hasta, kadı ve şühüdül-hâl huzurunda tıbbi müdahaleye rıza beyanını açıklardı; bu rıza iradesi ortaya konulurken hasta, öncelikle hastalığını dilinin döndüğünce, kendi bilgisine göre ifade eder, sonra da kendisine uygulanacak tedavi yöntemini belirtirdi. Tüm bu ifadeler de kadı tarafından kayda alınır⁵⁴. Örneğin, idrar yolundaki taşın ameliyat ile çıkarılması için hastanın velisi konumunda olan babasının aydınlatılmış onamı, kadı tarafından mahkeme defterine kaydedilmiştir⁵⁵.

987/1579 tarihli bir mahkeme kaydında veba hastası bir kişi, tedavi için hekimle 500 akçeye anlaştıklarını 200 akçesini peşin verdiğini, tedavi sırasında bir komplikasyon gelişirse hekimden bir taleplerinin olmayacağını beyan etmiş ve bu durum deftere kaydedilmiştir⁵⁶.

Konuyla ilgili bir başka sicil kaydına göre, “*Neccar taifesinden Pereşkov veled-i Kirkor adlı zimmi, fitik olduğunu ve kendisini ameliyat edecek olan Yorgi veled-i Yani adlı cerrahtan şayet ölüm vuku bulursa mirasçılarının davacı olmayacağını beyan etmiştir*”⁵⁷.

Diğer sağlık çalışanları da bu hukuka uygunluk sebebinden yararlanır. Bir sağlık görevlisinin hastanın izniyle kan alması veya bir sünnetçinin bir çocuğu sünnet etmesi halinde, yapılan işlemler sonucu çocuk veya hasta ölmezse, kan alan ya da sünnet eden veya ettiren yaralama

⁵⁴ Avcı, s. 228; Zorlu, s. 788.

⁵⁵ 17 Rebiulahir 946/1539, Gaziantep Sicilleri, 2/282 (1079) (Akt. Akgündüz, Ahmet ve Heyet, Şer’iyye Sicilleri Mahiyeti, Toplu Kataloğu ve Seçme Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 1988, s. 224).

⁵⁶ İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (987-988/1579-1580), Haz. Rifat Günalan, İstanbul, 2010, s. 51.

⁵⁷ Kastamonu Şer’iyye Sicilleri 2 Numaralı Defter, 215 numaralı 11 Ramazan 1086 (29 Kasım 1675) tarihli belge (Akt. Avcı, Genel, s. 104).

suçundan sorumlu olmaz⁵⁸. Osmanlı'da kırık çıkıkçılar, sünnetçiler, fitikçiler, eczacılar, hacematçılar gibi meslek grupları da tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanlarından sayılır. Bu yüzden Osmanlı Hukuku'nda bu tür meslek mensuplarının tedavi amaçlı müdahaleleri de tıbbi müdahale kapsamında değerlendirilmiştir⁵⁹.

Tıbbi müdahalenin serbestliği ve hekimin sorumsuzluğu konusunda günümüz hukukunda da benzer bir anlayış hakimdir. Hekimi sorumluluktan kurtaran şartlar da birbirine paralel niteliktedir.

Diplomasız hekimlerle mücadele, tıbbi müdahalenin tıp bilimi verilerine göre yapılıp yapılmadığının denetimi, hastanın aydınlatılmış onamının alınması gibi Osmanlı tıp hukuku uygulamaları da günümüz hukukunda bulunmaktadır.

C. Tedip Hakkının Kullanılması

Anne-baba, çocuğu; efendi, köleyi terbiye ederken işlemiş oldukları fiillerden sorumlu değildir. Ancak bunların hakkın kullanılması kapsamına girebilmesi için tedip (yola getirme, uslandırma) ve terbiye sınırında kalmış olması gerekmektedir. Ebu Hanife'ye göre tedip, sırasıyla öğüt, terk, kulağı çekmek suretiyle yapılmalıdır; dövmeye gerek yoktur⁶⁰.

İslam hukukçularının bir kısmı, hakkın kullanılmasına örnek olarak, babanın, annenin veya diğer velayet hakkına sahip kişilerin çocuğu

⁵⁸ Üdeh, s. 540; Avcı, s. 228; Avcı, Genel, s. 106.

⁵⁹ Zorlu, s. 769, 770.

⁶⁰ Ekinci, s. 334. Hz. Peygamber, dayağı genel olarak tasvip etmemiş ve “Allah'ın kullarını dövmeyin”; “Müslümanları dövmeyin” buyurmuştur (Ebu Davud, Nikah, 42; İbn-i Mâce, Nikah, 51, <http://www.ayethadis.com>, E.T. 21.11.2018).

dövmesi ve bundan beklenmeyen bir zararın meydana gelmesini gösterir⁶¹. Aralarında Ebu Hanife'nin de bulunduğu hukukçulardan oluşan grup, bu durumun suçun oluşmasına engel olacağını söylerler. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed gibi hukukçuların bulunduğu diğer grup ise, bu durumun suça engel olmayacağını ifade ederler⁶².

İşlenmesinden korkulan fiilden değil, işlemekte olduğu fiilin kötülüğünden dolayı çocuğun tedibi gerekir. Bu hak, buluş çağına ermemiş çocuklar üzerinde söz konusudur. Tedip için uygulanan dövme, çocukların terbiyesinde kabul edilen bir dövme ölçüsünde olmalı; uslandırma ve terbiye kastı olmalı ve bu kast aşılmamalıdır⁶³.

Ebussuud Efendi'nin; *“Eve gelmediği, namaz kılmadığı ve devamlı şarap içtiği için dövülen çocuk ölse bile babasına bir yaptırım uygulanmaz⁶⁴”* şeklindeki fetvası Osmanlı'da bu hakkın sınır aşılrsa da hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edildiğini göstermektedir.

Kanuni Umumi Kanunnamesi'nin 27'inci maddesinde yer alan, *“Eğer bir kişinin oğlu genezlik (cinsi münasebet) etse baliğ... olmadıysa babası hıfz etmek lazımdır babası hıfz etmediği için kadı tazir ede ancak cürm alınmaya...”* şeklindeki hükme göre, tedip görevinin ihmali çocuk-

⁶¹ İslam Hukuku'nda tedip amacıyla çocuğun dövülmesinde sınırın aşılmasını engellemek için bazı şartlar kabul edilmiştir. Buna göre, çocuk ancak kasten işlediği bir suç sebebiyle dövülebilir. Çocuk on yaşından küçükse hiçbir şekilde dövülemez; on yaşını dolduran çocuğa üç; buluşa yaklaşmış çocuğa en fazla on sopa vurulabilir. Çocuğun yüzüne, başına ve hayati tehlike oluşturacak yerlerine vurulamaz; kemik kırığı, dayak izi kalacak şekilde yaralanamaz (Avcı, s. 225; Avcı, Genel, s. 95).

⁶² Üdeh, s. 535; Aydın, s. 172.

⁶³ Üdeh, s. 534, 535.

⁶⁴ Ebussuud, No: 178 (Akt. Avcı, s. 225).

ların bir suç işlemesiyle sonuçlanmışsa babanın cezalandırılması gerekir⁶⁵.

Hz. Peygamber kölelerin efendileri tarafından haksız yere dövülmesini yasaklamış; “*Her kim kölesini haksız yere döverse, bu suçun kefaleti, mağdur kölenin azat edilmesidir*” buyurmuştur⁶⁶.

Osmanlı’da had cezalarının infazı devletin yetkisindedir; efendi kölesine sadece tazir cezalarını infaz edebilir. 1851 tarihli Ceza Kanunu’nun üçüncü faslının 19’uncu maddesine göre, köleler ve cariyeler hakkındaki had cezalarının infazı devlete, tazir cezalarının infazı efendilere aittir⁶⁷. Ancak infazda aşırılığa kaçılması dolayısıyla sonradan köleler hakkındaki tazir cezalarının infazı da devlete bırakılmıştır.

Öğretmen veya ustanın öğrenci ve çırağı tedip hakkı, veli veya vasinin iznine bağlı olarak tanınabilir. İzin verilmiş olsa bile sınırın aşılması suç oluşturur ve ölüm veya cismani zarar meydana gelmişse fail diyetten sorumlu tutulur⁶⁸.

Günümüz hukukunda da velilerin çocukları üzerinde tedip haklarının bulunduğu kabul edilmekle birlikte, tedip sınırı Osmanlı Hukuku’na göre daha dar kapsamlı olarak değerlendirilir. Günümüz hukukunda ve Türk Ceza Kanunu’nda “tedip hakkı” yerine “terbiye hakkı” terimi kulla-

⁶⁵ Aynı hüküm I. Selim Kanunnamesi’nde de yer almıştır. Kanuni Kanunnamesi’nin 9’uncu maddesindeki, “*Eğer zinayı evli avret etse (eri reddeylemeyip kabul etse) cürmü eri vere (köftehorluk kınlığı)*” ifadesiyle, kadının tedip edilmemesi, dolayısıyla zina etmesi durumunda para cezasının kocasından alınması gerektiği belirtilmiştir (Akgündüz, Kanunnameler, IV, s. 296-370; Avcı, Genel, s. 94).

⁶⁶ Avcı, s. 226; Avcı, Genel, s. 98.

⁶⁷ Akgündüz, Mukayeseli, s. 831.

⁶⁸ Bilmen, III/115; Üdeh, s. 534; Avcı, s. 226; Avcı, Genel, s. 95.

nılmaktadır. Türk Medeni Kanunu, madde 339/2’de terbiye hakkını, “*çocuk, ana ve babasının sözünü dinlemekle yükümlüdür*” şeklinde ifade etmiştir.

Bir kimsenin, idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişiler üzerinde, belirli bir derecede disiplin yetkisinin bulunmaması durumunda bir kimseyi büyütmek, onu terbiye etmek veya bir meslek ve sanatı öğretmek mümkün değildir. Ancak disiplin yetkisinin sınırı, kişinin beden ve ruh sağlığını bozmayacak veya bunları tehlikeye atmayacak derecede olmalıdır. Örf ve adet hukuku gereği günümüzde de aile büyüklerinin çocukları terbiye etmek için birtakım tedbirler alabilmesi gerekir; bunlar çok hafif acı vermeler, hafif hakaret, hafif tehditler niteliğinde olabilir. Ayrıca alınan tedbirler; merhamet, acıma ve şefkatle bağdaşmayacak nitelikte olmaması gerekmektedir⁶⁹.

Terbiye etmek ve disiplin altına almak yetkisinin sınırları içinde kalmak kaydıyla fiil suç teşkil etmez. Terbiye yetkisini kötüye kullanma suçu, mağdurun aklî ve bedenî hastalığına sebebiyet verildiği veya verilme tehlikesi doğurulduğu zaman gerçekleşir. TCK madde 232/2’de terbiye hakkının sınırı “*idaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir*” hükmüyle düzenlenmiştir.

⁶⁹ Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2018, s. 483, 484.

D. Spor Faaliyetleri

Zihni ve bedeni kuvvetlendirici görüldüğünden, İslam dini spor faaliyetlerini teşvik eder⁷⁰. Bugün spor faaliyetleri olarak tanımlanan aktivitelerin geneli fıkıh kitaplarında “*fürûsiyye*” terimi ile karşılanmaktadır. Spor faaliyetleri kapsamında, beden eğitimi, atlı sporlar, kayak yarıştırmak, ağırlık kaldırmak, ip çekiştirmek, güreş ve benzeri oyunlar girmektedir⁷¹.

Spor faaliyetleri sırasında spor kuralları içinde hareket edilmişse rakibin zarar görmesi durumunda bu faaliyetler hukuka uygunluk sebebi oluşturur. Kural dışına çıkarak rakibe kasten zarar verilmişse, bu durumda fiili işleyen kasten işlenmiş suçtan sorumlu olur. Örneğin, güreşen iki kişiden biri diğerini dövmekle veya yere çarpmakla ölmesine sebep olursa diyetini ödemesi gerekir. Taksirle hareket edilmişse ve bu durum taksirle öldürme veya yaralama gibi bir suç oluşturuyorsa ceza sorumluluğu doğar; ancak taksirli hareketle suç oluşturmayan zararlı fiiller ortaya çı-

⁷⁰ “Onlara karşı gücünüz yettiği kadar kuvvet ve savaş atları hazırlayın. Onlarla Allah’ın düşmanını, sizin düşmanınızı ve bunlardan başka sizin bilmediğiniz fakat Allah’ın bildiği diğer düşmanları korkutursunuz. Allah yolunda her ne harcarsanız karşılığı size tam olarak ödenir. Size zulmedilmez.” Enfâl, 8/60.

⁷¹ Hz. Peygamber’in bizzat kendisinin de koşu, ok atış, deve ve at yarışları düzenlediği bilinmektedir (Üdeh, s. 542). Ayrıca Hz. Peygamber, kişinin öğrendikten sonra atıcılık sporunu terk etmesini Allah’ın kendisine verdiği bir nimete karşı nankörlük etmesi olarak yorumlamış; çocuklara yüzmeyi öğretmeyi tavsiye buyurmuş; taşlarla ağırlık kaldırma müsabakası yapan kişileri müsamahayla karşılamıştır. Ebu Dâvûd, Cihâd, 24; Nesâî, Hayl, 7; Ahmed b. Hanbel, el-Müsned, XXVIII, 572, Hadis no:17336 (Akt. Telkenaroğlu, M. Rahmi, “İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Spor Faaliyetleri”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:36, Erzurum, 2011, s. 77).

karsa bunlar haksız fiil olarak değerlendirilir ve sadece tazmin sorumluluğu ortaya çıkar⁷².

Doğal olarak bir hukuk düzeninde, bir faaliyetten hukuka uygunluk nedeninin bulunduğu gerekçesiyle cezai sorumluluğun kaldırılması, aynı hukuk düzeninin söz konusu faaliyeti meşru kabul etmesine bağlıdır. Dolayısıyla İslam hukukçuları tarafından meşru görülmeyen, doğrudan insan yüzü ve bedenine şiddet uygulamayı esas alan sporlarda bir hukuka uygunluk nedeni aranmaz. Tehlikesiz bir oyunda oyun kurallarına riayet eden oyuncu, öngöremediği tesadüflerle rakibinin yaralanmasına veya ölmesine sebep olmuşsa sorumlu olmaz; ancak boks gibi tehlikeli spor faaliyetlerine katılanlarda zarar vereni sorumlu tutmak gerekir. Çünkü hayati tehlike taşıyan bir oyunda ölüme rıza geçerli değildir; sadece oyuna rızayla girilmesi failin cezasını hafifletir. Düello yapanlardan biri ölürse, öldüren taraf sorumlu olur⁷³.

Spor faaliyetlerinde meydana gelen sakatlanma ve ölüm hallerinde ceza sorumluluğunun ortadan kalkması için bir takım şartların bulunması zorunludur: 1. Karşılaşma, korkutma, zorlama ve şike gibi rızayı zedeleyen etkenler olmaksızın özgür iradeyle yapılmış olmalı ve her bir sporcu oyunun doğuracağı tehlikelerden haberdar edilmelidir. 2. Sporcu, icra ettiği bu spor için belirlenen yaştan küçük olmamalıdır; yaralanan sporcu en azından temyiz yaşını geçmiş olmalıdır. 3. Karşılaşma, oyun kurallarına uygun olarak oynanmalıdır. Spor faaliyetlerinin kurallara uygun ya-

⁷² Bilmen, III/113, No: 341; Üdeh, s. 543; Avcı, s. 227; Avcı, Genel, s. 100.

⁷³ Avcı, Genel, s. 100, 101; Telkenaroğlu, s. 80, 94. Hz. Peygamber, “İki kişi kılıçlarıyla karşı karşıya gelince ölen de öldüren de cehennemdedir” buyurmuştur. Buhari, İman, 23; Müslim, Fiten, 14; Ebu Davud, Fiten, 5 (Akt. Ebu Zehra, No:559, s. 469).

pılmaması halinde hukuka uygunluk sebebi gerçekleşmiş olmaz. Örneğin, futbol maçında yapılan sıradan fauller cezalandırılmadığı halde, bir futbolcunun diğerine yumruk atması halinde yumruk atan cezalandırılacaktır⁷⁴.

İslam-Osmanlı Hukuku'nda tehlikeli dövüş sporlarında meydana gelen kafa travması, kırık, kaş açılması gibi sakatlanmalar ve ölümlerde cezai sorumluluk mağdurun rızasının etkinliği açısından değerlendirilmiş ve hakkın kullanılması sayılmamıştır. Günümüz ceza hukukunda ise, spor faaliyetleri tehlikeli ve tehlikesiz ayrımı yapılmaksızın hakkın kullanılması kapsamında değerlendirilmektedir. Günümüz hukuk sistemlerinde, bir taraftan ilgilinin rızasında, suçun, vücut bütünlüğüne yönelik olmaması şartı koşulup diğer taraftan bu tür tehlikeli sporlarda oluşan suçların hakkın kullanılması olarak değerlendirilip cezaya konu edilmemesi çelişkilidir; bu sebeple bu konuda İslam Hukuk doktrininin suç genel teorisi açısından daha isabetli olduğu belirtilmelidir.

E. Şikâyet Hakkı

Mağdurun kendisine karşı işlenen suçu açıklaması, ilgililere duyurması sınırları içinde kalırsa ihbar/şikâyet hakkının kullanılması kapsamında olup hukuka uygundur. Ancak iftira ve hakaret gibi sınırı aşan haller hukuka aykırıdır. Bir çocuğun nesebinin reddi davasında mecburen bu çocuğun evlilik dışı olduğu iddia ve ispat edileceğinden, şikâyet ve dava hakkının kullanılması hukuka uygunluk sebebidir. Fakat dava bittik-

⁷⁴ Telkenaroğlu, s. 98, 99.

ten sonra lian uygulaması yapılmış kadın ile çocuğu hakkında ileri geri konuşmak suç oluşturur⁷⁵.

Şikâyet hakkı kapsamındaki isnat ve değerlendirmelerin işlenen suçla ve davayla ilgili olması gerekir. Tahkir, iddia ve savunmaya bir şekilde hizmet etmeli; yani isnat ve değerlendirmeler faydalı olmalıdır. Ayrıca isnat ve değerlendirmelerin gerçek, somut olaylara dayanması ve tahkir edici beyanların iddia ve savunma sınırını aşmaması lazımdır⁷⁶. Bu şartlar gerçekleştiğinde şikâyet hakkı hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilir.

Günümüzde bu hak, iddia ve savunma dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilmiştir. Bu hak, TCK madde 128’de şu şekilde düzenlenmiştir: *“Yargı mercileri veya idari makamlar nezdinde yapılan yazılı veya sözlü başvuru, iddia ve savunmalar kapsamında, kişilerle ilgili olarak somut isnatlarda ya da olumsuz değerlendirmelerde bulunulması halinde, ceza verilmez. Ancak, bunun için isnat ve değerlendirmelerin, gerçek ve somut vakıalara dayanması ve uyumsuzlıkla bağlantılı olması gerekir.”*

F. Eleştiri Hakkı

İslam ve Osmanlı Hukuku’nda eleştiri sınırında kalan düşünce açıklamaları hukuka uygunluk sebebi sayılmış; Hz. Peygamber ve Dört Halife, eleştiride bulunanları cezalandırmamıştır. İslam’da siyasi muhalefet hem bir hak hem bir görevdir. Devlet başkanına biat ve itaat etme-

⁷⁵ Avcı, s. 224; Avcı, Genel, s. 93; Çağrı, Mustafa, “Gıybet”, DİA, Cilt:14, 1996, s. 64.

⁷⁶ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 313-315.

mek, verdiği görevleri yapmamak, muhalefet etmek bağı suçunu oluşturmaz. Devlet başkanını eleştirenler, tek başlarına kaldıkça veya bir araya toplansalar bile şiddet unsuru içeren bir örgüt kurmadıkça, silahlı eyleme kalkışmadıkça, ülkenin bir bölgesinde kendi egemenliklerini tesis etmedikçe ve kolluk güçlerinin denetimi altında kaldıkça hukuki dokunulmazlıktan yararlanırlar⁷⁷.

Eleştiri hakkı sadece idarecilere değil, yargı faaliyetlerini yürütenlere karşı da kullanılabilir. Hâkimler, tarafsızlık veya hukuktan sapma gibi soyut şekilde eleştirilebilir⁷⁸. Ancak rüşvet isnadı olursa, eleştiri sınırı aşılmış olur; eylem hakaret suçuna dönüşebilir. Ebussuud Efendi'ye göre, bilgisiz kadıları eleştirmek caizdir⁷⁹.

Eleştiri hakkı, koşul ve durumlara göre derecelendirilerek değerlendirilmesi gerekir. Eleştiri hakkının, muhatabın niteliğine göre de sınırları ayrıca değerlendirilmelidir. Bir ifadenin eleştiri hakkı kapsamından yararlanabilmesi için her şeyden önce insan onurunu zedeleyici karakterde olmaması lazımdır; bu yüzden eleştiri hakkının doğal sınırı olarak insan onurunun korunması kabul edilebilir⁸⁰.

Eleştiri hakkı, günümüz hukuk doktrinde “eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları” başlığı altında incelenmektedir. TCK madde 218'deki, “...haber verme sınırlarını aşmayan ve eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” ve 301/3'deki “eleştiri ama-

⁷⁷ Avcı, Genel, s. 107.

⁷⁸ Hz. Peygamber, ona taraf tuttuğunu söyleyen Medineli bir kişiyi cezalandırmamış, eleştiri hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Buhari, Şırb, 6-8, Sulh, 12 (Akt. Avcı, Genel, s. 109).

⁷⁹ Avcı, Genel, s. 108, 109.

⁸⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 309.

cıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” hükümleri eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının hakkın kullanılması kapsamında bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu göstermektedir.

G. Direnme Hakkı

“Allah... haksız yere bağıyi (isyani) haram kıldı” (A’raf, 7/33). Haklı direniş, bağı olmaz; isyan hareketi yönetimin zulüm ve haksızlığı sebebiyle ortaya çıkmışsa isyancılar suç işlemiş sayılmazlar⁸¹. Zalim veya görevi ifadan aciz devlet başkanına karşı isyan bağı değil, meşru bir direnmedir. Zalim idarecinin azli gerektiğinden, muhalefet hakkını kullanan zümreye herkesin yardım etmesi gerekir⁸².

Günümüz hukuk doktrinin de böyle bir hukuka uygunluk sebebi yer almamaktadır.

V. Kanı Heder Olan Şahısların Öldürülmesi Veya Yaralanması

Kanı heder olan (öldürülmesi serbest olan) şahısların öldürülmesi veya yaralanması, ceza sorumluluğu doğurmaz. Müslümanlarla savaş halinde olan harbî, dinden çıkan mürted, devlete isyan eden bağı, yol kesen eşkıya ve kısas edilmesi gereken şahıslar bunların arasında sayılmalıdır⁸³.

⁸¹ Özel, Ahmet, “Dârülbâğı”, DİA, Cilt:8, 1993, s. 514.

⁸² Bilmen, III/411; Avcı, s. 230; Avcı, Genel, s. 109.

⁸³ Ebu Zehra, No:560, s. 470; Cin/Akgündüz, s. 307; Cin/Akyılmaz, s. 216; Üdeh, s. 549.

İslam'da genel kural can, ırz ve malın dokunulmaz oluşudur. Kişi dokunulmazlığı, dinden ayrılma, zimmet anlaşmasının bozulması veya öldürülmeyi serbest kılan suçlardan birinin işlenmesi suretiyle son bulabilir. Öldürmeyi serbest duruma getiren suçlar; evlilerin zinası, eşkıyalık, yol kesme ve yağmada bulunma, kamu düzenine karşı ayaklanma, kasten öldürme veya organ kesme ve hırsızlıktır. Bu suçlar işlendiği anda kişi dokunulmazlığı kalkar. Bu sayılanlar dışındaki suçları işlemekle dokunulmazlık ortadan kalkmaz⁸⁴.

Böyle bir hukuka uygunluk sebebi günümüz hukukunda karşılığı- nı bulmasa da, TCK 309 ve 311'inci maddelerde düzenlenen Anayasayı ihlal suçu ve yasama organına karşı suç işleyenlere ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası verilmesi İslam hukuk düşüncesindeki gibi kamu düzenini korumayı amaçlayan ve kişi dokunulmazlığını kaldıran bir hal olarak görülebilir.

VI. Mağdurun Rızası

Mağdurun kendisine karşı işlenen suçu onaylaması durumuna “mağdurun rızası” denir. Kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiil suç oluşturmaz. Mağdurun rızası bazen suçu ortadan kaldırır. Bu duruma örnek olarak hırsızlık suçunu verebiliriz; malının alınmasına rıza gösteren bir kişi varsa, malı alan kişi hırsızlık suçu işlemiş sayılmaz. Cinayet suçlarında ise, rızanın olması, suçu tamamen ortadan kaldırmaz; adam öldürme suçunda diyet gerekir; yaralama suçunda bir şey gerekmez, ancak failin dinî sorumluluğu devam eder. Her iki durumda da ge-

⁸⁴ Üdeh, s. 547, 548.

rekirse faile tazir cezası verilebilir. Bunun sebebi, kişinin kendi canı üzerinde hukuki tasarruflarda bulunamamasıdır. Öldürme ve yaralama suçlarında mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi değil; cezayı düşüren bir sebeptir⁸⁵.

Hanefi mezhebine göre, bir şahsın kendisinin öldürülmesine rızası, fiili hukuken mübah hale getirmez; çünkü şer’i bir nass bulunmadıkça, kişilerin nefislerinin dokunulmazlığı genel ilkedir. Kişinin kendisinin öldürülmesine rızası, bu dokunulmazlığı kaldırarak nitelikte bir hukuki gerekçe ya da dayanak değildir. Bu nedenle mağdurun rızası, hukuken yok hükmündedir ve fiile etkisi olmadığından öldürme fiilinin yasaklığı devam eder. Dolayısıyla bu fiili işleyen şahıs, kasten öldürme suçu işlemiş olarak değerlendirilir. Ancak işlenen fiil kasten öldürme suçu kapsamında ele alınmasına rağmen, mağdurun rızasının suçluya uygulanacak cezaya etkisi konusunda Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve İmam Muhammed, rızayı şüphe konumunda değerlendirilerek, suçluya kısas cezası uygulanmayacağını, failin diyet ödemekle yükümlü tutulacağını ileri sürmüşlerdir. Ayrıca Hanefiler, mağdurun müessir fiillere rızasının cezayı düşürdüğünü kabul etmişlerdir⁸⁶.

İslam Hukuku’na göre, kişilerin hayatlarına son verme ve öldürülmelerine izin verme hakları olmadığı için ötanazi de yasak ve suç kap-

⁸⁵ Ebu Zehra, No:556, s. 467; Ekinci, s. 335; Avcı, s. 230, 231; Avcı, Genel, s. 110; Yiğit, Yaşar, “İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, Cilt:16, Sayı:3, 2003, s. 342.

⁸⁶ Yiğit, Ötanazi, s. 342, 343.

samındadır⁸⁷. Bir kimsenin işlediği suç sebebiyle kendisini cezalandırması da icma ile haram kabul edilmiştir⁸⁸.

Mağdur yaralamaya izin vermiş, ancak yaralama fiili sonucu ölmüşse, fail netice sebebiyle ağırlaştırılmış yaralamadan sorumlu tutulur. Zina, çok failli bir suç olduğu için mağdurun rızası hukuka uygunluk sebebi olmaz; çünkü fiile rıza gösteren kişi de fail konumundadır⁸⁹. Zina, kumar gibi çok failli suçlarda mağdur, genel ahlak ve aile düzeni olduğundan failler suçun işlenmesine razı olsalar bile sorumlulukları devam eder.

“*Birbirinizin mallarını gayrimeşru bir biçimde yemeyin*” (Bakara, 2/188) ayeti, faiz ve rüşvet gibi sebeplerin karşılıklı rıza olsa bile meşru iktisap sebebi olamayacağına, rızanın işlemi hukuka uygun hale getiremeyeceğine işarettir⁹⁰.

Bir evdeki yangını söndürmek için giren kişi, ev sahibinin açık izni olmasa da mefruz (varsayılan) rızası sebebiyle konut dokunulmazlığını ihlal suçunu işlemiş olmaz. Yıkılmak üzere olan bir duvarı, başkasına zarar vermesin diye yıkan kişi de mala zarar verme suçu işlemiş sayılmaz⁹¹.

Mağdurun rızasının bir hukuka uygunluk sebebi sayılabilmesi için, rıza gösteren kişinin hak sahibi olması ve en azından temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Rızanın suçtan önce veya en azından

⁸⁷ Yiğit, Ötanazi, s. 345, 346.

⁸⁸ Bilmen, III/193.

⁸⁹ Bilmen, III/197; Avcı, Genel, s. 112.

⁹⁰ Avcı, s. 230, 231; Avcı, Genel, s. 112.

⁹¹ Ebu Zehra, No:252, s. 214.

suçun icra hareketlerinin devam ettiği sırada açıklanması lazımdır; sonradan verilen rıza fiili hukuka uygun hale getirmez⁹². İslam hukukundaki “malı çalınan kişi, bu malı hırsıza hibe ederse hırsızın eli kesilmez” kuralı bu duruma aykırı bir örnek olarak görülebilir. Ancak burada mağdurun rızası ile işlenen fiil hukuka uygun hale gelmemekte, sadece hırsızlık suçunun karşılığında verilecek cezanın niteliği değişmektedir. Bu durumda işlenen hukuka aykırı fiile karşılık verilecek had cezası, unsurları tam oluşmadığından düşmekte, onun yerine devletin tazir cezası verme yetkisi devam etmekte ve suç cezalandırılmaktadır.

Günümüzde bu hukuka uygunluk sebebi, “ilgilinin rızası” başlığı altında Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiştir. TCK madde 26/2’ye göre, “Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.” Yine buradaki düzenlemenin İslam-Osmanlı Hukuku’ndaki paralel olduğu ve benzer şartlar taşıdığını söylemek gerekmektedir.

SONUÇ

Osmanlı ceza hukukunda ve kaynağı olan İslam ceza hukukunda hukuka uygunluk sebepleri gelişmiş ve çağdaş ceza hukuku sistemlerinden çok farklı değildir. Her ne kadar klasik fıkıh eserlerinde suçun genel unsurlarına ilişkin bağımsız bölümler bulunmasa da bu durum kurumsal bir suç teorisinin oluşmasına engel oluşturmamıştır.

⁹² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 324-326.

İslam ve Osmanlı Hukuku'nda yer alan görevin ifası, meşru müdafaa, hakkın kullanılması ve mağdurun rızası gibi hukuka uygun sebepleri, 5237 Sayılı TCK'da da benzer şekilde "kanun hükmünü yerine getirme", "meşru savunma", "hakkın kullanılması" ve "ilgilinin rızası" başlıkları altında düzenlenmiştir.

Araştırmamız, her iki hukuk sisteminde de, hukuka uygunluk sebeplerinin şartlarının benzer olduğunu, sadece sınırları ve kapsamı açısından bazı farklılıklar bulunduğunu ortaya koymaktadır. Osmanlı Devleti'nin çağdaşı olan birçok devletin hukuk sistemlerinde, bazı hukuka uygunluk sebepleri yer almazken Osmanlı Hukuku'nda hepsinin bugünkü anlamlarıyla, kanunlarda düzenlenmemiş olsa da, var olması Osmanlı Hukuku'nun ne kadar ileri bir seviyede olduğunu gösterir.

Hukuk, insanlığın ortak aklının, ihtiyaçlarının ve dinî-ahlâkî değerlerinin bir gereği olarak ortaya çıkar ve gelişir. Osmanlı'da hukuka uygunluk sebeplerinin kanunlarda açıkça yer almaması, onların tüm ilke ve kurallarıyla var olmadığı, uygulanmadığı anlamına gelmez; ancak bu tür kuralların hukukî metinlerde düzenlenmiş olması, o ülkede yaşayan bireylerin temel haklarının teminat altına alınması bakımından önemlidir.

Tüm bu anlatılanlar bizi Osmanlı'da uygulanan hukuka uygunluk sebeplerinin, yeniden Avrupa kaynaklı olarak alınıp iç hukuk sisteminde uygulamaya konulduğu sonucuna götürmektedir.

KAYNAKÇA

Akgündüz, Ahmet; Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı, Diyarbakır, 1986, (Mukayeseli).

Akgündüz, Ahmet; Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri, Cilt:1-9, İstanbul 1990-1996, (Kanunnameler).

Akgündüz, Ahmet ve Heyet; Şer'iyeye Sicilleri Mahiyeti, Toplu Katalogu ve Seçme Hükümler, Cilt:1, İstanbul, 1988.

Akman, Mehmet; Osmanlı Devleti'nde Ceza Yargılaması, İstanbul, 2004.

Avcı, Mustafa; Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Konya, 2014, (Genel).

Avcı, Mustafa; Türk Hukuk Tarihi, 7. Baskı, Konya, 2018.

Aydın, Mehmet Akif; Türk Hukuk Tarihi, 14. Baskı, İstanbul, 2017.

Bilmen, Ömer Nasuhi; Hukuk-ı İslamiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul, 1967.

Canan, İbrahim; Kütüb-i Sitte Muhtasarı Tercüme ve Şerhi, Cilt:13, Ankara, 1992.

Cin, Halil/ Akgündüz, Ahmed; Türk Hukuk Tarihi Kamu Hukuku, Cilt:1, 3. Baskı, İstanbul, 1995.

Cin, Halil/ Akyılmaz, Gül; Türk Hukuk Tarihi, 9. Baskı, Konya, 2017.

Çağrı, Mustafa; "Gıybet", DİA, Cilt:14, 1996, s. 63-64.

Çolak, Abdullah; “İslâm Ceza Hukukunda Meşrû Müdâfaa”, Ekev Akademi Dergisi, Yıl:8, Sayı:19, 2004, s. 135-156.

Demirtaş, Necati; Açıklamalı Osmanlı Fetvaları Fetavâ-yı Ali Efendi-Cild-i Sâni, Çatalcalı Ali Efendi, İstanbul, 2014.

Dönmez, İbrahim Kafi; “Meşru Müdafaa”, DİA, Cilt:29, 2004, s. 383-387.

Düstur, 1. Tertip, Cilt:1-2, İstanbul, 1289-1291.

Ebu Zehra, Muhammed; İslam Hukukunda Suç ve Ceza, Cilt:1, İstanbul, 1994.

Ekinci, Ekrem Buğra; Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, İstanbul, 2008.

Esen, Hüseyin; İslam’da Suç ve Ceza, İstanbul, 2006.

Hakeri, Hakan; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2017.

Hamidullah, Muhammed; İslam Peygamberi, Cilt:2, çev. Salih Tuğ, İstanbul, 1993.

İstanbul Kadı Sicilleri, Üsküdar Mahkemesi 51 Numaralı Sicil (987-988/1579-1580), Haz. Rifat Günalan, İstanbul, 2010.

Kazıcı, Ziya; Osmanlılarda İhtisap Müessesesi, İstanbul, 1987.

Ömer Hilmi Efendi; Miyâr-ı Adalet, İstanbul, 1301.

Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar/ Tepe, İlker; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara, 2017.

Özel, Ahmet; “Dârülbağy”, DİA, Cilt:8, 1993, s. 514-515.

Özgenç, İzzet; Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.

Soyaslan, Doğan; Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Baskı, Ankara, 2018.

Telkenaroğlu, M. Rahmi; “İslam Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak “Spor Faaliyetleri”, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:36, Erzurum, 2011, s. 71-104.

Ûdeh, Abdülkadir; Mukayeseli İslam Ceza Hukuku ‘Genel Hükümler’, Cilt:1, çev. Ali Şafak, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

Yiğit, Yaşar; “İslâm Ceza Hukuku Açısından Ötanazi ve Hukukî Sonuçlarının Değerlendirilmesi”, İslâmî Araştırmalar Dergisi, Cilt:16, Sayı:3, 2003, s. 337-349, (Ötanazi).

Yiğit, Yaşar; “İslâm Ceza Hukukuna Göre Meşrû Müdafaa ve Hukukî Sonuçları”, Diyanet İlmî Dergi, Cilt:39, Sayı:1, 2003, s. 37-54.

Yurtseven, Yılmaz; “İslam-Osmanlı Ceza Hukukunda Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Meşrû Müdâfaa”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 745-764.

Zorlu, Süleyman Emre; “İslam ve Osmanlı Hukukuna Göre Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları”, II. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, Cilt:1, İstanbul, 2016, s. 765-797

DENİZ GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASINDA BÖLGESEL BİR DÜZENLEME ÖRNEĞİ: CİBUTİ KODU

*Dr. Öğr. Üyesi Yasin POYRAZ**
*Arş. Gör. Figen TABANLI***

Özet

Günümüzde deniz haydutluğu ve gemilere karşı işlenen silahlı soygun eylemlerinin ulaştığı düzey, küresel boyutta denizcilik faaliyetlerinin yürütülmesini güçleştirmekte ve deniz güvenliği bakımından ciddi bir tehdit oluşturmaktadır. Uluslararası deniz hukukunun en temel kaynağı konumundaki 1982 Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi (BMDHS), yeni gelişen eylem türleriyle mücadelede yetersiz kalmıştır. Bu sebeple uluslararası toplum bir yandan yeni sözleşmelerle daha önce düzenlenmemiş eylemleri de yaptırıma tabi tutmuş; bir yandan da, BM Örgütü'nün kararlarıyla askeri operasyonlar da dâhil etkin bir mücadele gerçekleştirmiştir. Küresel mücadelenin başarısı, aslında bölgesel işbirliğinin uygun araçlarla yürütülmesine bağlıdır. Somali karasuları ve açıkları

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı.

Makale Geliş Tarihi:25.08.2018

Makale Kabul Tarihi:04.10.2018

rında ortaya çıkan deniz haydutluğuyla mücadelenin devamı niteliğindeki 2009 Cibuti Kodu ve 2017 Cidde Değişikliği, dinamik bir gelişim göstererek, deniz güvenliğinin sağlanmasında önemli bir bölgesel işbirliği örneği oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Cibuti Kodu, Cidde Değişikliği, Deniz Güvenliği, Deniz Haydutluğu, Mavi Ekonomi.

AN EXAMPLE OF REGIONAL REGULATION FOR THE PROVISION OF SEA SECURITY: DJIBOUTI CODE

Abstract

Today, the level reached by sea piracy and acts of armed robbery against vessels makes it difficult to conduct maritime activities on a global scale and poses a serious threat to maritime security. The 1982 United Nations Convention on the Law of the Sea, the most fundamental source of international maritime law, is inadequate in the fight against the new types of action. For this reason, the international community on the one hand, the new contracts have been subjected to previously unprecedented actions; on the other hand, an effective struggle, including military operations, is performed with the decisions of the UN Organization. The success of the global struggle depends on the fact that the regional cooperation is carried out with appropriate means. The 2009 Djibouti Code and the 2017 Jeddah Amendment, which are the continuation of the struggle for piracy in Somalia's territorial waters and beyond the territori-

al waters, provide a dynamic development and constitute an important example of regional cooperation in the provision of maritime security.

Keywords: Djibouti Code, Jeddah Amendment, Maritime Security, Piracy, Blue Economy.

Giriş

Deniz haydutluğu ve gemilere karşı işlenen silahlı soygun eylemleri, denizcilik faaliyetlerini ciddi düzeyde zorlaştıran bir olgu haline gelmiştir. Tüm bu eylemler, deniz ticareti ve güvenliğine yönelik küresel bir etki doğurmaktadır. Günümüzde Aden Körfezi ve Hint Okyanusu, denizcilik faaliyetlerine yönelik haydutluk ve silahlı soygun açısından yüksek riskli bölgeler olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda hem uluslararası toplum hem de bölgedeki kıyı devletleri, sorunun çözümü için her türlü çabayı göstermektedir¹.

Deniz haydutluğu ile mücadelede ve denizde güvenliğin sağlanmasında devletlerin aktif katılımı, tutum ve davranışları ile taahhütleri büyük önem arz etmektedir. Uluslararası Deniz Hukuku Mahkemesi yargıcı *Helmut Tuerk*, mücadelede toplumsal ortak iradenin önemine şu ifadelerle işaret etmiştir: “*Deniz haydutluğu yüzyıllar boyunca var olmuştur ve halen tehdit olmaya devam etmektedir. Her devletin sadece deniz haydutluğu faaliyetlerini durdurmak için harekete geçme hakkı olduğu gibi, aynı zamanda bir görevi de vardır*”².

Devletlerin küresel düzeyde uluslararası işbirliği kadar bölgesel düzeyde işbirliği de denizlerde güvenliğin sağlanması için önemli ve gereklidir. Togo Cumhuriyeti Dışişleri Bakanı *Robert Dussey Cibuti Kodu-*

¹ Edmond Randrianantenaina, Jean; *Maritime Piracy and Armed Robbery Against Ships: Exploring the Legal and the Operational Solutions, The Case of Madagascar*, Division for Ocean Affairs and the Law of the Sea, Office of Legal Affairs, The United Nations, New York, 2013, s. ii.

² Tuerk, Helmut; “Combating Terrorism at Sea - The Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation”, *University of Miami International and Comparative Law Review*, Vol: 15 (2008), s. 342.

nun değerini şu şekilde belirtmiştir: “Afrika ülkeleri Cibuti Kodunun oluşturulmasında sorumluluk taşımaktadır; Afrika için deniz güvenliği son derece önemli bir konudur, çünkü bütün kıta deniz haydutluğu, yasa dışı balıkçılık ve her türlü ticaretten etkilenmektedir”³.

Çalışmamızda, Cibuti Kodunun deniz güvenliğinin sağlanması bakımından hangi eylemleri suç olarak düzenlediği ve bu eylemlere karşı mücadelede hangi kurum ve araçları oluşturduğu, kabul edilen normlar düzeyinde ele alınmış ve bölgesel işbirliğinin bu mücadeleye katkısı üzerinde durulmuştur.

1. Cibuti Kodu ve Evrimi

2008 yılından itibaren önemli bir artış gösteren Somali deniz haydutluğu olayları⁴ sonrasında Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün (*International Maritime Organization* - IMO) girişimleriyle, 2009 yılı Ocak ayında gerçekleştirilen Cibuti toplantısında, Batı Hint Okyanusu ve Aden Körfezi'nde meydana gelen deniz haydutluğu ve gemileri hedef alan silahlı soygun eylemlerinin bastırılması için Cibuti Kodu (*The Djibouti Code of Conduct* - DCoC) kabul edilmiştir. Cibuti, Etiyopya, Kenya, Madagaskar, Maldivler, Seyşeller, Somali, Tanzania ve Yemen temsilci-

³ Chatham House, Ensuring Africa's Maritime Security for Development, <https://www.chathamhouse.org/event/ensuring-africas-maritime-security-development>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁴ Önde gelen kaçırma olayları arasında; çeşitli askeri eşyalar ile 33 T-72 Sovyet tankını taşıyan “MV Faina” ve 100 milyon dolar değerinde ham petrol taşıyan “MT Sirius Star” gemisinin kaçırılması bulunmaktadır. Bu iki olay dünya çapında endişe uyandırmış ve tüm ilgili tarafları bu saldırılara karşı bir çözüm bulmak için arayış içine sokmuştur. Bkz. Muli, Dave; Djibouti Code of Conduct: An Instrument to Suppress Piracy in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden, Master of Science in Maritime Affairs Maritime Safety and Environmental Administration, World Maritime University Dissertations, 2011, s. 20-21.

leri tarafından imzalanan Cibuti Kodu, bölgedeki diğer ülkeler tarafından katılımın sağlanabilmesi için de IMO Genel Merkezinde imzaya açık bırakılmıştır. Komor Adaları, Mısır, Eritre, Ürdün, Morityus, Mozambik, Umman, Suudi Arabistan, Güney Afrika, Sudan ve Birleşik Arap Emirlikleri Cibuti Kodunu imzalayan ülkeler arasındadır. Bu Kod toplam yirmi bir bölge ülkesinden yirmisi tarafından imzalanmıştır⁵.

Cibuti Kodunun amacı, bölgedeki ülkeler arasında, bölgesel işbirliğini arttırmaktır. İmzalandığı tarihten itibaren yürürlüğe giren bu Koda göre imzacı devletler, Batı Hint Okyanusu ve Aden Körfezi'nde meydana gelen deniz haydutluğu ve gemileri hedef alan silahlı soygun eylemlerinin bastırılması için mümkün olan en geniş ölçüde işbirliği yapmayı kabul etmişlerdir⁶.

Cibuti Kodunun, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin (BMGK) konu ile ilgili kararlarının da, ayrıca göz önüne alınarak uygulanması amaçlanmaktadır. BMGK'nin bu kararları; 1814 (2008), 1816 (2008), 1838 (2008), 1844 (2008), 1846 (2008), 1851 (2008)⁷ ve BM Genel Kurulu'nun 63/111 sayılı IMO'nun yetki alanına giren kararıdır.

⁵ International Maritime Organization; The Djibouti Code of Conduct (DCoC), http://www.imo.org/en/our_work/security/piu/pages/content-and-evolution-of-the-djibouti-code-of-conduct.aspx, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁶ <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piu/pages/content-and-evolution-of-the-djibouti-code-of-conduct.aspx>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁷ Örneğin Güvenlik Konseyi, bu kararında, deniz haydutlarının tutuklanmasını ve bu haydutlar hakkında kovuşturmayı kolaylaştırmak için kolluk görevlilerinin gemilere girmesine izin veren, devletler arasında özel düzenlemeler yapılmasını dile getirmektedir. Bu karar ayrıca on iki aylık bir süre için ve uygun onaylara tabi olarak devletlerin, denizde korsanlık ve silahlı soygun eylemlerini bastırmak amacıyla Somali'de uygun olan tüm gerekli önlemleri alabileceğini öngörmektedir. Bkz. United Nations; Meeting Coverage and Press Releases, Security Council Authorizes States to Use Land-Based Operations in Somalia, as Part of Fight Against Piracy off Coast, Unanimously Adapting 1851(2008), <http://www.un.org/press/en/2008/sc9541.doc.htm>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Bu kararlar yine BMGK'nin 1897 (2009), 1918 (2010), 1950 (2010), 1976 (2011), 2015 (2011), 2020 (2011), 2077 (2012), 2125 (2013), 2184 (2014), 2246 (2015) ve 2316 (2016) sayılı kararları ile tamamlanmıştır⁸.

Önsözünde de belirtildiği gibi Cibuti Kodunun ilham kaynağı ilk bölgesel işbirliği mekanizması olan “*Asya’da Deniz Haydutluğu ve Gemileri Hedef Alan Silahlı Soygun ile Mücadele Hakkında Bölgesel İşbirliği Anlaşması*”⁹ - *ReCAAP*’dır¹⁰.

Cibuti Kodunun odaklandığı dört alan vardır. Bunlar; eğitim, kalkınma, hukuk ve bilgi paylaşımıdır. İmzalandığı günden bu yana, eğitim, kalkınma, ulusal mevzuatın gözden geçirilmesi ve bilgi paylaşımı açısından Cibuti Kodu ile önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Kıyı güvenlik görevlilerinin ve uzmanlarının eğitimi organize edilmiş ve bölgedeki haydutluk ve silahlı soygunla mücadele sorunlarının kontrol altına alınması konusundaki bilinçlenmeyi arttırmada katkıda bulunulmuştur¹¹.

⁸ İlgili kararlar için bkz. United Nations, Security Council Resolutions, <http://www.un.org/en/sc/documents/resolutions/>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁹ Asya’da Deniz Haydutluğu ve Gemileri Hedef Alan Silahlı Soygun ile Mücadele Hakkında Bölgesel İşbirliği Anlaşması - ReCAAP, 11 Kasım 2004 tarihinde kabul edilmiştir. Bangladeş, Kamboçya, Brunei, Hindistan, Çin, Endonezya, Laos, Japonya, Myanmar, Sri Lanka, Filipinler, Singapur, Güney Kore, Vietnam ve Tayland tarafından imzalanmış; 4 Eylül 2006 tarihinde on devletin onayı ile yürürlüğe girmiştir. Günümüze kadar bu sayı yirmiye ulaşmıştır. Bkz. Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships in Asia (ReCAAP), <http://www.recaap.org/AboutReCAAPISC.aspx>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

¹⁰ International Maritime Organization; Council 102nd Session, Agenda item 14, Protection of Vital Shipping Lanes, Sub-Regional Meeting to Conclude Agreements on Maritime Security, Piracy and Armed Robbery Against Ships for States from the Western Indian Ocean, Gulf of Aden and Red Sea Areas, s. 7.

¹¹ Bueger, Christian / Singh Saran, Mohanvir; Finding a Regional Solution to Piracy: Is the Djibouti Process the Answer? The Research Portal for Maritime Security, Piracy Studies, Academic Research on Maritime Piracy, 18 August 2012, <http://piracy->

Cibuti Kodu, BM Genel Sekreterliği tarafından da bölgedeki deniz haydutluğu ve silahlı soygunla mücadelede kıyı bölgelerinde refahın ve kalkınmanın sağlanabilmesi için gerekli bir araç olarak kabul edilmiştir¹².

Suudi Arabistan'ın Cidde şehrinde, 10-12 Ocak 2017 tarihleri arasında gerçekleştirilen toplantıda Cibuti Kodunun gözden geçirilmesi, ilk karar olarak kabul edilmiş ve bu anlaşma için *2017 Cibuti Kodu Cidde Değişikliği (Jeddah Amendment to the Djibouti Code of Conduct 2017 / Amendement de Djedda au Code de conduite de Djibouti, 2017) şeklindeki adlandırma* benimsenmiştir (*Resolution 1*). Fransızca, İngilizce ve Arapça dillerinde hazırlanan değişiklik metinlerinin her birinin eşit etkiye sahip olduğu kabul edilmiştir (m. 22)¹³. Değişiklik, 2009 yılında kabul edilen Cibuti Kodunun¹⁴ kapsamının önemli ölçüde genişlemesine yol açmıştır. Böylece Cibuti Kodu, deniz haydutluğu yanında insan ticareti ve göçmen kaçakçılığı gibi sözleşmelerle belirlenmiş suçlar ile kural dışı,

studies.org/2012/finding-a-regional-solution-to-piracy-is-the-djibouti-process-the-answer/, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

- ¹² Report of the UN Secretary-General; Pursuant to UNSCR 1846(2008), 13 November, 2009/590, <http://www.un.org/en/sc/documents/sgreports/2009.shtml>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.
- ¹³ 2017 Cibuti Kodu Cidde Değişliğinin de yer aldığı Cidde Toplantısına ilişkin tüm resmi metinler Uluslararası Denizcilik Örgütü'nün 83 sayfalık belgesinde toplanmış ve bu belge çalışmamızda "*Revised Code of Conduct*" kısaltmasıyla kullanılmıştır. Bu belgede yeni anlaşmanın Arapça (s. 8-31), İngilizce (s. 32-54) ve Fransızca (s. 55-77) metinleri yer almaktadır. Tüm belge için bkz. International Maritime Organizations; Revised Code of Conduct Concerning the Repression of Piracy, Armed Robbery Against Ships, and Illicit Maritime Activity in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden Area, <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piu/pages/dcoc.aspx>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.
- ¹⁴ Cibuti Kodu 2009 versiyonu için bkz. International Maritime Organization; Protection of Vital Shipping Lanes, <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PIU/Documents/DCoC%20English.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

bildirilmemiş ve düzenlenmemiş balıkçılık da dâhil olmak üzere diğer yasadışı deniz faaliyetlerini kapsayacak şekilde genişletilmiştir.

Cidde toplantısına, Japonya, Norveç, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri gözlemci devlet olarak katılmıştır. BM Uyuşturucu ve Suç Ofisi (UNODC), Avrupa Birliği (EU), Uluslararası Kriminal Polis Teşkilatı (INTERPOL) ve Doğu Afrika Destek Kuvvetleri toplantıya katılan uluslararası örgütlerdir¹⁵.

Cibuti Kodu Cidde Değişikliğinin başlangıç hükümlerinde; sürdürülebilir ekonomik büyüme, gıda güvenliği, istihdam, refah ve istikrarın devamı, denizcilik ve balıkçılık gibi unsurları içeren "*mavi ekonomi*"nin (*blue economy / économie bleue*)¹⁶ önemli rolü kabul edilmiş; Batı Hint Okyanusu'nda ve Aden Körfezi'nde, deniz haydutluğu ile mücadele, gemi kaynaklı silahlı soygun ve balıkçılık suçlarını da içeren diğer yasadışı deniz faaliyetlerine karşı derin endişeler taşındığı belirtilmiştir¹⁷.

Cidde toplantısında müzakereler sonucunda dört karar (*resolution / résolution*) imzalanmıştır. Birinci kararda, Batı Hint Okyanusu ve Aden Körfezi'nde meydana gelen deniz haydutluğu ve gemileri hedef alan silahlı soygun eylemlerinin bastırılması için Gözden Geçirilmiş Kod kabul edilmiştir. İkinci karar, teknik işbirliği ve desteği; üçüncü karar, bölgede-

¹⁵ Revised Code of Conduct, s. 3.

¹⁶ "*Mavi ekonomi*" kavramını, "*yeni bilim ve teknolojileri okyanusla birleştiren, hem okyanusların sürdürülebilir kullanımını hem de korunmasını teşvik ederek, dünyanın yok olmasının önüne geçebilmeyi hedefleyen yeni bir büyüme sistemi*" olarak tanımlayabiliriz. Kathijotes, Nicholas: "Keynote: Blue Economy - Environmental and Behavioural Aspects Towards Sustainable Coastal Development", *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Vol: 101 (2013), s. 8.

¹⁷ Revised Code of Conduct, s. 34.

ki eğitimin geliştirilmesi; dördüncü karar ise değerlendirme ifadeleri üzerine alınmıştır¹⁸.

2. Cibuti Kodunun Hukuki Niteliği

Cibuti Kodu bölgesel bir anlaşma niteliğindedir. Genel nitelikte davranış kurallarına ve işbirliği yapılmasını öngören çerçeve hükümlere sahip olduğu için teknik anlamda bağlayıcı nitelikte bir uluslararası anlaşma olmadığı söylenebilir. Devletlerin benzer amaçlarla yapmış oldukları bölgesel anlaşmalar *soft law* (yumuşak hukuk) niteliğini taşımaktadır. Bu tür anlaşmalar bağlayıcı niteliğe sahip bulunmadığından, ihlali halinde herhangi bir yaptırım da söz konusu olmayacaktır¹⁹. Buna karşılık tarafların imzaladıkları metin, aynı zamanda, bağlayıcı etkiye sahip olduğunu belirten ifadelere yer veriyorsa; şüphesiz bu etkinin varlığı kabul edilecektir.

Uluslararası hukuk öğretisinde *soft law* kavramının iki ayrı anlamda kullanıldığı görülmektedir. Şekli anlamda *soft law*, bir uluslararası anlaşmanın yapılışında karşımıza çıkan usul şartlarına uygunluk bakımından bir vasıflandırma içerir. Buna göre onaylama, uygun bulma ve yürürlüğe girme gibi kesin ve uyulması zorunlu yöntemlerin varlığı aranıyorsa *hard law* (sert hukuk) söz konusu olacak; normatif özelliklerine rağmen sadece ilan edici ve açıklayıcı bir etki doğuruyorsa *soft law* düzenlemesi olduğu kabul edilecektir. Anlam bakımından ikinci yaklaşıma

¹⁸ Kararların İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. Revised Code of Conduct, Resolution 1, s. 32-33; Résolution 1, s. 55-56; Resolution 2, s. 51-52; Résolution 2, s. 78-79; Resolution 3: s. 53; Résolution 3, s. 80; Resolution 4, s. 54; Résolution 4, s. 81.

¹⁹ Kax, Sofia; Regional Cooperation as Part of the Solution to Piracy the Importance of RECAAP in Southeast Asia, Faculty of Law Lund University, Master's Thesis, 2012, s. 29.

göre *soft law* kavramı, normun maddi içeriğine işaret eder. Eğer normatif düzenleme esnek, zayıf ve daha az bağlayıcı nitelikte ise, bu tür normların *soft law* nitelik taşıdığı söylenebilecektir²⁰. Özellikle uluslararası ticaret²¹, uluslararası ekonomi ve uluslararası çevre hukuku alanlarında bu tür düzenlemelere daha fazla rastlanmaktadır. Öngörülen yükümlülüklerin, örneğin “*imkânlar ölçüsünde*”, “*mümkün olan en kısa süre içinde*”, “*işbirliği yaparak*” ve “*uygun tüm tedbirleri alarak*” yerine getirilmesine ilişkin düzenlemeler, ikinci anlamıyla *soft law* niteliğine sahip olacaktır²².

Hukuki etkisi bir yana bırakıldığında *soft law* düzenlemeler, devletlerin iradelerinin ve ele aldıkları bir konu üzerinde görüş birliğine varmış olduklarının belirlenmesinde önemli bir rol oynar. Bu sebeple uluslararası teamül kuralının varlığı için zorunlu bir şart olarak aranan hukukun gereği olduğu inancının (*opinio juris*) belirlenmesine hizmet edecektir²³. Öte yandan Cibuti Kodu gibi bölgesel anlaşmalar, işbirliği öngörülen alanda belirli bir şekilde hareket etmeye yönelik siyasi iradeyi de gösterir²⁴.

Cibuti Kodunun şekli anlamda normatif bir nitelik taşıdığı göz önüne alındığında; uluslararası anlaşmalar için geçerli kurallara kısmen bağlı bulunduğunu söylemek mümkündür. Örneğin Kod hükümlerinin

²⁰ Weil, Prosper; *Le Droit International en Quête de son Identité*, Cours Général de Droit International Public, Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye, Vol: 237 (1992), s. 215-217.

²¹ Cazala, Julien; “*Le Soft Law International Entre Inspiration et Aspiration*”, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, Vol: 66 (2011/1), s. 43.

²² Weil, s. 217-218.

²³ Cazala, s. 71.

²⁴ Kax, s. 29.

yorumlanmasında genel yorum ilkelerine uygun hareket etmek gerekecektir. 1969 Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi²⁵, andlaşmalar hukukuna ilişkin düzenlemeleri bir araya getiren bir kodifikasyon çalışmasıdır ve bu Sözleşmenin 3. Bölümü andlaşmaların yorumuna ayrılmıştır. Temel yorum ilkeleri göz önünde tutulduğunda Kodun, Danışmalar (*Consultations*) başlığını taşıyan 13. maddesi (Değişik Kod m. 17), bazı amaçları gerçekleştirmek için belirli bir sürede (iki/beş yıl) kurumsal oluşumu sağlamak adına aralarında danışmalar yapılmasının öngörülmesi, tarafların bağlayıcı bir anlaşma yapma iradesine sahip oldukları şeklinde yorumlanabilir²⁶. Öte yandan, bağlayıcı nitelikteki uluslararası andlaşmaların yorumlanması ve açıklanmasında *soft law* belgelerin, boşluk doldurma ve tamamlama işlevi de gördüğü söylenebilir²⁷.

Bağlayıcı ve bağlayıcı olmayan belgeler arasında, gerçekte, daha karmaşık bir ilişki vardır. Bir yandan *soft law* belgeleri, uluslararası hukukun gelişim yönünü işaret etmekte ve sayısız örnekte olduğu gibi sonradan bağlayıcı metinler haline dönüşmektedir. Öte yandan, tersine bir süreç işlemekte ve uluslararası sözleşmeler veya uluslararası örgüt kararlarının referansı ile bu belgelere yarı bağlayıcı bir etki sağlanmaktadır²⁸.

²⁵ 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtmsg3&clang=en, Erişim Tarihi: 02.08. 2018.

²⁶ Muli, s. 20.

²⁷ Kızılsümer Özer, Deniz; Çok Taraflı Çevre Sözleşmeleri, USAK Yayınları, Ankara, 2009, s. 157-158.

²⁸ Başka bir ifadeyle “ilgili sözleşmeler, bağlayıcı olmayan belgelerin statüsünü etkileyerek bunların hukuken belli bir değer kazanmasını sağlamaktadır”. Bkz. Kızılsümer Özer, Çevre Sözleşmeleri, s. 159.

3. Cibuti Kodu Cidde Değişikliğinde Düzenlenen Deniz Suçları

Özellikle son çeyrek yüzyıl içinde deniz güvenliğini tehdit eden eylemlerin türü ve kapsamı göz önünde tutulduğunda; 1982 BMDHS'nin deniz haydutluğuna ilişkin düzenlemeleri yetersiz kalmıştır. Deniz haydutluğuna ilişkin hükümlerin kıyasen veya gerekli değişiklikleri yaparak denizde işlenen diğer suçlara uygulanması mümkün olmayacaktır²⁹. Düzenlemenin genişletilerek uygulanmasına bir yandan BMDHS'nin, deniz haydutluğuna ilişkin “özel amaçlarla” işlenmiş olma gibi sınırlayıcı hükümleri; diğer yandan, ceza hukukunun temel ilkeleriyle çatışma ihtimali engel olmaktadır.

Cibuti Kodunun önsözünde de atıf yapılan “*Denizde Seyir Güvenliğine Karşı Yasa Dışı Eylemlerin Önlenmesine Dair Sözleşme (1988 SUA Sözleşmesi)*” ve Sözleşmeyi genişleten 2005 Protokolüyle denizde işlenen diğer birçok eylem suç olarak düzenlenmiş ve etkin mücadele için ayrıntılı hükümlere yer verilmiştir³⁰. Aslında deniz güvenliğini tehdit eden eylemlerde meydana gelen artışın önemli sebeplerinden biri de, Somali gibi başarısız devletlerin, suçlulukla mücadelede egemen yetkiler kullanmakta acziyet içinde bulunmasıdır. Bu otorite boşluğu, ilgili devletin ulusal deniz yetki alanlarında mücadele etme imkânını neredeyse ortadan kaldırmaktadır. Bu somut durum, bölgesel işbirliğine duyulan ihtiyacı çok açık biçimde ortaya koymaktadır³¹.

²⁹ Tuerk, s. 365.

³⁰ Kızılsümer Özer, Deniz; “Uluslararası Hukuk ve Denizde Yasadışı Faaliyetlerin Önlenmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 2 (2015), s. 41-42.

³¹ Kızılsümer Özer, Yasadışı Faaliyetlerin Önlenmesi, s. 33-34.

2017 Cibuti Kodu Cidde Değişikliğinde yer alan deniz suçları da sadece deniz haydutluğu ile sınırlı tutulmamış ve Kodun 1. maddesinde dört farklı kategori altında tanımlanmıştır. Düzenlemeye göre bu suçlar; i. deniz haydutluğu, ii. gemilere yönelik işlenen silahlı soygun suçu, iii. yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçu ve iv. deniz alanında işlenen uluslararası örgütlü suçlardır.

3.1. Deniz Haydutluğu

Cibuti Kodunda yer alan deniz haydutluğunun tanımı BMDHS 101. maddede yer alan tanım³² ile tamamen aynıdır.

Cibuti Kodu 1/1. maddesine göre;

“Aşağıdaki sayılan fiillerden herhangi biri deniz haydutluğunu teşkil etmektedir:

“a) Bir özel geminin veya bir özel uçağın mürettebatı veya yolcuları tarafından özel amaçlarla işlenen:

(i) Açık denizde, diğer bir gemi veya uçağa veya bunlardaki kişi veya mallara karşı;

(ii) Hiçbir devletin yetkisine tabi olmayan bir yerde; bir gemiye, uçağa, kişilere ve mallara karşı,

³² United Nations; Convention on the Law of the Sea, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, Erişim Tarihi: 02.08.2018. BM Deniz Hukuku Sözleşmesi'nin Türkçeye tam çevirisini içeren eserdeki 101. madde metni için bkz. Özman, Aydoğan, Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984, s. 47.

her türlü yasadışı şiddet ve alıkoyma veya yağma fiili;

b) Bir gemi veya uçağın; deniz haydudu gemi veya uçak niteliği kazanmasına yol açan olayları bilerek, böyle bir geminin veya uçağın kullanılmasına isteyerek katılma fiili;

c) a ve b fıkralarında tanımlanan fiillerin işlenmesini teşvik eden veya böyle bir fiili bilerek kolaylaştırmak üzere işlenen herhangi bir fiil”

³³.

3.2. Gemilere Yönelik İşlenen Silahlı Soygun Suçu

Cibuti Kodu m. 1/2, IMO'nun benimsediği “*Gemilere Yönelik Deniz Haydutluğu ve Silahlı Soygunculuk Suçlarının Soruşturulması İçin Uygulama Kodu*”³⁴ m. 2.2'ye paralel bir şekilde gemilere yönelik deniz haydutluğu ve silahlı soygunculuk suçlarını tanımlamıştır.

Buna göre;

“Gemilere yönelik silahlı soygunculuktan aşağıdaki eylemlerden biri anlaşılır:

Bir devletin iç suları, takımada suları ve karasularında, özel amaçlarla ve bir gemiye yönelik olarak ya da bir gemide bulunan kişi ya da mallara yönelik olarak gerçekleştirilen, deniz haydutluğu eyleminden başka, her türlü kanundışı şiddet ya da alıkoyma eylemi ya da herhangi bir yağma eylemi, ya da bunların yapılacağı yönünde tehdit;

³³ Revised Code of Conduct, s. 37-38.

³⁴ International Maritime Organization; Resolution A.1025(26), <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piracyarmedrobbery/guidance/documents/a.1025.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

*Yukarıda tasvir edilen eylemi teşvik ya da kolaylaştırmaya yönelik herhangi bir eylem*³⁵.

3.3. Yasadışı, Bildirilmemiş ve Kontrolsüz Balık Avlama Suçu

Yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçu Kod m. 1/3'te düzenlenmiştir³⁶.

Yasadışı balıkçılık suçu aşağıdaki eylemleri içerir;

“Ulusal veya yabancı gemiler tarafından bir devletin yetki alanındaki sularda, o devletin izni olmaksızın veya kanun ve yönetmeliklerine aykırı hareket edilmesi;

*İlgili bölgesel balıkçılık yönetimi organizasyonuna taraf devletlerin bayrağını taşıyan gemilerin bu kuruluş tarafından kabul edilen koruma ve yönetim önlemlerine aykırı hareket etmesi veya ulusal kanunların ve uluslararası yükümlülüklerin ihlal edilmesi”*dir.

Bildirilmemiş balıkçılık suçu;

*“İlgili devletin, ulusal hukukunun ve düzenlemelerinin gerektirdiklerine veya ilgili balıkçılık yönetimi organizasyonunun prosedürlerine aykırı olarak gerekli bildirimlerde bulunmama veya yanlış bildirimde bulunma”*dır.

Kontrolsüz balık avlama suçu ise;

³⁵ Revised Code of Conduct, s. 38.

³⁶ Revised Code of Conduct, s. 38-39.

“İlgili bir bölgesel balıkçılık yönetim organizasyonu olan bir alanda bayraksız gemiler veya bu organizasyona taraf olmayan bir devletin bayrağını taşıyan gemiler tarafından bu organizasyonun koruma ve yönetim tedbirlerinin ihlal edilmesi”dir.

3.4. Deniz Alanında İşlenen Uluslararası Örgütlü Suçlar

Bu Kodun amaçları doğrultusunda deniz alanında işlenen uluslararası örgütlü suçlar, aşağıdaki davranışlardan herhangi birisinden oluşur (m. 1/4):

(a) Silah ticareti,

(b) Narkotik ve psikotropik maddelerin ticareti,

(c) Soyu Tükenmekte Olan Vahşi Fauna ve Flora Türlerinin Uluslararası Ticareti Konvansiyonu’na aykırı olarak, yabani hayvanların yasadışı ticareti ve Sözleşmeye aykırı diğer maddeler,

(d) Gemilere karşı deniz haydutluğu ve silahlı soygun,

(e) Yasadışı petrol almak,

(f) Ham petrol hırsızlığı,

(g) İnsan ticareti,

(h) Göçmen kaçakçılığı,

(i) Zehirli atığın yasadışı olarak boşaltılması.”

4. Cibuti Kodunun Amacı ve Kapsamı

Kodun 2. maddesinde³⁷ amaç ve kapsam belirlenmiştir. Buna göre katılımcılar, kendi ulusal yasaları ve yönetmelikleri ve uygulanabilir uluslararası hukuk kuralları ile uyumlu olarak; deniz alanındaki uluslararası örgütlü suçların, deniz terörizmi, yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçu ve denizdeki diğer yasadışı faaliyetlerin bastırılmasında mümkün olan en geniş kapsamda işbirliği yapmayı amaçlamaktadır.

Bunun için katılımcılar;

“- İlgili bilgileri paylaşma ve bildirme,

- Deniz alanındaki uluslararası örgütlü suçlar, deniz terörizmi, yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçları ve diğer yasadışı faaliyetler bakımından şüphelenilen gemi veya uçakları defetme,

- Deniz alanındaki uluslararası örgütlü suçlar, deniz terörizmi, yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçlarını ve diğer yasadışı faaliyetleri işleyen kişileri tutuklama ve yargılama,

- Deniz alanındaki uluslararası örgütlü suçlar, deniz terörizmi, yasadışı, bildirilmemiş ve kontrolsüz balık avlama suçlarını ve diğer yasadışı faaliyetlere özellikle şiddete maruz kalan denizcilere, balıkçılara, gemi personeli ve yolcularına gerekli bakım ve özeni sağlama” yükümlülüğü altındadır.

³⁷ Revised Code of Conduct, s. 39-40.

5. Görevli Memurlar

Cibuti Kodu, m. 9'de³⁸ görevli memur kavramı düzenlenmiştir. Buna göre; *“Koda üye bir devlet, başka bir üye devletin devriye gemisini, kolluk kuvvetlerini veya diğer yetkili görevlilerini aday gösterebilir. Görevlendirilen memurlar, ev sahibi üye devletin ulusal hukuk ve politikalarına ve onayına uygun olarak silahlandırılabilirler.”*

Ev sahibi katılımcı tarafından usulüne uygun olarak yetkilendirildiği zaman, görevli memurlar;

“-Üye devletlerin devriye gemilerine giriş yapmak,

-Üye devletlerin sularındaki Kodda belirtilen suçları bastırmak, sıcak takip hakkını ve uluslararası hukuka uygun diğer faaliyetleri uygulamak,

-Üye devletlerin sularına girecek devriye gemilerinin geçişine izin vermek, üye devletlerin sularında devriye yapacak gemileri yetkilendirmek, Kodda yer alan suçların bastırılmasına çalışan üye devletin görevli gemilerine tavsiye vermek ve yardımda bulunmak” haklarına sahiptir.

6. Koordinasyon ve Bilgi Paylaşımı

Cibuti Kodu m. 11'de koordinasyon ve bilgi paylaşımı hususu düzenlenmiştir. 2011 yılında, Kenya-Mombasa, Tanzania Cumhuriyeti-Darüsselam ve Yemen-Sana'da olmak üzere üç *“Bilgi Paylaşım Merkezi”* (ISC) kurulmuştur. Bu merkezler, deniz haydutluğu ve diğer yasadışı

³⁸ Revised Code of Conduct, s. 44-45.

olaylarla ilgili bilgi alışverişinde bulunmaktadır. Kenya ve Tanzanya'daki merkezler “Kurtarma Koordinasyonu Merkezi”; Yemen'deki ise “Bölgesel Bilgi Paylaşımı Merkezi” olarak görev yapmaktadır³⁹.

IMO, Bilgi Paylaşım Merkezleri ve bölgede faaliyet gösteren yerel ve uluslararası deniz kuvvetleri arasındaki karşılıklı işbirliğini teşvik etmek amacıyla yıllık eğitim programında düzenli olarak, deniz harekâtlarının planlanması ve yürütülmesi için “Cutlass Express” gibi talimler yapmaktadır. Bilgi Paylaşım Merkezleri, deniz haydutluğu mücadelede önemli bir rol oynamaktadır. IMO, deniz haydutluğuna ve denizdeki diğer yasadışı faaliyetlere karşı bölgesel ağ kapasitesini geliştirmeye devam etmektedir⁴⁰.

7. Ulusal Mevzuatın Gözden Geçirilmesi

Cibuti Kodu m. 15'de⁴¹ imzacı devletler, deniz haydutluğunu ve silahlı soygunları gemilere karşı suç haline getirmek ve yargı yetkisini kullanmak, soruşturma yürütmek ve iddia edilen suçluların kovuşturulması için yeterli hükmü sağlamak için yürürlükte olan yasaların mevcut olmasını sağlamak amacıyla ulusal mevzuatlarını gözden geçirmeyi taahhüt etmişlerdir.

Bu hüküm, imzacı devletleri deniz haydutluğu ve gemilere karşı işlenen silahlı soygun ile ilgili yasalarını uyumlaştırmayı teşvik etmektedir. Aslına bakılırsa, bu hüküm, imzacı devletlerin, deniz haydutluğu ve

³⁹ Revised Code of Conduct, s. 45-46.

⁴⁰ International Maritime Organization; Maritime Safety Division, Djibouti Code of Conduct, Edition 4: November 2014-August 2015, s. 5.

⁴¹ Revised Code of Conduct, s. 48.

gemilere karşı işlenen silahlı soygunla mücadelede kendi ulusal yasalarını düzenlemelerini açıkça gerektiren ilk bölgesel anlaşmadır⁴².

Ulusal yasaların iyileştirilmesi, ihtiyaçların karşılanması ve değerlendirilmesine yardımcı olmak, yasa gereğince tutuklamalar ve cezai soruşturmalar yürütmek için ne gerektirdiğini ele almak için IMO, BM Uyuşturucu Dairesi (UNODC) ve diğer ulusal örgütler ile yakın işbirliği içinde çalışmış; bir dizi çalıştay düzenlemiştir⁴³.

8. Eğitim ve Kapasite Geliştirme Faaliyetleri

Cibuti Kodunun gözetimi altında, bölgedeki uygulanmakta olan deniz haydutluğu ve silahlı soygunun azaltılmasına katkıda bulunan bir dizi eğitim ve diğer kapasite geliştirme faaliyetleri düzenlenmiştir. Bunların en önemlileri; Cibuti Kodu Uygulamasına Küresel Deniz Güvenliği Programı Desteği, Cibuti Kodu Güven Fonu ve Cibuti Bölge Eğitim Merkezi (DRTC)'nin kurulmasıdır.

⁴² Win, Kyaw Hla / Ansari, Abdul Haseeb / Masum, Ahmad; The Efficacy of the Djibouti Code of Conduct in Suppressing Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden: An Appraisal, *Asian Journal of International Law*, Vol: 11 (1), s. 19.

⁴³ Win / Ansari / Masum, s. 19.

8.1. Cibuti Kodu Uygulamasına Küresel Deniz Güvenliği Entegre Teknik İşbirliği Programı Desteği

2009 yılında Cibuti Kodunun uygulanması için “*Cibuti Kodu Güven Fonu*” (DCCTF) oluşturulmuş ve 2010 yılında da IMO Genel Merkezi’nde bir “*Proje Uygulama Birimi*” (PIU) kurulmuştur⁴⁴.

2015 yılında bir idari düzenleme yapılarak Proje Uygulama Birimi kapatılmış; yerine, “*Deniz Güvenliği Bölümü*” (MSD) ve “*Teknik İşbirliği Bölümü*” (TCD) kurulmuştur. Değişikliğin ardından, Cibuti Kodu ve üye devletlerle ilgili tüm denizcilik kapasite geliştirme çalışmaları IMO’nun “*Küresel Deniz Güvenliği Entegre Teknik İşbirliği Programı*” (ITCP)⁴⁵ kapsamında uygulanmakta ve raporlanmaktadır⁴⁶.

Küresel Deniz Güvenliği Entegre Teknik İşbirliği Programı, bilgi paylaşımı ve Cibuti Bölgesel Eğitim Merkezi (DRTC) faaliyetlerinin kolaylaştırılması ve koordinasyonu için profesyonel bir destek ve sağlam bir temel oluşturmuştur. Ayrıca bağışçılar ve yürütücü devletlerle güçlü ortaklıklar kurmaya da yardımcı olmuştur. IMO ve bölge arasındaki bu ortaklık kavramı, deniz haydutluğuna ve diğer uluslararası deniz suçları-

⁴⁴ Bueger / Singh Saran, <http://piracy-studies.org/2012/finding-a-regional-solution-to-piracy-is-the-djibouti-process-the-answer/>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁴⁵ Örneğin, IMO tarafından 2010-2011 yılı için oluşturulan Entegre Teknik İşbirliği Programının ayrıntıları için bk. Technical Co-Operation Committee 59th Session Agenda item 4, Integrated Technical Co-Operation Programme for 2010-2011 Project Profile for the Implementation of the Djibouti Code of Conduct, <http://www.sjofartsverket.se/pages/19657/59-4-2.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁴⁶ International Maritime Organization; Maritime Safety Division, Djibouti Code of Conduct, Edition 4: November 2014 – August 2015, s. 3.

na karşı koyma kapasitesini geliştirmek için sürdürülmeye devam edecektir⁴⁷.

8.2. Cibuti Kodu Güven Fonu

Ocak 2010'da, “*Somali Kıyısında Korsanlığa Karşı Devletlerin Girişimine Destek İçin Vakıf Fonu (Güven Fonu)*” kurulmuştur. Güven Fonunun amacı, deniz haydutluğu ile mücadele konusundaki tüm faaliyetlerin yürütülmesi ve ilgili diğer faaliyetlerin yanı sıra şüpheli deniz haydutlarının kovuşturulmasıyla ilgili masrafların karşılanmasına yardım etmektir⁴⁸.

En başından beri Cibuti Kodu, IMO tarafından oluşturulan ve Cibuti Kodu Güven Fonu aracılığıyla uluslararası toplum tarafından finanse edilen uluslararası bir proje olmuştur⁴⁹.

Mali katkılar, BM'ye üye devletler, IMO, uluslararası örgütler, dernekler veya özel bireyler tarafından yapılabilmektedir. Fon, Cibuti Kodu çerçevesindeki deniz haydutluğuna ve diğer suçların önlenmesine yardımcı olacak bağışlar için açık kalmaktadır⁵⁰.

⁴⁷ Maritime Safety Division, s. 3.

⁴⁸ Birleşmiş Milletler Siyasi İşler Dairesi (UNDPA), Güven Fonunun sekreteryası olarak görev yaparken, Birleşmiş Milletler Kalkınma Programı (UNDP) Çok Ortaklı Ortaklar Güvence Fonu Ofisi, Fonu yönetmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. United Nations; Conference on Trade and Development Maritime Piracy Part II: An Overview of the International Legal Framework and of Multilateral Cooperation to Combat Piracy Studies in Transport Law and Policy, No. 2, 2014, s. 41.

⁴⁹ Madsen, Jens / Kane-Hartnett, Liza; Towards a Regional Solution to Somali Piracy Challenges and Opportunities, ASPJ Africa & Francophonie , 3rd Quarter, 2014, s. 72.

⁵⁰ Maritime Safety Division, s. 4.

Güven Fonu, Kenya, Morityus, Seyşel Adaları, Somali ve Tanzanya Birleşik Cumhuriyeti'nde kovuşturma ve gözaltı faaliyetlerine destek veren toplam 16,9 milyon ABD Doları değerinde toplam otuz bir projeyi onaylamıştır. Güven Fonu'nun kuruluşu BMGK'nin 27 Nisan 2010 tarihli 1918 sayılı kararında da takdirle karşılanmıştır⁵¹.

8.3. Cibuti Bölge Eğitim Merkezi (DRTC)

29 Ekim 2011 tarihinde, Cibuti Bölge Eğitim Merkezi'nin temel taşı Cibuti Cumhuriyeti cumhurbaşkanı ve IMO Deniz Güvenliği Bölümü müdürü tarafından atılmıştır. IMO Cibuti Kodu Güven Fonu aracılığıyla finanse edilen yeni tesisin, Cibuti Kodunun başarılı bir şekilde uygulanmasını ve bölgesel işbirliğini sağlamak ve koordine etmeye yönelik bir toplantı alanı olması amaçlanmıştır⁵².

12 Kasım 2015 tarihinde, Cibuti'nin Ulaştırma Bakanı tarafından 2.5 milyon dolarlık tesis resmi olarak açılmış; Japonya, Danimarka ve Kore Cumhuriyeti, tesisin açılmasına önemli mali katkıda bulunan devletler olmuştur⁵³.

Tesis, Ülkenin en iyi konferans salonlarından birine sahip olmasına rağmen, açılışından bu yana çok az sayıda etkinliğe ev sahipliği yapmıştır. Bazı uzmanlara göre, bu durum finansman eksikliğinden kay-

⁵¹ United Nations; Conference on Trade and Development Maritime Piracy Part II: An Overview of the International Legal Framework and of Multilateral Cooperation to Combat Piracy Studies in Transport Law and Policy, No. 2, 2014, s. 41.

⁵² Walsh, Michael Edward; Djibouti: Renewed Interest in Maritime Security Facility Next to Chinese Base, University of Southern California, Center on Public Diplomacy, <https://uscpublicdiplomacy.org/blog/djibouti-renewed-interest-maritime-security-facility-next-chinese-base>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁵³ Maritime Safety Division, s. 4.

naklanırken; diğerlerine göre, tesisin yan tarafındaki Çin askeri üssünün inşası sırasında tesise girişte getirilen ciddi sınırlamalardan kaynaklanmaktadır. Gerekçeler ne olursa olsun, tesis bölgesel gelişimin sağlanması girişimlerinde kilit rol oynamıştır⁵⁴.

29 Ekim 2017 tarihinde, Cibuti Bölge Eğitim Merkezinde, Cibuti, Avrupa Birliği, Fransa, Japonya, Amerika Birleşik Devletleri ve Afrika Kalkınma Otoritesi, IMO ve Uluslararası Denizcilik Güvenliği Enstitüsü'nün katıldığı, Cibuti Kodu Konferansı gerçekleştirilmiştir. Sunumların çoğu, belirli bölgesel deniz güvenliği konularına odaklanmış olsa da konferans, tesisin potansiyeli hakkında da sunumlar yapılmıştır. Bu sunumlardan sonra Cibuti Bölge Eğitim Merkezi direktörü katılımcılarla rehberli bir tur gezisi yapmış; tur sırasında, Cibuti Hükümetinin tesisi daha büyük bir kullanım alanına sokmak istediğini, ancak bunu yapmak için gereken mali güce sahip olmadığını belirtmiştir. Böylece, katılımcıları tesiste gelecekte düzenlenecek programları finanse etmenin yollarını aramaya çağırmıştır⁵⁵.

Cibuti Konferansı, Cibuti Hükümetinin Cibuti Bölge Eğitim Merkezi'nin potansiyelinin arttırılması ile ilgilendiğinin bir işaretidir. Ayrıca, Hükümetin Cibuti Kodu ile ilgili olaylara ilişkin olarak bir buluşma mekânı olarak yararlanmaya istekli olduğunu da göstermektedir. Bu önemli bir gelişmedir; çünkü tesis, son iki yıl içinde yalnızca bir başka büyük konferansa ev sahipliği yapmış ve Çin askeri üssünün tamamlan-

⁵⁴ Walsh, https://uscpublicdiplomacy.org/blog/djibouti-renewed-interest-maritime-security-facility-nextchinese-base_Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁵⁵ Walsh, https://uscpublicdiplomacy.org/blog/djibouti-renewed-interest-maritime-security-facility-nextchinese-base_Erişim Tarihi: 02.08.2018.

masından bu yana hiçbir şey yapılmamıştır ve bazı uzmanlar Cibuti Hükümetinin tesisin kullanımı ile ilgilenip ilgilenmediğini sorgulamaya başlamıştır. Gelecekte Cibuti Bölge Eğitim Merkezi için ne beklediğini tahmin etmek zor olsa da, şimdilik IMO, Cibuti Bölge Eğitim Merkezi'nin önümüzdeki yıllarda Cibuti ve bölge için önemli bir varlık haline geleceğini ummaktadır⁵⁶.

Sonuç

Uluslararası toplum, Afrika Boynuzunda deniz haydutluğu ile mücadeleye adanmış birçok örgüt geliştirmiş ve finanse etmişse de; bu çaba, çözüm için tek başına yeterli olmamıştır. Sorunun çözümünde bölge ülkeleri ile işbirliği yapılması kilit rol oynamakta ve bu ülkelerin gelişmişlik düzeyinin artırılması da çözümün önemli bir basamağını oluşturmaktadır. Yeterli refah düzeyine ulaşıncaya ve mücadelenin yürütülmesi ve sürdürülmesinde bağımlılıkları ortadan kalkıncaya kadar bölge devletleri, deniz haydutluğu ve denizde işlenen diğer suçlarla mücadelelerinde uluslararası toplumun yardımına ihtiyaç duyacaktır.

Asıl güçlük, eş zamanlı olarak bölgesel gelişimin sağlanması için, bölgesel hükümetleri ve kuruluşları daha büyük bir sorumluluk üstlenme konusunda teşvik etmek ve Somali halkının refahını gerçekleştirecek programlar oluşturmaktır. Uluslararası uygulamada ortaya çıkan deneyim, bunun sadece uluslararası toplumun desteğine sahip bölge devletlerinin liderliğindeki girişimlerden kaynaklanabileceğini göstermektedir⁵⁷.

⁵⁶ Walsh, <https://uscpublicdiplomacy.org/blog/djibouti-renewed-interest-maritime-security-facility-nextchinese-base>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

⁵⁷ Madsen / Kane-Hartnett, s. 73.

Deniz haydutluğu ve denizde işlenen diğer suçlarla mücadelede bölge kapasitesinin yetersizliği göz önüne alındığında, uluslararası toplum tarafından finanse edilen, bölgesel örgütler, kuruluşlar ve işbirliği çalışmaları, sorunun çözümünde vazgeçilmez görünmektedir.

Cibuti Koduyla bölgesel bir işbirliği ve deniz güvenliği açısından tüm unsurlarıyla kapsamlı bir mücadele için gerekli araçların sağlanmış olması büyük bir önem taşısa da; hukuki bağlayıcılık yönünden zayıf olması, bölgede yönetim, güvenlik ve finansman açığının bulunması, uluslararası toplum adına hareket eden veya bölgeyle ilişki içinde olan devletlerin kültürel, ekonomik ve politik öncelikleri arasında ciddi farklılıkların bulunması gibi sebeplerle Cibuti Kodunun uygulanma ve etkinlik düzeyi düşmektedir⁵⁸.

Bugüne kadar eğitim, kapasite geliştirme, ulusal mevzuatın gözden geçirilmesi ve bilgi paylaşımı açısından Cibuti Kodu aracılığıyla önemli ilerlemeler kaydedilmiştir. Cibuti Kodunun uygulanması için kurulan Güven Fonu ve Cibuti Eğitim Merkezi'nin daha işler hale getirilmesi ve aktif olarak kullanılması için gerekli uluslararası ve bölgesel desteklerin yapılması, Cibuti Kodunun etkinliği için büyük önem arz etmektedir.

Uluslararası toplumun çabası ve uluslararası örgüt kararlarıyla yürütülen askeri operasyonların deniz haydutluğuna karşı etkin bir mücadele olduğu şüphe götürmez ise de; bu yöntemin kalıcı bir çözüm doğurması beklenemez. Gerçek, sürdürülebilir ve kalıcı bir çözüm ancak, deniz güvenliğini tehdit eden eylemlerin gerçekleştiği bölgede bulunan devlet-

⁵⁸ Madsen / Kane-Hartnett, s. 73.

lerin öncelikle hukuk sisteminin geliştirilmesiyle, gelişmişlik düzeyinin artırılmasıyla, ekonomik refahının sağlanmasıyla ve aralarında sağlam bir koordinasyon ve işbirliğinin gerçekleştirilmesiyle mümkün olacaktır. Cibuti Kodunun bölgesel bir işbirliği mekanizması olarak işler hale gelmesi ve başarılı olması, domino etkisiyle, diğer bölgeler ve devletler bakımından da model olması sonucunu doğuracaktır.

Kaynakça

Bueger, Christian / Singh Saran, Mohanvir; Finding a Regional Solution to Piracy: Is the Djibouti Process the Answer? The Research Portal for Maritime Security, Piracy Studies, Academic Research on Maritime Piracy, 18 August 2012, <http://piracy-studies.org/2012/finding-a-regional-solution-to-piracy-is-the-djibouti-process-the-answer/>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Cazala, Julien; “Le Soft Law International Entre Inspiration et Aspiration”, Revue interdisciplinaire d'études juridiques, Vol: 66 (2011/1), s. 41-84.

Chatham House; Ensuring Africa's Maritime Security for Development, <https://www.chatham-house.org/event/ensuring-africas-maritime-securitydevelopment>, Erişim Tarihi: 02.08. 2018.

Edmond Randrianantenaina, Jean; Maritime Piracy and Armed Robbery Against Ships: Exploring the Legal and the Operational Solutions. The Case of Madagascar, Division for Ocean Affairs and The

Law of the Sea, Office of Legal Affairs, The United Nations, New York, 2013.

International Maritime Organization; Council 102nd Session, Agenda item 14, Protection of Vital Shipping Lanes, Sub-Regional Meeting to Conclude Agreements on Maritime Security, Piracy and Armed Robbery Against Ships for States From the Western Indian Ocean, Gulf of Aden and Red Sea Areas.

International Maritime Organization; Maritime Safety Division, Djibouti Code of Conduct, Edition 4: November 2014 - August 2015.

International Maritime Organization; Protection of Vital Shipping Lanes, <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PIU/Documents/DCoC%20English.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08. 2018.

International Maritime Organization; Resolution A.1025(26), <http://www.imo.org/en/ourwork/security/piracyarmedrobbery/guidance/documents/a.1025.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

International Maritime Organization; The Djibouti Code of Conduct (DCoC) <http://www.imo.org/en/OurWork/Security/PIU/Pages/Content-and-Evolution-of-theDjibouti-Code-of-Conduct.aspx>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

International Maritime Organizations, The Jeddah Amendment to the Djibouti Code of Conduct 2017, <http://www.imo.org/>

en/OurWork/Security/PIU/Pages/DCoC.aspx, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Kathijotes, Nicholas: Keynote: “Blue Economy - Environmental and Behavioural Aspects Towards Sustainable Coastal Development”, *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, Vol: 101 (2013), s. 7-13.

Kax, Sofia; *Regional Cooperation as Part of the Solution to Piracy The Importance of ReCAAP in Southeast Asia*, Faculty of Law Lund University, Master’s Thesis, 2012.

Kızılsümer Özer, Deniz; *Çok Taraflı Çevre Sözleşmeleri*, USAK Yayınları, Ankara, 2009.

Kızılsümer Özer, Deniz; “Uluslararası Hukuk ve Denizde Yasadışı Faaliyetlerin Önlenmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2 (2015), s. 27-62.

Madsen, Jens / Kane-Hartnett, Liza; *Towards a Regional Solution to Somali Piracy Challenges and Opportunities*, *ASPJ Africa & Francophonie*, 3rd Quarter, 2014, s. 67-80.

Muli, Dave; *Djibouti Code of Conduct: An Instrument to Suppress Piracy in the Western Indian Ocean and the Gulf of Aden*, Master of Science in Maritime Affairs Maritime Safety and Environmental Administration, World Maritime University Dissertations, 2011.

Özman, Aydoğan; *Birleşmiş Milletler Deniz Hukuku Sözleşmesi*, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul, 1984.

Regional Cooperation Agreement on Combating Piracy and Armed Robbery Against Ships in Asia (ReCAAP); <http://www.recaap.org/AboutReCAAPISC.aspx>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Report of the UN Secretary-General; Pursuant to UNSCR 1846(2008), 13 November, 2009/590, <http://www.un.org/en/sc/documents/sgreports/2009.shtml>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Technical Co-Operation Committee 59th Session Agenda item 4, Integrated Technical Co-Operation Programme for 2010-2011 Project Profile for the Implementation of the Djibouti Code of Conduct, <http://www.sjofartsverket.se/pages/19657/59-4-2.pdf>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Tuerk, Helmut; “Combating Terrorism at Sea - The Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation”, University of Miami International and Comparative Law Review, Vol: 15 (2008), s. 337-367.

United Nations; Conference on Trade and Development Maritime Piracy Part II: An Overview of the International Legal Framework and of Multilateral Cooperation to Combat Piracy Studies in Transport Law and Policy, No. 2, 2014.

United Nations; Convention on the Law of the Sea, http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

United Nations; Meeting Coverage and Press Releases, Security Council Authorizes States to Use Land-Based Operations in Somalia, as Part of Fight Against Piracy off Coast, Unanimously Adopting 1851(2008), <http://www.un.org/press/en/2008/sc9541.doc.htm>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

United Nations; Security Council Resolutions, http://www.un.org/en/sc/documents/_resolutions/, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

United Nations; 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsIII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXIII1&chapter=23&Temp=mtdsg3&clang=_en, Erişim Tarihi, 02.08.2018.

Walsh, Michael Edward; Djibouti: Renewed Interest in Maritime Security Facility Next to Chinese Base, University of Southern California, Center on Public Diplomacy, <https://uscpublicdiplomacy.org/blog/djibouti-renewedinterestmaritime-security-facility-next-chinese-base>, Erişim Tarihi: 02.08.2018.

Weil, Prosper; “Le Droit International en Quête de son Identité, Cours Général de Droit International Public”, Recueil des Cours de l’Academie de Droit International de La Haye, Vol: 237 (1992), s. 9-370.

Win, Kyaw Hla / Ansari, Abdul Haseeb / Masum, Ahmad; “The Efficacy of the Djibouti Code of Conduct in Suppressing Piracy and Armed Robbery Against Ships in the Western Indian Ocean and the

Gulf of Aden: An Appraisal”, Asian Journal of International Law,
Vol: 11 (1), s. 1-34.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINA GÖRE DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI

Eda DEMİRSOY AŞIKOĞLU¹

ÖZET

Dinsel ritüel ve uygulamalar, din veya inancı açığa vurma özgürlüğünün bir sonucudur. Çalışmamız kapsamında, öncelikle din ve vicdan özgürlüğü kavramları açıklanarak, AIHM'nin yapmış olduğu tanımlar ve uluslararası belgelerde din ve vicdan özgürlüğünün nasıl düzenlendiği inceleme konusu yapılacaktır. Ritüel kavramı, bu kavramın kapsamına nelerin girdiği ve sınırlama sebepleri anlatılacaktır. Sınırlama sebepleri olan kamu güvenliği, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlak ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kavramları tanımlanacaktır. Bu kavramların tanımları özellikle Anayasa Mahkemesi ve iç hukuk çerçevesinde yapılacaktır. Ayrıca her bir sınırlandırma sebebinin altında konu

¹ Arş. Gör., Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, edemirsoy@erciyes.edu.tr
Makale Geliş Tarihi:13.09.2018
Makale Kabul Tarihi:04.10.2018

ile ilgili AİHM kararlarına yer verilecektir. Sınırlandırmanın sınırı olarak kabul edilen sınırlamanın kanuniliği, meşru amaç şartı, demokratik toplumda gereklilik ve ölçülülük ilkelerinin tanımları yapılacaktır. Bu ilkelere açıklanmasında Anayasa Mahkemesi ve AİHM kararlarındaki tanımlardan faydalanılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Dinsel Ritüel ve Uygulamalar, Din ve Vicdan Özgürlüğü, Sınırlama Sebepleri, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi.

LIMITING THE RELIGIOUS RITUAL AND PRACTICES UNDER THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DECISIONS

ABSTRACT

Religious ritual and practices is a result of the freedom to manifest religion or belief. In our work, firstly, the concepts of freedom of religion and conscience will be explained, how the freedom of religion and conscience is regulated in definitions of the ECHR and international documents, will be discussed. The concept of ritual, what is in the scope of this concept, and the reasons for the limitation will be described. The concepts of public safety, public order, general health and general morality and the protection of the rights and freedoms of others, which are the reasons for limitation, will be defined. Definitions of these concepts will be made in particular within the framework of the Constitutional

Court and domestic law. Also, the decisions of the ECHR concerning the matter shall be included under each limitation. The definition of the legality of restriction, the condition of legitimate aim, the necessity in the democratic society and the principles of moderation will be made. The explanations of these principles will be benefit from the in the definitions of the Constitutional Court and the ECHR decisions.

Key Words: Religious Ritual and Practices, Freedom of Religion and Conscience, Reasons for the Limitation, Constitutional Court, European Court of Human Rights.

I. GİRİŞ

Tarihi insanlık tarihi kadar eskilere dayanan dinin toplum yaşamındaki önemi inkâr edilemez. Bu nedenle din ve vicdan özgürlüğünün ulusal ve uluslararası belgelerde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Din ve vicdan özgürlüğü 4 Kasım 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde düzenlenmiştir. 9. maddeye göre: “(1)Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir. (2) Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”. Din ve vicdan hürriyeti başlıklı 1982 Anayasası 24. maddeye göre de: “(1)Herkes, vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. (2) 14 üncü maddede hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dinî ayin ve törenler ser-

besttir. (3) Kimse, ibadete, dinî âyin ve törenlere katılmaya, dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz. (4) Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır. (5) Kimse, Devletin sosyal, ekonomik, siyasî veya hukukî temel düzenini kısmen de olsa, din kurallarına dayandırma veya siyasî veya kişisel çıkar yahut nüfuz sağlama amacıyla her ne suretle olursa olsun, dini veya din duygularını yahut dince kutsal sayılan şeyleri istismar edemez ve kötüye kullanamaz”. AİHS’de ve Anayasamızda din veya inancı açığa vurma özgürlüğünün sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Çoğunluğunun aynı dine mensup olduğu toplumlarda, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılmaması konusunda genel bir inanış olmakla beraber, bu toplumlarda genellikle azınlıkların din ve vicdan özgürlüğüne yönelik bazı sınırlamaların olduğu görülmektedir. Ülkemizde İslam dini haricindeki dinlere karşı olan bu sınırlamalar, Avrupa devletlerinde ise genellikle İslam dinine karşı olmaktadır.

II. DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI

Din ve vicdan özgürlüğü AİHS dâhil birçok uluslararası belgede yer almaktadır. 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 18. maddesine göre: “Herkes, düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, herkesin istediği dine ya da inanca sahip olması ya da bunları benimsemesi özgürlüğünü ve herkesin ister tek tek, isterse başkaları ile birlikte toplu olarak, kendi din ya da inancını, tapınma, uyma,

uygulama ya da öğretme bakımından açık ya da kapalı biçimde ortaya koyma özgürlüğünü de içerir". 16 Aralık 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 18. maddesi de din ve vicdan özgürlüğünü düzenlemektedir. 18 maddeye göre: "(1) Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kendi tercihiyle bir dini kabul etme veya bir inanca sahip olma özgürlüğü ile tek başına veya başkalarıyla birlikte toplu bir biçimde, aleni veya özel olarak, dinini veya inancını ibadet, uygulama, öğretim şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. (2) Hiç kimse, kendi tercihi olan bir dini kabul etme veya inanca sahip olma özgürlüğünü zayıflatacak bir zorlamaya tabi tutulamaz. (3) Bir kimsenin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü ancak kamu güvenliği, kamu düzeni, sağlık veya ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla, hukuken öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir. (4) Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler". 22 Kasım 1969 tarihli İnsan Haklarına Dair Amerika Kıtası Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca din ve vicdan özgürlüğü: "Kişinin dinini veya inancını devam ettirme veya değiştirme özgürlüğü ile kişinin dini inancını veya inançlarını bireysel yahut başkalarıyla birlikte kamusal veya özel alanda açıkça ifade etme veya yayma özgürlüğünü" içerir. 26 Haziran 1981 tarihli İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı'nın 8. maddesi "Vicdan özgürlüğü dinin ifade edilmesi ile özgür bir şekilde icrasını garanti altına alır. Hiç kimse yasaya ve kamu düzenine uygun olmak kaydıyla, bu özgürlükleri sınırlayan tedbirlere maruz bırakılamaz." hükmünü içerir.

Türk Dil Kurumu'na göre din; Tanrıya, doğüstü güçlere, çeşitli kutsal varlıklara inanmayı ve tapınmayı sistemleştiren toplumsal bir kurum, diyanettir². AİHM ise vermiş olduğu kararlarında din kavramını tanımlamaktan kaçınmaktadır³. Mahkeme belirli inançların veya uygulamaların soyut anlamda din olarak tanımlanmasını kendisinin görevi olarak görmemekte, hangi cemaatlerin dini cemaat olarak tanınması hususunda ise Avrupa ortak standardını ve davalı devletin söz konusu cemaate yönelik tutumunu dikkate alarak karar vermektedir⁴. Mahkeme içtihadında, Müslümanlık, Hristiyanlık, Musevilik, Budizm gibi dinleri ve Yehova Şahitliği, Moon Tarikatı gibi yeni dinsel hareketleri de din kavramı kapsamında değerlendirmektedir⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre: *“Din ve vicdan özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından biridir. Dini boyutuyla, sadece inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en temel unsurlarından birisi değil; aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir ögesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk buna bağlıdır. Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı za-*

² http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid= TDK.GTS.575019db330597.92406487 (E. T. 01/06/2016).

³ ÖKTEM, Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara, 2002, s. 310

⁴ TOKUZLU, Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 334.

⁵ DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 124.

manda, diğer hususların yanı sıra “dinini açıklama” özgürlüğünü de içerir. Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur. Sözleşme'nin 9. maddesine göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, “alenen” ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda “tek başına” veya “özel mekânda” da geçerlidir”⁶.

Mahkemenin felsefi, siyasi ve etik düşünce akımlarını ise inanç olarak gören bir içtihadı bulunmamakla birlikte bunları AİHS 9. maddesinin yanı sıra ifade özgürlüğünü düzenleyen 10. maddesi ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddesi çerçevesinde incelediği görülmektedir⁷. Vicdan ise kişinin iç sesi olup, vicdani kanaat dini kanaati de kapsamakla birlikte sadece dini kanaat demek değildir⁸. AİHS 9. maddesi, din ve vicdan özgürlüğü, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ve din veya inancı açığa vurma özgürlüğünü koruma altına almaktadır. Bu özgürlükleri kullanmama hakkı da 9. maddenin garantisi altında olup kişiler din ve vicdani kanaatlerini açıklamaya zorlanamazlar⁹. Bu konu ile ilgili AİHM'nin önemli kararlarından biri Sinan Işık/Türkiye¹⁰ kararıdır. Karara konu olayda başvuran Alevi topluluğuna mensup bir kimsedir. Başvururan, 2004 yılında bir mahkemeye başvurarak kimlik kartına "İslâm" söz-

⁶ Kokkinakis/Yunanistan, 14307/88, 25/05/1993, par. 33, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 143.

⁷ AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBBD, Y. 2012, S. 101,86-87.

⁸ DEMİR, Hande Seher, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011, s. 6.

⁹ DOĞRU/NALBANT s. 121.

¹⁰ Sinan Işık/Türkiye, 21924/05,02/02/2010, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-97087> ,(E. T.01/06/2016).

[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

cüğü yerine "Alevi" sözcüğü yazılmasını talep etmiş; ancak başarılı olamamıştır. Türkiye’de, kimlik kartında din hanesinin boş bırakılmasını talep etme seçeneğinin getirildiği 2006 yılına kadar, kimlik sahibinin dininin kimlik kartı üzerinde belirtilmesi zorunluydu. Başvuranın Mahkeme önündeki şikâyeti, günlük hayatta sıkça kullanılan bir resmi belge olan kimlik kartı üzerinde dini inancını açıklama yükümlülüğünün olması ile alakalıdır. Başvuran ayrıca, kimlik kartında yazan “İslam” sözcüğünün değiştirilerek, yerine kendi inancının adı olan “Alevi” sözcüğünün yazılması yönündeki talebinin reddedilmesinden şikâyetçi olmuştur. Başvuran, kimlik kartı üzerinde yer alan bu ifadenin gerçeği yansıtmadığını ve söz konusu talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan yargılamaların, kendisinin dinine ilişkin değerlendirmenin Devlet tarafından yapılmış olması gerekçesiyle kabul edilemez olduğunu ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuranın inancının (Alevilik) kimlik kartında belirtilmesi talebinin geri çevrilmesinden değil, kimlik kartlarında zorunlu olsun ya da olmasın din ibaresi bulunmasından kaynaklı 9. madde ihlali olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, kişinin dinini açıklama özgürlüğünün, olumsuz bir yön, diğer bir deyişle dinini açıklamaya zorunlu bırakılmama hakkını içerdiğini vurgulamıştır.

25 Kasım 1981 tarihli Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildirinin düşünce vicdan veya inanç özgürlüğünün içeriği başlıklı 6. maddesi din özgürlüğünün kapsamına nelerin girdiğini sıralamaktadır. 6. maddeye göre: “*Düşünce, vicdan, din veya inanç özgürlüğü bu Bildiri’nin birinci maddesine uygun olarak, ve birinci maddenin üçüncü fıkrası hükümleri çerçevesinde, başka özgürlüklerin yanında, Aşağıdaki öz-*

gürlükleri de içerir. a) Bir din veya inanç ile bağlantılı olarak, ibadet etme veya toplanma, ve bu amaç için gerekli yerleri kurma ve kullanma; b) Gerekli vakıf veya insancıl amaçlı kurumlar kurma ve bunları işletme; c) Bir dinin veya inancın törenlerine veya geleneklerine ilişkin gerekli araçları ve materyalleri yeterli ölçüde yapma, alma ve kullanma; d) Bu alanla ilgili yayımları yazma, yayınlama ve dağıtma; e) Bir din veya inancın öğretimini, bu amaçlar için uygun yerlerde yapma; f) Bireylerden ve kurumlardan gönüllü mali yardım vermelerini isteme ve alma; g) Bir dinin veya inancın gerekleri ve standartları bakımından uygun olan liderleri yetiştirme, atama, seçme ve yerini alacak olanı belirleme; h) Bir kimsenin dininin veya inancının kurallarına uygun olarak dinlenme günlerine ve bayram tatillerine ve törenlerine uygun davranma; i) Ulusal ve uluslararası düzeyde, din ve inanç konularında bireyler ve topluluklarla iletişim kurma ve sürdürme". Din ve vicdan özgürlüğü öncelikle kişinin vicdanına, *forum internum* adı verilen manevi iç dünyasına ilişkin boyutuyla dokunulmaz bir hak olup, herhangi bir sınırlandırmaya konu olamaz¹¹. Kişi inançları nedeniyle suçlanamaz, kendisine zora dayanan, serbest iradesini etkileyen herhangi bir yolla bir inanç kabul ettirilemeye veya inançlarından vazgeçtirmeye çalışılmayacağı gibi, istediği inancı benimseyen kişi bunu açıklamaya da zorlanamaz¹². *Forum externum* adı verilen kişinin ibadet etme, öğretme, kabul edilen uygulamaları ve dini ritüelleri yerine getirme şekillerinde dinin veya inancın açığa vurulmasını sağlayan özgürlüğün dışsal boyutu ise mutlak değildir ve sınırlandırılabilir¹³. Mahkemeye göre, bireyler, din ve inanç konusundaki düşüncelerini

¹¹ DOĞRU/NALBANT, s. 121.

¹² AĞIRBAŞLI, s. 89.

¹³ DOĞRU/NALBANT, s. 121-122.

ifade ederken başkalarına zarar verecek söylemler ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınmalı, başkalarının din ve inanç özgürlüğüne de saygı göstermelidirler¹⁴.

Özgürlüğün dışsal boyutu olan anne-babalar ile vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğü konusunda AİHM'nin önemli kararlarından biri Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye¹⁵ kararıdır. Karara konu olayda 23 Şubat 2001'de başvuran, İstanbul Valiliği'ne bağlı İl Milli Eğitim Müdürlüğü'ne başvurarak kızının din kültürü ve ahlâk bilgisi derslerinden muaf tutulmasını talep etmiştir. Ailesinin Alevi olduğunu belirterek, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi gibi uluslararası sözleşmeler kapsamında, ebeveynlerin çocuklarının alacağı eğitim şeklini seçme hakları bulunduğunu dile getirmiştir. Ayrıca, zorunlu din kültürü ve ahlâk bilgisi dersinin, laiklik ilkesi ile bağdaşmadığını ileri sürmüştür. Müdürlüğün reddi üzerine başvuran, yargısal denetim için İstanbul İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur. Din kültürü ve ahlâk bilgisine ilişkin okutulan zorunlu dersin, temel olarak Hanefî mezhebinin temel kurallarına dayandığını ve kendi inancı konusunda hiçbir öğretim sağlamadığını ileri sürmüştür. İdare Mahkemesi de ret yönünde karar vermiş ve karar Danıştay tarafından onaylanmıştır. Reddin gerekçesi ise 1982 Anayasası 24. maddesinin 4. fıkrasına göre din kültürü ve ahlâk bilgisi dersinin ilk ve ortaöğretimde zorunlu dersler arasında yer almasıdır. Başvuranlar, ilk ve ortaokullarda din kültürü ve ahlak bilgisinin öğretilme şeklinin 1 No'lu Protokol'ün 2.

¹⁴ GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher, "AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması", ERÜHFD, C. XIII, Y. 2018, S. 1, s. 387.

¹⁵ Hasan ve Eylem Zengin/Türkiye, 1448/04, 09/10/2007, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-82580>, (E.T. 01/06/2016).

maddesinin ikinci cümlesinde güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir: “Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneyeceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir”. Mahkeme, “din kültürü ve ahlâk bilgisi” konusunda verilen eğitimin nesnellik ve çoğulculuk ölçütlerini karşıladığının ve özellikle başvuruların özel durumunda, Eylem Zengin’in Alevi inancına mensup babasının, ders programında eksik olduğu açıkça görülen dini ve felsefi kanaatlerine saygı gösterdiğinin söylenemeyeceği kanaatine varmıştır. Sonuç olarak, AİHM din derslerinde öğretilenin çocukların üzerinde okul ile kendi değerleri arasında bağlılık çatışmasına yol açabileceğini haklı olarak düşünebilecek ebeveynlere yeterince koruma sağlamadığı sonucuna varmıştır. Bu durumun Sünni İslam’dan farklı din veya felsefi inanışlara sahip ebeveynlerin çocukları için uygun bir seçim yapma imkânının öngörülmediği koşullarda geçerli olduğunu vurgulamıştır. Mahkemeye göre din dersinden muafiyet işlemi, farklı dini veya felsefi inanışlara sahip aileleri ağır bir yük altına sokabilmekte ve onları, çocuklarının din dersinden muaf tutulmaları için dini ya da felsefi inançlarını ifşa etmeye mecbur kılmaktadır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucu AiHS’ye Ek 1 No’lu Protokol’ün 2. Maddesi’nin ikinci cümlesi çerçevesinde başvuranın haklarının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din veya inancı açıklama özgürlüğü, kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın veya ahlâkın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarına dayanarak sınırlandırılabilir. Bu çerçevede din özgürlüğü ile kişinin içsel alandan dışsal alana taşınan öğretim, uygulama, tek başına veya top-

luca ibadet ve ayin yapma özgürlüğü korunurken; vicdan özgürlüğü ile kişinin içsel alanda herhangi bir inanca sahip olup olmaması, inancını serbestçe değiştirebilmesi ile inancını açıklamaya zorlanmaması korunmaktadır¹⁶.

III. DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALAR

AİHM dinsel ritüel ve uygulamaların kapsamı konusunda bazı kararlarında belli unsurlara yer vermekle birlikte, BM İnsan Hakları Komitesi 22 nolu Genel Görüşlerindeki gibi geniş ve açık bir tanım vermemiştir¹⁷. BM İnsan Hakları Komitesine göre: “(1) Din veya inancını açıklama özgürlüğü, gerek aleni olarak gerekse özel alanda, bireysel olarak veya topluca kullanılabilir. Dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli davranışları kapsar. (2) Ritüel kavramı, bir inancı doğrudan ifade etmeye yarayan dinsel ve törensel ritüel eylemleri kapsadığı gibi, bu eylemlere özgü farklı uygulamaları, ibadet yerlerinin inşasını, ritüele dayalı kalıp ifade ve nesnelere kullanılmalarını, sembollerin sunulmasını ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar. (3) Din veya inanca dayalı ritüellerin ya da uygulamaların yerine getirilmesi sadece törensel davranışları kapsamayabilir; ama aynı zamanda yiyeceklerle, genelden ayırıcı giyecekler veya başlıklarla ilgili emirlere uyma, yaşamın kimi merhalelerine eşlik eden ritüellere katılma ve bir grup tarafından ortaklaşa konuşulan özel bir dili kullanmayı da içerebilir. (4) Ayrıca, din veya inancın uygulama veya öğretimi, dinsel sorumluları, din adamlarını, öğretmenleri seçme, dinsel eğitim kurumları ya da okulları kurma,

¹⁶ DEMİR, s. 7.

¹⁷ DOĞRU/NALBANT, s. 127.

dinsel içerikli metin veya ilan hazırlama ve dağıtma gibi dinsel grupların temel etkinliklerini sürdürebilmeleri için varlığı için gerekli davranışları kapsar”¹⁸. Komitenin görüşlerinde dinsel ritüel ve uygulamaları açıkça tanımladığı görülmektedir. Dinsel ritüel kavramı, hayatın belli dönemlerindeki dinsel törenleri, belirli dinsel beslenme ve et kesim adetlerini, belirli dinsel kıyafetlerin giyilmesini ve bunları düzenleyen kuralları içerir¹⁹.

IV. DİNSEL RİTÜEL VE UYGULAMALARIN SINIRLANDIRILMASI

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre: *“Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir”*. 1982 Anayasası’na göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında da 13. madde esas alınacaktır. 13. maddeye göre: *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”*. Anayasamız 24. maddesinde ise din ve vicdan özgürlüğü için özel sınırlama sebepleri öngörülmemiştir. Ayrıca Anayasamızın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı

¹⁸ <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment22.htm>, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 127.

¹⁹ ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 87.

düzenlenmiştir. Sadece 24. maddenin 2. fıkrasında ibadet, dini ayin ve tören özgürlüğünün kullanımının temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı 14. maddeye aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. 3. fıkrada da kimsenin ibadete, dini ayin ve törene katılmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir.

AİHS 9/2’de sayılan sınırlama sebepleri sınırlı sayıda olup açık bir şekilde sıralanmıştır. Burada sayılmayan bir sınırlama sebebine dayanarak devletlerin din veya inancı açıklama özgürlüğünü sınırlamaları mümkün değildir. Ayrıca bu sınırlama sebeplerinin keyfiliğe yol açmayacak şekilde ulusal mevzuatta düzenlenmiş olmaları gerekmektedir²⁰. Sözleşme’de yer alan bu sınırlama sebepleriyle ilgili en önemli sorun, bunların soyut nitelikli kavramlar olup içeriklerinin tespitindeki zorluktan dolayı istisna olmaktan çıkarılarak kural şekline getirilebilme tehlikesidir²¹. Sözleşme’ye göre üye devletlerin bu sınırlama sebeplerinin içeriklerinin belirlenmesinde belli bir takdir yetkisine sahip olmalarına karşın bu yetki, tüm sınırlama sebepleri için aynı esneklikte olmayıp, her somut olaya göre ayrı denetleme yapılmalıdır²². AİHM’ye göre, “Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için kişinin dinini veya inancını gösterme özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekli olabilir (yukarıda anılan, Kokkinakis, s. 18, § 33). Bu gereklilik, hem 9. maddenin 2. paragrafı, hem Sözleşme’nin 1. maddesi uyarınca Devletin, yetkisi dahilinde, Söz-

²⁰ GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 244.

²¹ METİN, Yüksel/ASLAN, Gamze “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBFD, C. XII, Y. 2007, S. 3, s. 280.

²² METİN/ASLAN, s. 280.

leşme”de tanımlanan haklar ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğüne uygundur”²³. Sınırlama sebeplerini ayrı ayrı inceleyecek olursak;

A. SINIRLAMA SEBEPLERİ

1. Kamu Güvenliğinin Korunması

Milli güvenlik olarak da tanımlayabileceğimiz kamu güvenliği kavramının tanımı Milli Güvenlik Kurulu ve Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği Kanunu²⁴, nun 2. maddesinde yapılmıştır. 2. maddeye göre milli güvenlik: *“Devletin anayasal düzeninin, milli varlığının, bütünlüğünün, milletlerarası alanda siyasi, sosyal, kültürel ve ekonomik bütün menfaatlerinin ve ahdi hukukunun her türlü dış ve iç tehditlere karşı korunması ve kollanması”* dır. Anayasa Mahkemesi ve Danıştay da kararlarında kamu güvenliği yerine milli güvenlik ifadesini kullanmış ve milli güvenliğin tanımını yapmışlardır. Anayasa Mahkemesine göre milli güvenlik: *“uygulayıcıların kişisel görüş ve anlayışlarına göre genişleyebilecek, öznel yorumlara elverişli, bu nedenle de keyfiliğe dek varabilir çeşitli ve aşamalı uygulamalara yol açacak genel kavram”* dır²⁵. Danıştay²⁶ da milli güvenlik kavramını, *“genel bir deyimle, yurt ölçüsünde beliren iç ve dış tehditlere karşı devlet tüzel kişiliğinin savunma ve güvenlik altına alınması”* olarak tanımlamıştır. Bu görüşler bize kamu gü-

²³ Leyla Şahin/Türkiye, 44774/98, 10/10/2005, par.106, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-70956> (E. T. 06/06/2016).

²⁴ 09/11/1983 tarih ve 2945 sayılı Kanun, R. G., 11/11/1983, S. 18218.

²⁵ AYM, E. 1973/41, K. 1974/13, K. T. 25/04/1974, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

²⁶ Danıştay 12. Dairesi, E. 1969/4097, K. 1970/426, K. T. 05/03/1970.

venliği kavramının alanına ilaveten kapsamının bir sorun olarak algılanmaya başlandığının ve Anayasa Mahkemesi'nin kamu güvenliği kavramının içeriğini yorumlamaktan sakındığını göstermektedir²⁷.

Kamu güvenliğinin korunması demek devletin devlet olarak korunması, ayakta tutulması, iç ve dış saldırılara karşı korunması demektir²⁸. Kamu güvenliği nedeniyle temel hak ve özgürlüklere bir sınırlama getirilecekse bu sınırlama devlet tüzel kişiliğini korumak için yapılmalıdır²⁹. Temel hak ve özgürlüklerle kamu güvenliği arasındaki denge nasıl sağlanacağı ise zor bir konu olup, kamu güvenliğine aşırı önem vermek temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldıracak, aksi durumda ise kamu güvenliği kavramını önemsizleştirip reddetme durumu olacaktır³⁰. Sınırlama sebebi olarak kamu güvenliği kavramı AİHM davalarında sıklıkla görülen bir kavram olmamakla beraber, bu kavramın görüldüğü davalar temel öneme sahip olma eğilimindedir³¹. AİHM'nin kamu güvenliğinin sağlanması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Phull/Fransa³² kabul edilebilirlik hakkındaki karara konu olan olaya göre, Dindar bir Sih olan başvuran, giden yolcu bekleme salonuna giren yolcu-

²⁷ GÜRPINAR, Bulut, "1982 Anayasası'na Göre Milli Güvenlik Kavramı", Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 2, s. 133.

²⁸ TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, 1. Baskı, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969, s. 146.

²⁹ UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s. 125.

³⁰ AKGÜNER, Tayfun, "Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler (İngilizce Makalenin Özeti)", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 1985, S. 1-3, s. 15.

³¹ GREER, Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997, s. 19.

³² Phull/Fransa, 35753/03, 11/01/2005, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

lara uygulanan güvenlik kontrolünün bir parçası olarak kendisine sarığını çıkarttıran havaalanı görevlileri tarafından, özellikle din özgürlüğüne müdahale edildiğini belirterek Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında şikâyetçi olmuştur. Başvuran, özellikle X-ray cihazından geçmeyi veya bir el dedektörü ile kontrol edilmeyi reddetmediğinden, güvenlik görevlilerinin, sarığını çıkarttırmalarına gerek olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, havaalanlarındaki güvenlik kontrollerinin, Sözleşme'nin 9/2 maddesi kapsamında, kamu güvenliği açısından gerekli olduğunu ve somut davada bu tür kontrollerin uygulanmasına yönelik düzenlemelerin, davalı Devletin takdir yetkisi kapsamında bulunduğunu ve bu tedbire yalnızca bazı hallerde başvurulduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, bu nedenle Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamındaki şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiş ve başvurunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

El Morsli/Fransa³³ kabul edilebilirlik hakkında kararına konu olan olaya göre, başvuran, Fransız bir adamla evli bir Fas vatandaşıdır. Marakeş'teki Fransa Başkonsolosluğunda erkek bir görevli tarafından yapılan kimlik kontrolünde başörtüsünü çıkarmayı reddettiği için kendisine Fransa vizesi verilmemiştir. Mahkeme, kimlik kontrollerinin, bir başkonsolosluğun güvenlik tedbirlerinin bir parçası olarak kamu güvenliğini sağlamayı amaçladığını ve başvuranın başörtüsünü çıkarma zorunluluğunun çok kısa bir süre ile sınırlı olduğunu belirterek başvurunun kabul edilemez yani açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme-

³³ El Morsli/Fransa, 15585/06, 04/03/2008, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

nin kamu güvenliği ile ilgili kararlarının genellikle dini başlık veya başörtüsü ile ilgili olduğu görülmektedir. Mann Singh/Fransa³⁴ kabul edilebilirlik hakkındaki kararına konu olan olayda, Dindar bir Sih olan başvuran, ehliyetindeki fotoğrafın başı açık bir şekilde olması gerekliliğinin din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale olduğu ve bu düzenlemenin Sih topluluğunun üyeleri için ayrı bir hüküm içermemesinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme, bu tür kontrollerin, Sözleşme'nin 9/2 maddesi anlamında, kamu güvenliğini sağlamak için gerekli olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, özellikle şahısların bu amaçla veya ehliyetin ilk tanzimi sırasında sarıklarının çıkarmaları yönündeki gerekliliğin sürekliliği olmayan bir durum olması itibarıyla, bu tür kontrollerin uygulanmasına ilişkin detaylı düzenlemelerin, davalı Devletin takdir yetkisinde bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu nedenle söz konusu müdahalenin, kural olarak, haklı gerekçelere dayandığını ve ulaşılmak istenen amaçla orantılı olduğunu belirtmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir.

X./Birleşik Krallık³⁵ kararına konu olan olayda, Budist olan mahkûm ısmarladığı dini bir kitaba hapisane yönetimince el konulması sebebiyle Komisyona başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğini belirterek hapisane yönetiminin müdahalesinin kamu güvenliği amacına yönelik olduğu ve haklı bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

³⁴ Mann Singh/Fransa, 24479/07,13/11/2008
[http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

³⁵ X./Birleşik Krallık, 6886/75, 18/05/1976, aktaran ÖKTEM, s. 351.

2. Kamu Düzeninin Korunması

Diğer pek çok sınırlama sebebini de içine alabilecek oldukça geniş ve soyut bir kavram olan kamu düzeni kavramı, toplum yaşamı ile ilgili hemen hemen her konuyu içine alır³⁶. Kamu güvenliğinin iç ve dış güvenliği kapsamı yanında kamu düzeni kavramı, iç güvenliği yani kolluk faaliyetlerini içine alır ve halkın günlük yaşantısının, güvenlik, sağlık ve huzur içinde devamı için alınan tüm önlemlerdir³⁷.

Anayasa Mahkemesi kamu düzeni kavramını genellikle milli güvenlik kavramı ile birlikte ele almıştır. 1964 tarihli kararında³⁸ da kamu düzeni kavramının tanımını yapmıştır. Mahkemeye göre “...*Kamu düzeni deyimi ise, belli edilmesi daha güç bir anlamı kapsamaktadır. Nitekim yerli ve yabancı birçok hukuk eserlerinde, çeşitli alanlardaki kişi haklarını sınırlayan bu terim sık sık görülmekte, fakat tarifine pek az rastlanmaktadır. Yapılan açıklamalarda ise, bunun tarifinin güç olduğu kabul edildikten sonra çeşitli açılardan izahına çalıştığı görülmektedir. Bu suretle yapılmış olan tariflerin incelenmesi sonucunda (Kamu düzeni) deyiminin; toplumun huzur ve sükûnunun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığı sonucuna varılmaktadır*”. Mahkeme 1973 yılındaki kara-

³⁶ UYGUN, s. 125.

³⁷ AKGÜNER, s. 14-15.

³⁸ AYM, E. 1963/28, K. 1964/8, K. T. 28/01/1964, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

rında³⁹ ise kamu düzeni kavramının kesinlik taşımayan, yoruma muhtaç, özellikle sınıflı toplumlarda kişilerin bakış açısına göre değişiklik gösteren bir kavram olmadığını, aksine hukuk ve Anayasa diline girmiş bir kavram olduğunu belirtmiştir.

AİHM'nin kamu düzeninin sağlanması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlanmasıyla ilgili kararlarından örnek verecek olursak; Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye⁴⁰ kararına konu olan olayda, Aczimendi tarikatı olarak bilinen dini bir grubun üyesi olan 127 başvuran, gruplarının ayırt edici (sarı, şalvar, tunik ve bastondan oluşan) kıyafetlerini giyerek sokaklarda dolaşmaları ve bu şekilde bir mahkeme oturumuna katılmalarından dolayı, Şapka Kanunu'na muhalefet ettikleri ve kamuda dini kıyafetlerin giyilmesine ilişkin kurallara aykırı davrandıkları gerekçesiyle 1997 yılında mahkûm edilmiş olmalarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlar, AİHS 9. maddesine göre, AİHM önünde, kıyafetleri vasıtasıyla dinlerini açıklamaktan ötürü, ceza hukuku kapsamında suçlu bulduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Mahkeme, özellikle başvuranların kamu düzenine yönelik bir tehdit oluşturdukları veya toplantıları sırasında yoldan geçenler üzerinde uygunsuz baskı oluşturarak onları kendi dinlerine çevirmeye çalıştıklarına dair bir kanıt bulunmadığı sonucuna vararak AİHS 9. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, diğer davaların aksine, bu davanın, dini tarafsızlığın, kişinin dinini açıklama hakkından önce gelebileceği, kamu kurumlarında dini sembollerin kullanılmasının düzenlenmesinden ziyade, herkese açık ka-

³⁹ AYM, E. 1973/12, K. 1973/24, K. T. 07/06/1973, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁴⁰ Ahmet Arslan ve Diğerleri/Türkiye, 41135/98, 23/02/2010 [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

musal alanlarda belirli bir kıyafetin giyilmesinin cezalandırılmasıyla alakalı olduğunu vurgulamıştır.

3. Başkalarının Hak ve Özgürlüklerinin Korunması

Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, insan haklarının sınırlandırılmasındaki ana fikrin altında, hiç kimsenin kendi hakkını kullanırken, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesini sağlama düşüncesi yatmaktadır⁴¹. AİHM'nin başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Schilder/Hollanda⁴² kararına konu olan olay kilise çanı ile ilgilidir. İslamiyet'teki ezan, Hristiyanlık'taki çan, Yahudilik'teki orucun açılması için çalınan şofar aleti gibi dinsel ibadet çağrıları ibadet özgürlüğünün bir parçasını oluşturan ritüellerdir⁴³. Başvurucu bir Katolik kilisesinin papazıdır ve kilise cemaatini sabah 7:30'daki ibadete çağırmak için her gün saat sabah 7:15'te, kilisenin çanını çalmakta olup kilisenin etrafında yaşayan mahalle sakinlerinin bu gürültüden şikayetçi olmaları üzerine belediye, başvurucuya, 7:30'dan önceki çan sesinin kısılması gerektiğini, aksi halde aleyhine para cezası kesileceğini bildirmiştir. Başvurucu bu ihtar rağmen rutininde bir değişiklik yapmamış ve bu nedenle de hakkında para cezası kesilmiştir. AİHM bu davada başvurucunun kilise çanını çalmasının tamamen yasaklanmadığını, sadece gece 23:00 ile sabah 07:30 arasında çan sesini kısması yönünde bir sınırlamaya tabi tutulduğu-

⁴¹ JAYAWICKRAMA, Nihal, *The Judicial Application of Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2002, s. 200'den aktaran KALABALIK, Halil, *İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013, s. 173.

⁴² Schilder/Hollanda, 2158/12, 16/10/2012.

⁴³ ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 88-89.

nu ve bunun da komşularının “gece sükunetini” güvence altına almak için yapıldığını kaydetmiştir ve söz konusu sınırlamanın, çatışan hakların dengelenmesi bakımından haklı görülebilir nitelikte olduğu sonucuna varmıştır⁴⁴.

Dahlab/İsviçre⁴⁵ kabul edilebilirlik hakkında karara konu olan olayda, başvuran, dinini değiştirerek İslam’a geçen bir ilkökul öğretmeni olup, okul yetkililerinin, 1997 yılında Federal Mahkeme tarafından da onaylanan, derste başörtü takılmasını yasaklama kararından şikâyetçi olmuştur. Başvuran, daha önce birkaç yıl okulda açık bir rahatsızlığa neden olmadan başörtüsü takmıştır. Mahkeme, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme başvuranın, Devletin bir temsilcisi sıfatıyla sorumlu olduğu çocukların yaşının dört ve sekiz arasında olmasından, yani çocukların daha büyük öğrencilere kıyasla daha kolay etkilendikleri bir yaşta olmalarından ötürü, bu tedbirin makul olmadığını söyleyemeyeceğini vurgulamıştır.

Tanyar ve Küçükergin/Türkiye⁴⁶ kabul edilebilirlik kararına konu olan olayda, başvuranlar, İzmir’de bir binanın giriş katında bulunan bir daireyi satın almışlardır. Daha sonrasında ise başvuranlar, binanın girişine Topluluğun isminin yazılı olduğu bir levha asmışlardır. Topluluk üyeleri, kat maliklerinin izinleri olmadan söz konusu binada toplanmaya başlamışlardır. Mahkeme, konut olarak belirlenmiş bir dairede, kat mül-

⁴⁴ Schilder/Hollanda, par. 23, aktaran ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 89.

⁴⁵ Dahlab/İsviçre, 42393/98, 15/02/2001, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20\(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Religious%20symbols%20and%20clothing%20(dini%20sembol%20ve%20k%C4%B1yafetler).pdf) (E. T. 02/06/2016).

⁴⁶ Tanyar ve Küçükergin/Türkiye, 74242/01, 05/12/2006, [http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\"fulltext\":\[\"zekaitanyar\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\", \"CHAMBER\"\]](http://hudoc.echr.coe.int/tur#{\) (E. T. 02/06/2016).

kiyeti kanununa aykırı olarak diğer maliklerin onayı alınmadan dinsel faaliyetlerde bulunulmasının yasaklanmasını, 9. maddeye aykırı görmüştür. Bu davada Mahkeme, Türk Hukukunda bir konutun ibadet yeri olarak kullanılması için diğer kat maliklerinin onayının alınması gerekliliği şeklinde öngörülen sınırlamanın, başkalarının haklarını koruma gibi bir meşru amaç izlediğini belirtmiştir.

4. Genel Sağlığın ve Ahlakın Korunması

Kolluk faaliyetlerinin genel amacını oluşturan kamu düzeni kavramının bir unsuru olan genel sağlık, toplumun bir bütün olarak bulaşıcı ve yaygın hastalıklardan uzak tutulması, toplumda bu gibi hastalık tehlikelerinin olmamasıdır⁴⁷. Genel ahlakın korunması ile kamu düzeninin korunması arasında çok yakın bir ilişki bulunmakta olup, genel ahlak kavramı kamu düzeni kavramından bir yönüyle ayrılmaktadır⁴⁸. Bu ayrım kamu düzeninin toplumun maddi dayanaklarının korunması anlamına gelirken genel ahlakın toplumun etik, manevi dayanağının korunması anlamına gelmesi noktasındadır⁴⁹. Anayasa Mahkemesi de kamu düzenini tanımladığı 1964 tarihli kararında genel ahlakın da tanımını yapmıştır. Mahkemeye göre genel ahlak deyimi, belli bir zamanda bir toplumun büyük çoğunluğu tarafından benimsenmiş bulunan ahlak kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilir bir anlam taşımaktadır.

Genel sağlık konusunda Komisyonun nadir kararlarından birisi, bir Sih mahkûmun hücrelerini temizleme yükümlüğü ile dini inançlarının

⁴⁷ GÜNDAY, Metin, *İdare Hukuku*, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 293.

⁴⁸ KALABALIK, s. 170-171; UYGUN, s. 131.

⁴⁹ TANÖR, s. 143.

çatıştığını iddia ettiği bir başvuruyu incelediği X./Birleşik Krallık⁵⁰ kararı olup Komisyon bu kararında, üst kasta ait bir Sih'in hücrelerini süpürmesinin dini emirler ile çatıştığını saptamış; ancak bu müdahalenin başvuru-
cunun ve diğer tutuklu kişilerin sağlığı için gerekli bir önlem olduğunu belirterek, bu başvuruyu kabul edilemez bulmuştur⁵¹.

Sağlığın korunması ile ilgili bir diğer karar türbanlı bir Sih'in motosiklet kullanırken türbanını çıkararak kask takmayı reddettiği gerekçesiyle farklı zamanlarda birçok kez para cezasına çarptırılmasıyla ilgilidir. Komisyon, motosiklet sürücüleri için yasa tarafından öngörülen kask kullanma zorunluluğunun bu kişilerin güvenliği için gerekli ve AİHS md. 9/2'de yer alan sağlığın korunması meşru amacına hizmet eden bir tedbir olduğunu belirterek din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını açıkça temelsiz bulmuştur; ancak Birleşik Krallık hükümeti, daha sonra gerçekleştirdiği bir değişiklikle kask takma zorunluluğu kuralına Sih sürücüler bakımından bir istisna getirmiştir⁵². Bu durum yasaların getirdiği yükümlülüklerle, inandıkları dinin emirleri arasında sıkışıp kalan insanların bu mücadeleden başarıyla çıktıklarının bir örneğidir⁵³.

B. SINIRLAMANIN SINIRLARI

1. Sınırlamanın Kanuniliği

AİHS 9. maddesinin 2. fıkrasına göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne getirilecek herhangi bir sınırlamanın kanuna dayanması ge-

⁵⁰ X./Birleşik Krallık, 8231/78, 06/03/1982.

⁵¹ DOĞRU/NALBANT, s. 138.

⁵² X./Birleşik Krallık, 7992/77, 12/07/1978, aktaran ŞİRİN/DUYMAZ/YILDIZ, s. 126.

⁵³ ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005, s. 62.

rekliliğini belirtmektedir. 1982 Anayasası'nın 13. maddesine göre de temel hak ve hürriyetler ancak kanunla sınırlandırılabilir. Kanunun biri şekli/organik diğeri maddi olmak üzere iki anlamı vardır⁵⁴. Şekli anlamda kanun, yasama organının kanun yapma usulüne göre yaptığı her işlemin; maddi anlamda kanun ise bir metnin genel, soyut, kişisel olmayan kurallar içermesi durumunda kanun sayılmasını ifade eder⁵⁵. Anayasa Mahkemesi kanun kavramından şekli anlamda kanunu anlamaktadır. Anayasa Mahkemesi 1986 yılındaki kararında⁵⁶ kanun ifadesinden “*münhasıran yasama tasarrufunun*” anlaşılması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme 1990 yılındaki kararında⁵⁷ ise “*...Bilindiği gibi, yasalar ya da yasalarla eşdeğerdeki pozitif hukuk metinleri nesnel, soyut, genel ve sürekli nitelikteki hukuk kurallarını içeren, etkileri yönünden de objektif hukuk alanında yeni bir durum yaratan ya da varolan bir durumu düzenleyen veya ortadan kaldıran kural-işlemler bölümüne girerler*” şeklinde görüş belirtmiştir. Bu kararında mahkeme kanun kavramını geniş anlamda değerlendirmiştir⁵⁸. İç hukukumuz açısından sınırlamanın kanuniliği ilkesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir sınırlandırmanın ancak kanunla yapılabileceği, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik gibi idari işlemlerle sınırlama yapılamayacağı anlamına gelmektedir⁵⁹. Bu durum idarenin düzenleyici işlemleri ile özgürlüklerin hiçbir şekilde sınırlandır-

⁵⁴ TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 15.

⁵⁵ TEZİÇ, s. 15-17.

⁵⁶ AYM, E. 1985/21, K. 1986/23, K. T. 06/10/1986, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁵⁷ AYM, E. 1990/31, K. 1990/24, K. T. 24/09/1990, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 01/06/2016).

⁵⁸ FENDOĞLU, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. md.13)”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 194.

⁵⁹ TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013, s. 148.

lamayacağı anlamına gelmemektedir⁶⁰. Olağanüstü hallerde, temel hak ve özgürlükler olağanüstü hal ve sıkıyönetim kanun hükmündeki kararnamesi ile sınırlandırılabilir. 1982 Anayasası 91/1’de de olağan dönem kanun hükmünde kararnamesi ile sosyal ve ekonomik hakların düzenlenebileceğini belirtmektedir. Ancak bu madde sosyal ve ekonomik hakların sınırlandırılmasına değil düzenlenmesine olanak vermektedir⁶¹.

AİHM kanun kavramından şekli anlamda kanunu değil maddi anlamda kanunu anlamaktadır⁶². Mahkemeye göre sözleşmede yazılı olan kanun kavramı kanun, tüzük, yönetmelik, yerleşik içtihat gibi soyut norm koyan bütün düzenleyici işlemleri hatta Anglo-sakson hukukundaki yazılı olmayan içtihat hukukunu bile kapsar⁶³. Mahkeme Sunday/Times Birleşik Krallık⁶⁴ kararında “... ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki hukuk (law) sözcüğünün sadece ‘yasa’yı (statute) değil ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır”. Mahkeme benzer yorum tarzını Leyla Şahin/Türkiye kararında da benimsemiştir. Karara konu olan olayda başvuran, geleneksel dindar bir Müslüman aileden gelmekte olup, başörtüsü takmanın dini bir görev olduğu düşüncesindedir. Başvuran, 1998 yılında, İstanbul Üniversitesinde tıp öğrencisiyken, öğrencilerin derslerde veya sınavlarda başörtüsü takmasını yasaklayan ve bunun sonucunda kendisinin ülkesini terk ederek eğitimine Avusturya’da devam etmesine neden olan bir uygulamadan şikâyet etmiştir. Mahkeme türban yasağına daya-

⁶⁰ ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 113.

⁶¹ GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014, s. 125.

⁶² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s. 376.

⁶³ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 376.

⁶⁴ Sunday Times/Birleşik Krallık, 6538/74, 26/04/1979, par. 47, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (E . T. 06/06/2016).

nak oluşturan Anayasa Mahkemesi kararını ve Danıştay kararlarını kanun olarak kabul etmiştir. Mahkemeye göre: “...Ayrıca, Sözleşme’nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan ‘yasayla öngörülmüş olmak’ ve ‘yasalar uyarınca’ ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme ‘yasa’ terimini ‘şeklen’ değil ‘özü’ itibarıyla algıladığını her zaman vurgulamış, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (Bartold – Almanya, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan “yazılı hukuku” ve yazılı olmayan hukuku da dâhil etmiştir. “Hukuk” sözcüğünden hem yazılı hukuk, hem de hâkimler tarafından oluşturulan “hukuk” (diğerlerinin yanı sıra bkz. Sunday Times – İngiltere (no. 1) 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, s.30, § 47; yukarıda anılan, Kruslin, § 29 in fine; ve Casado Coca – İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A. s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, ‘hukuk’, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir”⁶⁵.

AİHM kanunilik şartına dayanarak yapılacak bir müdahalenin haklı olabilmesi için kanunun ulaşılabilir ve yeterli açıklıkta olması gerekliliğinin altını çizmektedir⁶⁶. Ayrıca yasadaki sınırlama hükümleri anayasadakilere oranla daha kesin, açık ve somut olmalıdır⁶⁷. Sınırlama getiren yasaya dayanarak bir düzenleyici işlem yapıldığında, bu düzenle-

⁶⁵ Leyla Şahin/Türkiye, par. 88.

⁶⁶ Sunday Times/Birleşik Krallık, par. 49.

⁶⁷ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 149; UYGUN, s. 92.

yici işlemin de yasada öngörülen dışında yeni bir sınırlama getirmesi önlemelidir⁶⁸.

2. Meşru Amaç Şartı

AİHS 9. maddesine göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne ilişkin sınırlama sebepleri; kamu güvenliğinin, kamu düzeninin, genel sağlığın ve ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Din veya inancı açıklama özgürlüğünün sınırlandırılmasında da bu meşru amaçlardan biri veya birkaçına dayanılması gereklidir. Devletler bu meşru amaçlara dayanarak bir sınırlama yaptıklarında ikna edici gerekçelere dayanmak zorundadırlar⁶⁹. AİHM sınırlama sebepleri olan özellikle kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi kavramların dar ve katı yorumlanması gerekliliğinin altını çizmektedir⁷⁰. Örneğin, caddeye taşan toplu bir ibadet, trafiğin düzenini bozabilir, taşmaması için tedbir alınabilir ve Mahkeme de bu müdahaleyi meşru bir amaca sahip olduğu gerekçesiyle, 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmeyebilir⁷¹.

3. Demokratik Toplum için Gerekliklik

Sözleşmenin hazırlanması aşamasında önemle üzerinde durulan esas amaçlardan biri demokrasinin korunma düşüncesi olup Sözleşmenin başlangıcında temel hak ve hürriyetlerin ancak gerçek bir demokratik

⁶⁸ UYGUN, s. 92.

⁶⁹ BIÇAK, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce, Y. 2001/6, S. 24, s. 56.

⁷⁰ ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 226.

⁷¹ BENLİ, Fatma, “Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi”, Birikimler I, İstanbul, 2003, s. 69.

toplumda var olabilecekleri ve korunabilecekleri ifadesi yer almaktadır⁷². AİHS 9/2'ye göre din veya inancı açıklama özgürlüğüne yapılacak bir müdahale demokratik toplumun gereklerine aykırı olmamalıdır. Demokratik toplumun gerekleri ölçütü sınırlandırmanın kabul edilebilirliği konusunda önemli bir ölçüt hatta Sözleşmenin en özgün ölçütü olarak kabul edilmektedir⁷³. Mevzuatımızda demokratik toplumun gerekleri ifadesi yerine demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama ifadesi kullanılmaktadır. 1961 Anayasası'nda yer almayan demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramı 1982 Anayasası'nın ilk şeklinde kendine yer bulmuştur. Bu kavram 1961 Anayasası'ndaki hakkın özü kavramı yerine getirilmiştir⁷⁴. 2001 değişikliği ile de hakkın özü kavramının 13. maddeye eklenmesiyle birlikte temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında hem hakkın özüne hem de demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmama güvencesi sağlanmıştır. 13. maddenin gerekçesinde demokratik toplum düzeni ilkesinin, öze dokunmama ölçütünden daha belirgin, uygulaması daha kolay olan bir ölçüt olduğu, esasen uluslararası sözleşme veya bildirimlerde de bu ölçütün kabul edildiği belirtilmiştir. Aslında demokratik toplum düzeninin gerekleri ifadesinin kullanılmasının sebebi, öz güvencesinin hakları sınırlandırma konusunda siyasi otoritenin elini kolunu bağladığının düşünülmesidir⁷⁵. Hakkın veya özgürlüğün özü, bir hak veya özgürlüğün vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu takdirde söz konusu özgürlüğü anlamsız hale getirecek olan asli çekirdeğini oluşturmak-

⁷² SUNAY, Reyhan, *İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları*, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2001, s. 106.

⁷³ BIÇAK, s. 56; ÖZBEY, Özcan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", TBB, Y. 2013, S. 106, s. 53.

⁷⁴ FENDOĞLU, s. 195.

⁷⁵ ARSLAN, *Temel Hak*, s. 223.

tadır⁷⁶. Anayasa Mahkemesi kuruluşundan itibaren hak ve özgürlüklerin özünün belirlenmesinde “hakkın kullanılabilir” durumda kalmasını ölçü olarak belirlemiştir⁷⁷. Anayasa Mahkemesi 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlarında⁷⁸ demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını kullanırken öze dokunma yasağını da bunun içinde ya da yanında bir destek norm olarak kullanmaya başlamış ve Anayasanın ilk şeklindeki eksikliği bir ölçüde gidermeye çalışmıştır⁷⁹.

Anayasa Mahkemesi demokratik toplum düzeninin gerekleri kavramını önce 1982 Anayasası’nın benimsediği demokratik toplum düzen anlayışı olarak yorumlamış sonra ise bu görüşünü değiştirerek hem evrensel demokratik ölçüleri hem de hakkın özü kavramını içine alan bir kavram olarak yorumlamıştır⁸⁰. Bu durum, temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında uluslararası ölçütlerin esas alınarak, yürürlükteki yasaların tekrardan anlamlandırılmasına önemli katkı sağlamıştır⁸¹. Demokratik toplum düzeninin gerekleri deyince ise demokrasinin gerekleri, yani demokrasinin unsurları akla gelir⁸². AİHM Handyside/Birleşik Krallık⁸³ kararında, demokratik toplumun olmazsa olmaz unsurlarının çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülük olduğunu belirtmiştir. Bu kararında Mahke-

⁷⁶ ÖZBUDUN, s. 115.

⁷⁷ ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19, s. 156-157.

⁷⁸ AYM, E. 1985/8, K. 1986/27, K. T. 26/11/1986; E. 1987/16, K. 1988/8 K. T. 19/04/1986; E. 1988/14, K. 1988/18, K. T. 14/06/1988; E. 1986/17, K. 1987/11, K. T. 22/05/1987.

⁷⁹ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 153.

⁸⁰ ÖZBUDUN, s. 116-117; TEZİÇ, s. 238.

⁸¹ TEZİÇ, s. 238.

⁸² ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 8. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013, s. 126.

⁸³ Handyside/Birleşik Krallık, 5493/72, 07/12/1976, par. 49, <http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (E. T. 06/06/2016).

me, demokratik toplum kavramının belirleyicisi olan çoğulculuk kavramını tanımlamış ve çoğulculuğun farklı, aykırı sayılabilecek fikirlerin, hatta politik toplumu ve halkın belirli bir kesimini şoke edebilecek fikirlerin de açıklanmasına izin verdiğini belirtmiştir. Mahkemeye göre demokratik toplum düzeni sayısal açıdan çoğunluğun görüşlerinin üstün görülmesi ve toplumun ona göre şekillenmesi değildir ve çoğunluğun sorumsuz ve sınırsız güç kullanıp toplumu şekillendirmesi de önlenmelidir⁸⁴. Burada çoğulculuk kavramı, toplumsal ve siyasal farklılıklara zemin hazırlayan bir kavram olarak anlaşılmakta ve devletin farklı görüşler karşısında eşit mesafede durması olarak tanımlanan siyasal tarafsızlık ilkesini, demokratik toplumun vazgeçilmez bir unsuru olarak karşımıza çıkartmaktadır⁸⁵.

Mahkeme Handyside/Birleşik Krallık kararında gereklilik kavramının zorunlu kavramı ile eş anlamlı olmadığını ama kabul edilebilir, yararlı, makul ve arzu edilen kavramları gibi esnekliğe de sahip olmadığına belirtmiştir⁸⁶. Dolayısıyla taraf devlet sınırlandırma sebeplerine dayanırken, bunun gerekli bir müdahale olduğunu Mahkeme kararında belirtilen esnek gerekçelerin ötesinde zorunluluğa yakın bir şekilde kanıtlanma yoluna gitmelidir⁸⁷. Observer ve Guardian/Birleşik Krallık⁸⁸ kararında AİHM, gereklilik kavramını zorlayıcı toplumsal ihtiyaç şeklinde

⁸⁴ ANAYURT, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Kamu Hukuku Arşivi- Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, C. 6, Y. 2003, S. 1, s. 54.

⁸⁵ ARSLAN, Temel Hak, s. 226.

⁸⁶ Handyside/Birleşik Krallık, par. 48.

⁸⁷ BIÇAK, s. 56; ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 391.

⁸⁸ Observer ve Guardian/Birleşik Krallık, 13585/88, 26/11/1991 aktaran, MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları S. 2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 67.

tanımlamıştır. Zorlayıcı toplumsal ihtiyacın var olup olmadığını ilk değerlendirecek olan, sınırlandırmayı yapacak olan idari makamlardır; ancak bunu değerlendirirken de AİHM'nin içtihadına uygun davranmaları gerekmektedir⁸⁹. Sınırlamanın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı incelenirken; müdahalenin dayanılan meşru amaca uygun ve bu amaçla orantılı (ölçülü) olmasının yanında devletlerin kendilerine tanınan takdir alanının sınırlarına uyulup uyulmadığı Mahkemece denetlenecektir⁹⁰. Bu sebeple bir sınırlandırma yapılırken demokratik toplum düzeninin sınırları içerisinde kalarak devletin müdahalesinin ölçülülüğü konusunda bir değerler dengesi yapılması gerekmektedir⁹¹.

AİHM'nin başkalarının demokratik toplumun gereklerine uygun olarak dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlanmasıyla ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Leyla Şahin/Türkiye kararına göre: *“Mahkeme, 9. maddede belirtildiği gibi, düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, Sözleşme”nin lafzı çerçevesinde, “demokratik toplum”un temellerinden biri olduğunu yineler. Dini yönden bu özgürlük, inananların kişiliklerini ve onların hayat görüşlerini oluşturan en yaşamsal unsurlardan birisidir, ancak, aynı zamanda, ateistler, agnostikler, kuşkucular ve ilgisizler için de önemli bir değerdir. Demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan ve yüzyıllar sonra kazanılan çoğulculuk bu değere dayanır. Bu özgürlük, aynı zamanda, dini inanca sahip olma veya olmama ve dini uygulama veya uygulamama özgürlüğünü de beraberinde getirir (bkz., diğer içtihatlar arasında, Kokkinakis – Yunanistan, 25 Mayıs 1993, Seri A no.*

⁸⁹ MACOVEİ, s. 67.

⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/GÖLCÜKLÜ, s. 379.

⁹¹ RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993, s. 31.

260 – A, s. 17, § 3; ve *Buscarini ve Diğerleri – San Marino [BD]*, no. 24645/94, § 34, *AİHM 1999-I*”⁹².

Buscarini ve diğerleri/San Marino⁹³ kararına konu olan olayda 1993 yılında San Marino parlamentosuna seçilen başvuranlar, parlamentoda göreve başlayabilmek için İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmalarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvuranlara göre parlamentoda göreve başlayabilmek için İncil üzerine yemin etmek zorunda bırakılmak, temel bir siyasal hakkın kullanılmasının belli bir inancın açık bir şekilde ikrar edilmesine tabi olduğunu göstermekteydi. Mahkeme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 9. maddesinin (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlal edilmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, Parlamento içerisinde toplumun farklı görüşlerini temsil etmeye yönelik bir yetkinin kullanılmasının, belli inançlar kümesine bağlılığı beyan etmeye tabi kılınmasıyla çelişkili olması nedeniyle, yemin etme yükümlülüğünün Sözleşme’nin 9/2 maddesinin amaçları doğrultusunda “demokratik bir toplumda gerekli” olmadığına karar vermiştir.

AİHM’nin Yehova Şahitleri ile ilgili bir kararına göre, Yehova Şahidi inancına sahip olan ve Yunan yetkililerinden izin almadan dini tören ve toplantılar için ibadet yeri açtıklarından dolayı mahkûm olan başvuruçular, AİHS 9. maddesinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. AİHM, devletlerin, görünüşte dini hedefler güden bir hareket ya da derneğin halka zarar verecek türden faaliyetler sürdürüp sürdürmediğini denetleme hakkına sahip olduğunu kabul etmiştir. Öte yandan, Yehova

⁹² Leyla Şahin/Türkiye, par. 104.

⁹³ Buscarini ve diğerleri/San Marino, 24645/94, 18/02/1999, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

Şahitleri'nin Yunanistan'daki yasalara göre "tanınmış din" tanımına girdiğini hatırlatarak, Mahkeme, başvuruçuların mahkûmiyetinin "demokratik bir toplumda gerekli" olmadığına karar vermiş ve Yunanistan'ın AİHS 9. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir⁹⁴.

AİHM'nin dini ritüel ve uygulamaların bir parçası olan, hayvanların dini usullere uygun olarak kesilmesi ile ilgili bir kararı bulunmaktadır. Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa⁹⁵ kararına konu olan olayda, Başvuran Yahudi bir dernektir. Yahudilikte etin glatt olmaması yani kesilen hayvanın akciğerlerinde en küçük bir leke olması durumunda koşer yani hangi yiyeceklerin yenilip yenilmeyeceğini ve bu yiyeceklerin nasıl hazırlanması gerektiğini öngören kurallara uygun kabul edilmemektedir. Dernek, Fransa makamlarının kendisine, üyelerinin aşırı muhafazakâr dini tavsiyeleri doğrultusunda hayvanların dini usullere uygun biçimde kesilmesini sağlamak amacıyla mezbahalara erişimi için gerekli onayı vermeyi reddetmelerinden şikâyet etmiştir. Başvuran özellikle, onay başvurusunun reddinin, kendisinin riayet etme yoluyla dinini açıklama özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Başvuran ayrıca, yalnızca Fransa'daki Yahudilerin büyük çoğunluğunun mensubu olduğu Paris Yahudi Cemaat Birliği'nin (*Association consistoriale israélite de Paris* – "ACIP") söz konusu onayı almış olması bakımından, Sözleşme'nin 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmiş olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme,

⁹⁴ Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan, 18748/91, 26/09/1996, aktaran Düşünce, Din veya İnanç Özgürlüğü Hakkı Nedir?, İnanç Özgürlüğü Girişimi Yayını, İstanbul, 2012, s. 15.

⁹⁵ Cha-are Shalom ve Tsedek/Fransa, 27417/95, 27/06/200, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

yapmış olduğu değerlendirme sonucu Sözleşme'nin 9. maddesine ilişkin bir ihlalin söz konusu olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, ancak dini usullere uygun kesimin yasadışı olarak yapılmasının aşırı muhafazakâr Yahudilerin geçerli olduğunu düşündükleri dini uygulamalar doğrultusunda kesilen hayvanların etini yemelerini imkânsız kılması halinde, başvuran derneğin dinini açıklama özgürlüğü hakkına ilişkin bir müdahale söz konusu olacaktır. Ancak, Mahkeme başvuran derneğe mensup Yahudilerin “glatt” et bulamadıkları ya da başvuran derneğin dini usullere uygun kesim yapmak için ACIP'e verilen onaydan faydalanabilmek amacıyla ACIP ile bir anlaşmaya varmak suretiyle kendi mensuplarına “glatt” et tedarik edemediği tespit edilmediği için, onayın reddine ilişkin şikâyetin başvuran derneğin dinini açıklama özgürlüğüne yönelik bir müdahale teşkil etmediğini değerlendirmiştir. Mahkeme ayrıca, somut davada, Sözleşme'nin 14. maddesi (ayrımcılık yasağı) ile bağlantılı olarak 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir.

Komisyonun X/Birleşik Krallık kararı dinsel ritüel ve uygulamaların bir parçası olan namaz ile ilgilidir. Komisyon kararında başvurucunun hareketinin dinin sonucu olup olmadığını tartışmamış olup, okul saatlerinde namaz kılmak için camiye giden bir öğretmen hakkında, camide namaz kılmanın bağlayıcı bir yükümlülük olmadığını beyan etmiş ve eğitim otoritelerinin okul için önemli olmayan zaman diliminde başvurucuya izin verdiğini dikkate alarak işverenin izin vermeme olayını 9. maddenin ihlali olarak değerlendirmemiştir⁹⁶.

⁹⁶ BENLİ, s. 71.

4. Ölçülülük İlkesi

Ölçülülük ilkesi, sınırlamada başvuru alan aracın sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmamasıdır⁹⁷. AİHM içtihatlarını incelediğimiz zaman da bu tanım çerçevesinde ölçülülük ilkesinin elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini içerdiğini görmekteyiz⁹⁸. AİHM ölçülülük denetiminde değişik unsurları değerlendirme ölçütü olarak kullanmaktadırlar. Araç ile amaç dengesinin varlığı araştırılırken, devlet tarafından başka tedbirlerin alınıp alınmayacağı, tedbirler kaldırıldığı takdirde varılacak sonuç, söz konusu sınırlamaların uygulanması durumunda temel hakların ihlal edilmesi ihtimali, tedbiri alan ulusal makamların izledikleri usul ve yöntem, tedbirin niteliği, genel karakteri, yaygınlığı, uygulama alanı ve ortaya çıkabilecek zarar verici sonuçlar bütün olarak ele alınıp incelenmektedir⁹⁹.

1961 Anayasası döneminde Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa'da yer alan dolaylı ifadelerle dayanarak denetimler yaptığı ölçülülük ilkesinin adı 1982 Anayasası'nın 2001 değişikliği ile konmuştur¹⁰⁰. 15. maddenin 1. fıkrasında yer alan “*durumun gerektiği ölçüde*” ifadesi de açıkça ölçülülük ilkesini ifade etmektedir¹⁰¹. 13. maddenin ilk şeklinde yer alan “*öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz*” ifadesi de ölçülülük ilkesini andırmaktadır¹⁰². Anayasa Mahkemesi 2015 yılında verdiği bir kararın-

⁹⁷ ÖZBUDUN, s. 114.

⁹⁸ METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002, s. 91.

⁹⁹ METİN, s. 88; SUNAY, s. 101.

¹⁰⁰ TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, s. 154.

¹⁰¹ METİN, s. 214.

¹⁰² TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU, S. 154.

da¹⁰³ ölçülülük ilkesinin alt ilkeleri olan elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerini tanımlamıştır. Mahkemeye göre: “...*Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, “ölçülülük ilkesi” olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir”.*

AİHM'nin dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesinin önemi ile ilgili kararlarından birkaç örnek verecek olursak; Francesco Sessa/İtalya¹⁰⁴ kararına konu olan olayda başvuran, Yahudi inancına mensup ve mesleği avukatlık olan bir kişidir. Delil ibrazıyla ilgili bir duruşmada, bir davadaki şikâyet sahiplerinden birinin temsilcisi sıfatıyla, sorgu yargıcının huzuruna çıkmıştır. Yargıcın davayı görmesi engellendiği için, yerine geçen yeni yargıç tarafları ertelenen duruşmanın görülmesi için iki tarihten birini seçmeye davet etmiştir. Başvuran, seçenek olarak sunulan tarihlerin her ikisinin de Yahudilerin dini festival tarihlerine denk geldiğine ve dini yükümlülüklerinin kendisini bu duruşmaya katılmaktan alıkoyduğuna dikkat çekmiştir. Duruşma tarihi söz konusu iki tarihten biri olarak belirlenmiş, bunun üzerine, başvuran duruşma tarihinin ertelenmesi için bir başvuruda bulunmuştur. İddia makamı ve davalıların avukatı, bir erteleme kararı verilmesine ilişkin olarak

¹⁰³ AYM, E. 2014/176, K. 2015/53, K. T. 27/05/2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfa-lar/kararlar/kbb.html> (E. T. 06/06/2016).

¹⁰⁴ Francesco Sessa / İtalya, 28790/08,03/04/2012, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%20C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

yasal açıdan tanınmış bir nedenin söz konusu olmadığı gerekçesiyle, başvuruya itiraz etmişlerdir. Başvuran, adli makamın dini bir festival tarihinde gerçekleştirilmesi kararlaştırılan duruşma tarihini ertelemeyi reddetmesinin, kendisini şikâyet sahiplerinden birinin temsilcisi sıfatıyla söz konusu duruşmaya katılmaktan alıkoyduğunu ve dinini özgür bir şekilde açıklama hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucu Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle, söz konusu duruşmanın bir Yahudi tatiline denk gelen bir tarihte gerçekleştirilmesinin ve duruşma tarihinin daha sonraki bir tarihe ertelenmesinin reddedilmesinin, başvuranın inancını özgür bir şekilde açıklama hakkına yönelik bir kısıtlama teşkil ettiğine ikna olmuş değildir. Mahkeme, başvuranın Sözleşme'nin 9/1 maddesi kapsamında sahip olduğu hakka bir müdahale olduğu varsayılsa dahi, yasayla öngörülen böylesi bir müdahalenin, başta kamuoyunun adaletin doğru şekilde tecelli ettirilmesini isteme hakkı olmak üzere, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve davaların makul bir süre içerisinde görülmesi ilkesi gereğince haklı olduğunu değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, söz konusu müdahalede, hedeflenen amaç ile başvuru yöntemi arasında makul bir orantılılık ilişkisi gözlemlenmiştir.

Kosteski/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti¹⁰⁵ kararına konu olan olayda, başvuran, Müslümanların dini festivallerinden biri olan Bayram'ı kutlamak için 1998 yılının Nisan ayında izin almaksızın bir

¹⁰⁵ Kosteski / Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, 55170/00, 13/04/2006, [http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20\(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C3%BC%C4%9F%C3%BC\).pdf](http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/tematik_bilginotu/dusunceler/Freedom%20of%20religion%20(Din%20%C3%B6zg%C3%BCr%C3%BCl%C3%BC%C4%9F%C3%BC).pdf) (E. T. 06/06/2016).

günlük tatil yapmış olması nedeniyle para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvuran para cezası kararına karşı tebliğ başvurusunda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi 2000 yılının Temmuz ayında, başvuranın din özgürlüğüne ilişkin hak talebinde bulunduğunu ancak, inançlarına ilişkin herhangi bir delil sunmayı reddettiğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi, başvuranın olayların tarafsız bir şekilde tespit edilmesi koşulu ile ilgili olarak herhangi bir ayrımcılığa uğramadığı sonucuna varmış ve başvuranın şikâyetini reddetmiştir. Başvuran, Müslümanlar için bir tatil gününü kutladığı gerekçesiyle işe gelmemesi bakımından para cezasına çarptırılmasının, Sözleşme'nin hem kendi başına ele alındığında hem de 14 maddesi (ayrımcılık yasağı) ile birlikte değerlendirildiğinde 9. maddesini (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ihlal ettiğinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, yapmış olduğu inceleme sonucu, Sözleşme'nin 9. maddesinin ve 9. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edilmemiş olduğuna hükmetmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin bir kimsenin dinini ya da inançlarını açıklama biçimlerini kapsadığını ancak, bir din ya da inançtan kaynaklanan veya esinlenen her eylemi koruma altına almadığını hatırlatmış; Müslümanların dini festivallerinden birine katılmanın, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında korunduğu anlamıyla bir inanç açıklama biçimi teşkil ettiğine ya da başvurana izin almaksızın işe gelmemesi bakımından iş akdini ihlal ettiği gerekçesiyle verilen para cezasının bu madde kapsamında koruma altına alınan haklara yönelik bir müdahale anlamına geldiğine ikna olmamıştır. Mahkeme ayrıca, bir işverenin, izinsiz olarak ya da bariz bir haklı gerekçe bulunmaksızın işe gelmeme durumunu bir disiplin meselesi olarak değerlendirmesinin makul olmadığı görüşünde deşildir. Mahkeme, bir çalışanın belirli bir muafiyetten faydalanmak istediğı durumlarda, belirli bir

düzeyde ispatlama koşulunun söz konusu olmasının, baskıcı ya da vicdan özgürlüğüyle esasen uyuşmaz nitelikte bir uygulama olmadığını belirtmiştir.

Dinsel ritüel ve uygulamaların sınırlanmasında ölçülülük ilkesi ile ilgili Anayasa Mahkemesi'nin önemli bir kararı mevcuttur¹⁰⁶. Karara konu olayda, evlenme akdi olmaksızın evlenmenin dinsel törenini yaptıkları ve yaptırdıkları iddiasıyla sanıklar hakkında açılan kamu davasında, itiraz konusu kuralların Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına varan Mahkeme, iptalleri için Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkemeye göre sadece evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın suç olarak düzenlenmemesi, bu birlikteliği hukuk düzenince geçerli olarak kabul edilen bir niteliğe kavuşturmamakta ve evlenmenin dinsel töreninin yapılması evlilik birliğinin kurulmasını ve birlikten kaynaklanan hakların kullanılmasını sağlamamaktadır. Mahkemeye göre: “...*Demokratik toplum düzeni bakımından bir zorunluluk bulunmadığı hâlde, bir başka ifadeyle, itiraz konusu kurallarla getirilen sınırlamanın amacı olan aile düzeninin korunması yönünden gerekli olmadığı hâlde, itiraz konusu kurallarla kişilerin özel hayatları ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı ile din ve vicdan özgürlükleri kapsamında kalan evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırma fiillerinin suç olarak düzenlenip bunlara cezai yaptırım bağlanması, anılan haklara orantısız bir müdahalede bulunulması sonucunu doğurmakta ve ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca sınırlama amacını gerçekleştirebilecek daha hafif bir sınırlama aracı bulunmaktayken daha ağır bir sınırlama*

¹⁰⁶ AYM, E. 2014/36, K. 2015/51, K. T. 27/05/2015, <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html> (E. T. 06/06/2016).

aracının seçilmesi mümkün değildir. Yani itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan “aile düzenini korumak” mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, “hukuki müeyyide aracı” kullanılarak itiraz konusu kurullarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken “hukuki müeyyide” aracından daha ağır bir müeyyide öngören “suç ve ceza aracı”na başvurulması, itiraz konusu kurullarla yapılan sınırlamanın ölçüsüzlüğünü gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayatta saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır. Diğer yandan, evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapan kimseler de sonuç itibariyle özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptıranlara yardım etmek amacıyla hareket ettiklerinden, bu kişilerin fiillerinin cezalandırılmasını öngören kural da yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle ölçülülük ilkesini ihlal etmektedir...”.Dini nikah ile ilgili AIHM'nin de bir kararı bulunmaktadır. Komisyon,

Khan/Birleşik Krallık¹⁰⁷ başvurusunda, 21 yaşında Müslüman bir İngiliz erkek ile 16 yaşından küçük olay tarihinde 14 buçuk yaşında olan bir Müslüman kızın, kızın ailesinin istememesine karşın, dini nikâhla evlenme konusu incelenmiştir. Başvurucu erkek dini nikâhla evlendikten sonra, 16 yaşından küçük kızla cinsel ilişkiyi yasaklayan İngiliz kanunlarına göre ceza almıştır. Başvurucu Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Başvurucu, İslam dininin buluğ yaşından itibaren genç kızlara evlilik izni verilmesi kuralına sahip olduğunu ileri sürmüş ve İngiltere'de 16 yaşından küçük kızlarla cinsel ilişkiyi yasaklayan kuralın ve kendisinin çarpıtıldığı cezanın, dini açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Komisyon ise, konuyu sadece Sözleşme'nin 9. maddesi açısından değil, ama aynı zamanda evlilik hakkını düzenleyen 12. maddesi açısından incelemiştir. Komisyon bu iki madde bakımından başvuruyu açıkça temelsiz görerek kabul edilemez bulmuştur. Komisyona göre, 9. madde din tarafından belirlenen her davranışı güvence altına almadığı gibi, 12. madde, devletlere evlilik kurumunu kurallarını belirlemek konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.

V. SONUÇ

Demokratik toplumun temel taşlarından biri olan din ve vicdan özgürlüğü AİHS'nin 9. maddesi ile koruma altındadır. Anayasamızın 24. maddesinde düzenlenen din ve vicdan özgürlüğü birçok uluslararası belgede de kendine yer bulmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, İnsan Haklarına Dair

¹⁰⁷ Khan/Birleşik Krallık, 11579/85, 07/0/7/1986, aktaran DOĞRU/NALBANT, s. 128.

Amerika Kıtası Sözleşmesi, İnsan ve Halkların Haklarına Dair Afrika Şartı, Birleşmiş Milletler Din veya İnanca Dayanan Her Türlü Hoşgörüsüzlüğün ve Ayrımcılığın Tasfiye Edilmesine Dair Bildiri bunlardan sadece birkaçıdır. AIHM kararlarını incelediğimizde mahkemenin din kavramını açıklamadığı ve bunu kendisinin görevi görmediği görülmektedir. Mahkeme kararlarında Semavi dinleri koruduğu, Avrupa ortak standardınca kabul edilen bazı dinsel hareketleri din özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği görülmektedir. Mahkeme bu standarda uymayan felsefi, siyasi ve etik akımları ise AIHS 10. maddesindeki ifade özgürlüğü kapsamında incelemektedir. Din özgürlüğünün içsel boyutu kişinin iç dünyasını ilgilendiren bir şeye inanıp inanmama, inancını açıklamaya zorlanmama ve inancı nedeniyle suçlanmama özgürlüğü olup mutlak koruma altındadır. Özgürlüğün dışsal boyutu olan din veya inancın açığa vurulmasını sağlayan ibadet, öğretme, dinsel ritüel ve uygulamaların yerine getirilmesi ise sınırlandırılabilir. Anayasamız 24. maddesinde ise din ve vicdan özgürlüğü için özel sınırlama sebepleri öngörülmemiştir. Anayasamızın 15. maddesinde olağanüstü dönemlerde bile kimsenin din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı ve bunlardan dolayı suçlanamayacağı düzenlenmiştir. Sadece 24. maddenin 2. fıkrasında ibadet, dini ayin ve tören özgürlüğünün kullanımının temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması başlıklı 14. maddeye aykırı olamayacağı düzenlenmiştir. 3. fıkrada da kimsenin ibadete, dini ayin ve törene katılmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. İncelemesini yapmış olduğumuz dinsel ritüel ve uygulamalar da sınırlama kapsamındadır. Ritüel kavramı törensel davranışlar, dinsel beslenme ve et kesim adetleri, belli kıyafetler ve başlıkların giyilmesi gibi konuları içine alan geniş bir kavramdır. AIHM konu ile kararları da özellikle başörtüsü veya dini başlık ta-

kılması, ibadete çağrı sesleri, dini bayramlar, et kesim yöntemleri ile ilgilidir. AİHM kararlarında özellikle devletlerin takdir yetkilerini geniş tutmuş, bazı kararlarında ihlal bazılarında ise kabul edilmezlik kararları vermiştir.

AİHM'nin sınırlandırma sebeplerinden kamu güvenliği kavramını dar yorumladığı göze çarpmaktadır. Kamu güvenliği söz konusu olduğunda dini başlık ya da başörtüsü taşıyanların bunları çıkartmaları gerekliliğin 9. maddenin ihlali olarak görmemektedir. Mahkeme kimlik fotoğrafının da başı açık çekilmesinin kamu güvenliğinin bir gereği görmektedir. Ayırt edici dini kıyafetlerin giyilerek sokakta dolaşılması şeklinde Ahmet Arslan/Türkiye kararına konu olan olayda ise bu durumun kamu düzenini bozmadığına dikkat çekmektedir. Sabah erken vakitlerde kilise çanının çalınması olayında, mahkeme kilise çanının çalınmasının tamamen yasaklanmadığı, sesin belli bir desibel altında olması gerekliliği ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru şartına değinmektedir. Sınırlamanın kanuniliği açısından ise Leyla Şahin/Türkiye kararı önemli bir karardır. AİHM bu kararında mevzuatımıza göre temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sadece şekli anlamda kanunla yapılacağını öngören Anayasa Mahkemesi kararının aksine Anayasa Mahkemesi ve Danıştay Kararlarını da kanun olarak kabul ettiğini açıkça belirtmiştir. AİHM din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili kararlarında özellikle demokratik toplumda gereklilik koşuluna dayanarak karar vermektedir. AİHM din ve vicdan özgürlüğü ile ilgili içtihadı olan Kokkinakis/Yunanistan kararında demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir ögesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk ilkesinin bir gereği olarak din ve vicdan özgürlüğünü görmektedir.

Sınırlamada başvuru aracı sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olması, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olması ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içerisinde bulunmaması şeklinde ifade edilen ölçülülük ilkesi de AİHM kararlarında dayandığı önemli ilkelerden biridir. Bu konuda Anayasa Mahkemesinin dini nikâh kararı önemli bir karardır. Mahkeme kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi kapsamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırılmalarının suç olarak düzenlenmesi durumunu açıkça ölçüsüzlük olarak kabul etmektedir. AİHM de bu konuda devletlere geniş takdir yetkisi tanıyarak devletlerin iç hukuk düzenlemelerine atıf yapmaktadır

KAYNAKÇA

AĞIRBAŞLI, Şennur, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBBD, Y. 2012, S. 101 (83-102).

AKGÜNER, Tayfun, “Milli Güvenlik Kavramı Üzerine Bazı Düşünceler (İngilizce Makalenin Özeti)”, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Y. 1985, S. 1-3 (12-16).

ALİFENDİOĞLU, Yılmaz, “2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (141-176).

ANAYURT, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Toplanma, Dernek ve Sendika Özgürlüğü”, Kamu Hukuku Arşivi- Prof. Dr. İlhan Akın’a Armağan, C. 6, Y. 2003, S. 1 (39-58).

ARSLAN, Zühtü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Din Özgürlüğü, Liberal Düşünce Topluluğu Yayınları, Ankara, 2005,

ARSLAN, Zühtü, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (216-231).

ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 8. Tıpkı Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2013.

BENLİ, Fatma, “Düşünce, Vicdan ve Din Hürriyetinin İHAS Bağlamında Değerlendirilmesi”, Birikimler I, İstanbul, 2003.

BIÇAK, Vahit, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, Liberal Düşünce, Y. 2001/6, S. 24 (55-77).

DEMİR, Hande Seher, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Adalet Yayınevi, Ankara, 2011.

DOĞRU, Osman/NALBANT, Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi – Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2013.

FENDOĞLU, H. Tahsin, “2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması (Ay. md.13)”, Anayasa Yargısı, Y. 2002, S. 19 (178-214).

GÖZLER, Kemal, Anayasa Hukuku Dersleri, 16. Baskı, Ekin Kitabevi, Bursa, 2014.

GÖZLÜGÖL, Said Vakkas, Avrupa İnsan Hakları Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref/GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Genişletilmiş 10. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013.

GREER, Steven, The Exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights, Council of Europe Publishing, Strasbourg, 1997.

GÜL, Cengiz/ÇAKAN, Seher, “AİHM Kararları Işığında Nefret, Şiddet ve Müstehcen İçerikli Söylemler Bakımından İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, ERÜHFD, C. XIII, Y. 2018, S. 1 (365-410).

GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2013, s. 293.

GÜRPINAR, Bulut, “1982 Anayasası’na Göre Milli Güvenlik Kavramı”, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2012, S. 2 (124-148).

Düşünce, Din veya İnanç Özgürlüğü Hakkı Nedir?, İnanç Özgürlüğü Girişimi Yayını, İstanbul, 2012.

JAYAWICKRAMA, Nihal, The Judicial Application of Human Rights Law, Cambridge University Press, 2002.

KALABALIK, Halil, İnsan Hakları Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2013.

METİN, Yüksel/ASLAN, Gamze “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Dernek Özgürlüğü”, Süleyman Demirel Üniversitesi İİBFD, C. XII, Y. 2007, S. 3 (271-298).

METİN, Yüksel, Ölçülülük İlkesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2002.

MACOVEİ, Monica, İfade Özgürlüğü, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları S. 2, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü, Strasbourg, 2001, s. 67.

ÖKTEM, Akif Emre, Uluslararası Hukukta İnanç Özgürlüğü, Liberte Yayınları, Ankara, 2002.

ÖZBEY, Özcan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, TBBD, Y. 2013, S. 106 (41-92).

ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

RUMPF, Christian, “Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği”, Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesinin 31. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, Ankara, 1993 (25-48).

SUNAY, Reyhan, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara 2001.

ŞAHİN, Kemal, İnsan Hakları ve Özgürlük Boyutuyla İfade Özgürlüğü, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.

ŞİRİN, Tolga/DUYMAZ, Erkan/YILDIZ, Deniz, Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri, TBB Yayınları, Ankara, 2016, s. 87.

TANÖR, Bülent, Siyasi Düşünce Hürriyeti ve 1961 Türk Anayasası, 1. Baskı, Öncü Kitabevi, İstanbul 1969.

TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, 1982 Anayasasına göre Türk Anayasa Hukuku, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.

TOKUZLU, Lami Bertan, “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa, Editör: Sibel İNCEOĞLU, 2. Baskı, Beta Basım, İstanbul, 2013.

UYGUN, Oktay, 1982 Anayasası’nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.

**ANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL
BAŞVURUDA
“BAŞVURUNUN REDDİ KARARI”**

*Ali Erdem DOĞANOĞLU**

ÖZET

Türkiye’de Anayasa Mahkemesi’ne bireysel başvuru yolunun açılması ve uygulanmaya başlamasıyla *anayasa yargısında yargılama hukuku* sorunları da çeşitlenmiş ve bu sorunların saptanmasına ve çözülmesine ilişkin etkinlik alanı çokça genişlemiştir.¹ Daha önce tipik olarak yargılama hukukunun anayasa yargısı dışındaki alanlarında kullanılan birtakım kavram, kurum, ilke, kural ve yaklaşım biçimlerinin anayasa

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuk Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.
E-Posta: alierdemdoganoglu@gmail.com, ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-7346-3389>

Makale Geliş Tarihi:30.08.2018

Makale Kabul Tarihi:27.09.2018

¹ “*Yargılama (muhakeme) hukuku*” kavramına ilişkin olarak bkz.: KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Sekizinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985, s. 5 vd.

yargısında bireysel başvuruya ilişkin yargılama hukuku sorunlarının saptanmasında ve çözülmesinde de işlev görebileceği söylenebilir. Bu çerçevede çalışmada, anayasa yargısının temel konularından *bireysel başvuruda başvurunun reddi* kurumunun kavramsal içeriği, başvurunun reddi kararlarının gerekçelendirilmesinde kullanılan gerek doğrudan 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun* ve *Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü* hükümlerinde açıkça gösterilen ve gerekse Anayasa Mahkemesi içtihatlarıyla kabul edilen nedenler, bireysel başvurunun reddine karar verme yetkisine Anayasa Mahkemesi'nde hangi mercii ve organların sahip olduğu ve başvurunun reddi kararlarının hukuki niteliği ile tüm bu sayılanlar çerçevesinde ortaya çıkan yargılama hukuku sorunları *anayasa hukuku* perspektifinden ele alınmaya çalışılmıştır. Sözü edilen tüm bu konularla ilgili yayınlanmış Anayasa Mahkemesi kararları da özgün bir içeriğe sahip ve değinilen konuların özüne ilişkin oldukları ölçüde incelenmiştir. Çalışmada konulara anayasa hukuku perspektifinden çıkılmadan “*kesin hüküm*”, “*dava şartı*”, “*usule ilişkin nihai karar*”, “*usulden ret kararı*” gibi yargılama hukukunun temel kavramları arasında yer alan ancak anayasa yargısı alanında pek sık kullanılmayan kavramların bu alanda nasıl işlev görebileceği sorusuna cevap bulma kaygısıyla yaklaşmıştır. Böylece bir yargılama hukuku dalı olarak anayasa yargısı alanına katkıda bulunulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi, Bireysel Başvuru, Başvurunun Reddi, Yargılama Hukuku

**REJECTION OF APPLICATION IN INDIVIDUAL
APPLICATION TO THE CONSTITUTIONAL COURT OF
THE REPUBLIC OF TURKEY**

ABSTRACT

As soon as the recognition of the right to individual application and beginning the implementation of it in Turkey, the problems about procedural law have diversified and the area of activity for identifying and solving these problems has expanded greatly. It can be said that a number of concepts, institutions, principles, rules and approaches, which have been used in areas of the procedural law other than the constitutional jurisdiction, may function in the determination and resolution of the problems related to the individual application in constitutional jurisdiction. In this context, with this study, the conceptual content of the rejection of the application in the individual application which constitutes one of the basic issues of the constitutional jurisdiction, the rationales which are used to justify the decisions on rejection of individual applications, that either directly indicated in Law No. 6216 on *The Establishment and Procedures of the Constitutional Court* and *The Rules of Procedure of the Constitutional Court* or adopted by the case-laws of the Constitutional Court, the authority to decide the rejection of the individual application under the structure of the Constitutional Court, the legal characteristic of the rejection of the individual application and entire procedural law issues which arise within the framework of these issues indicated are tried to be addressed from the perspective of the constitutional law. The published decisions of The Constitutional Court on all these issues were

also examined to the extent that they have original content and are relevant to the essence of the subjects mentioned above. In this study, an approach with the concern of finding the answers to the question of how various concepts, which are among the basic concepts of the procedural law, but not frequently used in the field of constitutional jurisdiction, can function in this field without leaving the perspective of constitutional law, is followed. Thus, it is aimed to contribute to the field of constitutional jurisdiction as a branch of procedural law.

Key Words: Constitutional Jurisdiction, Constitutional Court, Individual Application, Rejection of Application, Procedural Law.

I. ÇALIŞMANIN KONUSU, KAPSAMI VE PLANI

Önüne gelen bir bireysel başvuruda Anayasa Mahkemesi'nin esas incelemesi yapabilmesinin, yani başvuru konusu olay bakımından bir hak ihlali olup olmadığını değerlendirebilmesinin olumlu ve olumsuz çeşitli koşulları vardır. Bu koşullardan birinin yerine gelmemesi durumunda, sağlanmayan koşulun niteliğine göre Anayasa Mahkemesi ya esas incelemesi yapamaz ya da esas incelemesi yapmamayı tercih edebilir. Söz konusu her iki durumda da Mahkeme başvuru hakkında bir karar verir ve uyuşmazlıktan el çeker. Anayasa Mahkemesi'nin uyuşmazlıktan el çekmesiyle sonuçlanan durumlar hukuki sebeplerine göre birbirinden ayrılır. Bu durumlarda Anayasa Mahkemesi tarafından verilebilecek kararlar da birbirinden farklıdır. Burada Anayasa Mahkemesi'nin esas incelemesi yapmadan uyuşmazlıktan el çekeceği belirli durumlarda verebileceği kararların bir türü olan *başvurunun reddi* kararı incelenecektir. Bu kapsamda, gerek açık pozitif hukuk kuralları, gerekse Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde Mahkeme'nin hangi durumlarda ve hangi organları tarafından bireysel başvurunun reddine karar verilebileceği ve bu tür kararların Mahkeme'nin uyuşmazlıktan el çekmesi sonucunu doğuran diğer tür kararlarından farkları üzerinde durulacak; Mahkeme'nin esas incelemesi yapmaması ile sonuçlanması bakımından aynı nitelikte sayılabilecek farklı türden kararların doğurdukları bazı diğer sonuçlar açısından birbiriyle karşılaştırılması yoluyla saptanan bir soruna değinilecek ve bu sorunun çözümü için önerilerde bulunulacaktır.

II. ANAYASA MAHKEMESİ'NİN BİREYSEL BAŞVURUYA İLİŞKİN KARARLARI İÇİNDEKİ YERİ BAĞLAMINDA BAŞVURUNUN REDDİ KAVRAMI

Bireysel başvuru kapsamında Anayasa Mahkemesi, önüne bir uyuşmazlık geldiğinde önündeki uyuşmazlığı incelerken yargılama hukuku açısından bakıldığında iki tür hukuki sorunu, kural olarak birbirini takip eden iki aşamada çözer.² Birinci aşamada Mahkeme bireysel başvuruyu değerlendirip değerlendiremeyeceğini, yani önüne gelen uyuşmazlık konusu olayda bir hak ihlali olup olmadığına bakıp bakamayacağını araştırır. Bu aşama “kabul edilebilirlik incelemesi” de dahil olmak üzere esas

² Anayasa Mahkemesi'nde bireysel başvurunun incelenmesine ilişkin aşamalar, *yapılan incelemenin niteliğine göre* birbirinden ayrıldığında iki aşama saptanmaktadır. Oysa bu ayrım farklı ölçütlere göre de yapılabilir. Örneğin *Mahkeme'de incelemeyi yapan birim veya organa göre* veya *incelemenin yapıldığı zamana göre* de çeşitli ayrımlar yapılabilir. Ayrıca yapılan incelemenin niteliğine göre yapılan ayırmada, sözü edilen iki tür sorun, zaman açısından da kural olarak birbirini takip eden iki aşamada çözülür; ancak bu zorunlu değildir. Yani incelemenin farklı aşamalarında yapılan değerlendirmelerde yine değerlendirilen konunun niteliğine göre daha önce bakılması gereken bir hususta değerlendirmeye etkili bir nokta, zamanında fark edilmemişse daha sonra da gündeme getirilebilir. (ÇINAR, İbrahim / ÇINAR, Sinan: "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0(4), Aralık 2014, s. 287.) Örneğin *süre* koşulunun sağlanmadığı, son karardan önce hangi aşamada fark edilirse edilsin yargılama bu koşula uyulmadığı için sonlandırılır. (Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/1582, 07.11.2013, p. 19; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/3351, 18.09.2013, p. 24; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/6398, 03.04.2014, p. 27; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/2213, 08.05.2014, p. 18.) Anayasa Mahkemesi eksik belgelerin süresinde tamamlanmaması hususunun da yargılamanın her aşamasında gözetilebileceğini açıkça belirtmiştir. (Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2014/11864, 24.02.2016 p. 36; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/16223, 06.04.2017 p. 14; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/16226, 06.04.2017, p. 13; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2014/16240, 05.04.2017, p. 13.)

incelemesine geçilebilmesi için aranan tüm biçimsel ve maddi koşullara ilişkin değerlendirmeleri kapsar.³

Anayasa Mahkemesi ikinci aşamada ise önündeki olayda bir hak ihlali olup olmadığını inceler. Anayasa Mahkemesi ilk aşamada olumsuz bir sonuca varırsa, yani olumlu veya olumsuz bir koşulun gerçekleşmesi nedeniyle bir hak ihlali olup olmadığını değerlendiremeyeceği kanaatine varır, ya da takdir etme imkanına sahip olduğu durumlarda takdir yetkisini doğuran nedenlerin gerçekleşmesi şartıyla değerlendirmemeyi tercih edecek olursa, esas incelemesi yapmayacaktır.

Başvurunun reddi kararlarının Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin kararları içindeki yerini saptayabilmek için Anayasa Mahkemesi'nin hangi durumlarda söz konusu ikinci aşamaya geçmeyeceğine ve bu durumlarda hangi türden kararlara varabileceğine değinmek gerekli ve yeterlidir. Zira Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen uyuşmazlık bakımından hak ihlali olup olmadığını değerlendirdiği aşamayı geçtikten sonra, yani *esas incelemesini* yapması durumunda başvurunun red-

³ Bireysel başvuruda uyuşmazlığın değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin bir sonuca varılmak üzere yapılan inceleme iki adımda gerçekleştirilmektedir. Bu adımlardan ilki, Mahkeme'nin yargılama yetkisine sahip olmayan idari birimlerince birtakım "şekil şartları"na uyulup uyulmadığına, yani *başvuru evrakında bir eksiklik olup olmadığına* ve *başvuru süresine uyulup uyulmadığına* ilişkin değerlendirmelerle sınırlı olarak yapılan incelemedir. (DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012, s. 84; KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Nisan) 2013, s. 226 vd.; HAMDEMİR, Berkan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2015 (Nisan) Ankara, s. 295.) Bu aşama ile ilgili olarak İçtüzüğü'nün 66. maddesinin başlığında "*ön inceleme*" ifadesi kullanılmıştır. Söz konusu aşama öğretilerde kimi zaman "*şekli inceleme*" olarak da adlandırılmaktadır. (Örneğin: ERGÜL, Ergin: Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Birinci Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara (Ekim) 2012, s. 31, 32.) "*Kabul edilebilirlik incelemesi*" ise esas incelemesi aşamasına geçilebilmesi için atılması gereken zorunlu ikinci adımı meydana getirir. (HAMDEMİR, s. 291, 294 vd.)

di yönünde karar vermesi olası değildir. *Başvurunun reddi* kurumu yukarıda sözü edilen ilk türden sorunun ancak belirli bir biçimde çözülmesi durumunda gündeme gelebilir, ki bu durum her ihtimalde başvuru konusu hak ihlali iddiaları yönünden *esas incelemesi* aşamasına geçilmemesi sonucunu doğurur.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruda esas incelemesi yapabilmemesinin tipik ön şartı *kabul edilebilirlik koşullarının sağlanmasıdır*. Bu koşullar 6216 sayılı *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun*da gösterilmiş ve bu koşullarda eksiklik olması durumunda "*kabul edilemezlik*" kararı verileceği de açıkça yazılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin esas incelemesini yapıp bu çerçevede bir sonuca varabilmesinin bir diğer koşulu da "*düşme*" nedenlerinden birinin gerçekleşmemiş olmasıdır. Yargılama başlamadan önce ya da yargılamanın herhangi bir aşamasında bir düşme nedeni gerçekleşirse mahkeme bu durumda kural olarak "*düşme*" kararı verecektir. Düşme nedenleri ve düşme kararı da Kanun ve *Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü* hükümlerinde açıkça gösterilmiştir. Mahkeme'nin *düşme* ya da *kabul edilmezlik* kararı vermediği ancak başka bir nedenle "*esas incelemesi*" yapmayarak başvuruyu sonuca bağladığı durumlar da vardır. İşte bu durumlarda karşımıza "*başvurunun reddi*" kurumu çıkmaktadır.⁴ Öyleyse Anayasa Mahkemesi'nin hangi durumlarda ve hangi nedenlerle başvurunun reddi kararı verebileceği üzerinde durmak gerekir.

III. BAŞVURUNUN REDDİ NEDENLERİ

⁴ HAMDEMİR, s. 347-348.

A. Genel Olarak

Anayasa Mahkemesi'nin kabul edilebilirlik koşulları arasında yer almayan bir şartın gerçekleşmemesi; ya da düşme nedenleri arasında yer almayan bir olayın gerçekleşmesi veya durumun söz konusu olması nedeniyle başvuruyu esas incelemesi yapmadan bir sonuca bağlayabilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumlarda da Mahkeme uyuşmazlığa ilişkin esas incelemesi yapmadan *başvuruyu reddetmektedir*. Anayasa Mahkemesi'nin hangi durumlarda, yani hangi nedenlerle başvuruyu reddedebileceğine ilişkin 6216 sayılı Kanunda ve İçtüzükte bazı hükümler bulunmaktadır. Bu hükümlere göre Anayasa Mahkemesi üç durumda bireysel başvurunun reddine karar verebilir. Bunlardan birincisi ve dayanağı doğrudan Kanun olduğu için en tipik olanı, *başvuru belgelerindeki eksikliğin verilen süre içinde giderilmemesidir*. İkinci olarak *başvuru süresinde yapılmamışsa* yine başvuru Mahkeme tarafından reddedilebilir. Üçüncü olarak da *başvuru hakkının kötüye kullanılması* durumunda başvuru reddedilir.

Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurunun reddine karar verebileceği durumların pozitif hukuk kurallarında açık dayanağı olanlarla, yani yukarıda sayılanlarla sınırlı olup olmadığı tartışılabilir. Bu tartışma bağlamında varılacak sonuç büyük ölçüde Anayasa Mahkemesi ve hatta daha genel bir düzeyde yargı organının niteliğine ve hukuk sistemi içindeki konumuna ilişkin benimsenen yaklaşıma göre şekillenecektir.⁵ Bu-

⁵ Örneğin Anayasa Mahkemesi'nin doğrudan ilgili herhangi bir pozitif hukuk kuralında açıkça gösterilmeyen "yokluk", "yorumlu ret" veya "yürürlüğü/yürütmeyi durdurma" kararı verme yetkisinin olup olmadığına ilişkin tartışmaların da aynı düzlemde ele alınabileceği söylenebilir. Söz konusu tartışmaların ana düzlemini oluşturduğu düşünülebilecek temel tartışmaya burada girmenin imkânı yoktur. "Yokluk", "yorumlu ret" ve "yürürlüğü/yürütmeyi durdurma"

rada Anayasa Mahkemesi'nin kendisine ancak Anayasa veya kanunlarla açıkça verilen yetkileri kullanabileceği ve bu nedenle ancak başvurunun reddi yönünde bir kararı, gerçekleşmesi durumunda ret kararı verileceği açıkça gösterilen olumlu ya da olumsuz koşullar yönünden verebileceği ileri sürülebilir. Mahkeme'nin sadece yetkili olduğu konularda karar verebileceği doğrudur ve Mahkeme'nin bireysel başvuru konusundaki genel yargı yetkisi ve bu yetkinin niteliği, Mahkeme'nin uygun gördüğü durumlarda makul, mantıklı, ikna edici hukuki gerekçelerle ret kararı verebileceğinin ilkesel olarak kabul edilmesini gerektirir. Kanun koyucunun özellikle usule ilişkin her tür sorunu önceden öngörmesinin ve ayrıntılı olarak düzenlemesinin mümkün olmadığı genel kabul gören bir düşüncedir. Mahkeme anayasal ve yasal işlev ve görevlerini yerine getirebilmek için, kişilerin hak ve özgürlüklerine zarar vermeden, gerekli önlemleri almaya ve bu kapsamda uygun gördüğü türden kararları vermeye yetkili sayılmalıdır.

Nitekim yukarıda belirtilen ve açık pozitif dayanağı olan durumlar dışında da Mahkeme bireysel başvurunun reddi yönünde karar vermektedir. Bunun yayınlanan Mahkeme kararları içinde erişilebilen iki örneği bulunmaktadır. Bu örneklerde Mahkeme *mükerrer başvuru* nedeniyle bireysel başvuru hakkında ret kararı vermiştir. Söz konusu kararlar, kararlara ilişkin özel koşullar ve Mahkeme'nin ortaya koyduğu gerekçeler nedeniyle ayrıca tartışılabilir; ancak bu türden bir tartışma bağlamında makul bir eleştiri Mahkeme'nin böyle bir yetkisinin olmaması ile değil,

kararlarına ilişkin tartışmalara ve bu bağlamda sözü edilen temel soruna ilişkin ipuçları ve seçilmiş kaynakça için bkz.: ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş On Sekizinci Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018, s. 408-412, 425-428; GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa (Temmuz) 2018, s. 1134-1152.

bu yetkisini konu itibariyle yanlış kullandığı yönünde bir değerlendirme ile gerekçelendirilebilir. Söz konusu kararlara daha sonra ayrıca değinilecektir.

Aşağıda tek tek başvurunun reddi nedenleri üzerinde durulurken Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki kararlarına da değinilecektir. Ancak baştan belirtmek gerekir ki, ayrıntılarına daha sonra değinileceği üzere, *hakkın kötüye kullanılması* dışındaki nedenlerle *başvurunun reddine* karar verme yetkisi İçtüzüğün 66. maddesiyle *Komisyonlar Başraportörlüğüne* verilmiştir. Komisyonlar Başraportörlüğü kararlarına karşı yine İçtüzüğün 66. maddesinde bir *itiraz* mekanizması öngörülmüş ve buna göre itirazı karara bağlayacak mercii de *Komisyonlardır*. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurulara ilişkin kararlarının yayınlanması konusunu düzenleyen 6216 sayılı Kanunun 50. maddesinin (3) ve İçtüzüğün 81. maddesinin (4) ve (5) numaralı fıkralarında yer alan hükümlere göre Komisyonlar Başraportörlüğü kararlarının yayınlanması öngörülmemiştir. Aynı düzenlemelere göre ilkesel anlamı olan Komisyon kararlarının Anayasa Mahkemesi internet sitesinde yayınlanması mümkün olmakla birlikte bugüne kadar herhangi bir komisyon kararının yayınlandığı saptanmamıştır. Ancak İçtüzük hükümlerine göre Komisyonlarda görülen tüm işlerin her zaman *Bölmelere* devri olanaklıdır. Bölmeler tarafından verilen tüm kararlar da Anayasa Mahkemesi internet sitesinde yayınlanmaktadır. Bu nedenlerle sonuçta Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvurunun reddine ilişkin, Bölmeler tarafından verilmiş ve yayınlanmış kararları da mevcuttur. Ancak Anayasa Mahkemesi tarafından paylaşılan sayısal bilgilere göre 30 Eylül 2018 tarihine kadar Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından verilen ve "idari ret" diye adlandırılan

toplam 11.729 ve ayrıca Mahkeme'nin yetkili organları tarafından verilen 171 ret kararı olmasına rağmen, başvurunun reddi kararıyla aynı nitelikte olmak üzere "idari redde itirazın reddi" şeklinde adlandıran 4 kararla birlikte yayınlanmış toplam sadece 98 ret kararı vardır.⁶ Çalışmada ancak erişilebilen bu 98 karardan gerekli görülenlere değinilebilecektir.⁷

B. Başvuru Belgelerindeki Eksikliğin Verilen Süre İçinde Giderilmemesi

6216 sayılı Kanununun 47. maddesinin (6) numaralı fıkrası ve İçtüzüğün 66. maddesi uyarınca bireysel başvuru belgelerinde eksiklik saptanır ise başvurucuya on beş güne kadar bir süre verilir ve bu süre içinde eksiklik giderilmezse başvuru reddedilir. Bireysel başvuru belgeleri, başvuru dilekçesi ve Kanun ve İçtüzük hükümleri ile bu dilekçeye eklenmesi

⁶ Anayasa Mahkemesi: "Sayılarla Bireysel Başvuru: 23 Eylül 2012 - 30 Eylül 2018 Tarihleri Arası Bireysel Başvuru İstatistikleri", <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Eylul.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.09.2018), s. 9.

⁷ Anayasa Mahkemesi tarafından verilen ve yayınlanan başvurunun reddi kararlarına Anayasa Mahkemesi internet sitesindeki "Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası" içinde "Bireysel Başvuru Kararları" bölümünde yer alan "Filtreler" aracılığıyla ulaşmak mümkündür. Söz konusu "Filtreler" altında yer alan "İnceleme Sonuçları" bölümündeki "Sonuç:" başlığında "Başvurunun Reddi" ve "İdari Redde İtirazın Reddi" seçenekleri işaretlenip arama yapıldığında 30.09.2018 tarihi itibarıyla 93 karar sıralanmaktadır. (Anayasa Mahkemesi: "Kararlar Bilgi Bankası, Bireysel Başvuru Kararları", <http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 30.09.2018).) Ancak çalışma sürecinde, kararlar arası atıflarda ve daha önce yapılan çalışmalarda değinilen diğer kararlar da hesaba katıldığında 30.09.2018 itibarıyla *ret hükmü* içeren toplam 98 yayınlanmış karar saptanmıştır. Elektronik sistemin hazırlanmasında arşivleme konusunda uygulanan bazı özelliklerin "bazı durumlarda aynı kararda ret hükmü dışında diğer türden kararların da yer alması halinde kararın 'başvurunun reddi' seçeneğiyle yapılan aramada sıralanmaması" gibi sonuçları nedeniyle, sistemden ayrıca erişilebilen ve ret hükmü içeren 5 karar belirtilen tarama yöntemiyle sıralanmamaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili yayınlanmamış ve çalışmada da ayrıca değinilmeyen bazı diğer kararları hakkında kısa bazı bilgiler için örneğin bkz.: GÜVEYİ, Nazmiye, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşamaları, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Şubat) 2015, s. 132-133.

zorunlu kılınan belgelerden oluşur.⁸ Özellikle başvuru dilekçesi ekinde yer alması zorunlu belgeler göz önünde bulundurulduğunda, üzerinde durulan ret nedeni kapsamında *kimlik tespiti, bireysel başvuru harcı, adli yardım, vekalet ve temsil ve delillerin sunulması* konularındaki birtakım koşulların da değerlendirildiği görülmektedir.

Başvuru belgelerindeki eksikliğin verilen süre içinde giderilmesi durumunda verilen ret kararına Anayasa Mahkemesi uygulamasında ve uygulama esas alınarak yazılmış eserlerde "idari ret" denmektedir. İçtüzüğün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla bu konuda Kanuna aykırı olarak Mahkeme'nin yargılama yetkisi bulunmayan bir birimi olan Komisyonlar Başraportörlüğüne yetki verilmiş ve ayrıca bir itiraz prosedürü öngörülmüştür. Bu düzenlemeye göre itiraz ile ilgili karar vermeye yetkili mercii de Komisyonlardır. Anayasa Mahkemesi'nin yayınlanmış kararları içinde başvuru belgelerindeki eksikliğin geçerli mazeret olmaksızın verilen on beş günlük sürede uygun yöntem izlenerek tamamlanmaması nedeniyle ret hükmü içeren 13 kararı bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi *Abubekir Yeşilkaya ve Diğerleri Başvurusu, Hamdullah Pirinçcioğlu ve Kazım Pirinçcioğlu Başvurusu, Alexander Fietzek ve Diğerleri Başvurusu ve Halil Şahin ve Diğerleri Başvurusu* kapsamında vekaleten yapılan kimi başvuruları, başvuru belgelerinde eksik olan asıl veya onaylı vekaletname örneklerinin verilen on beş günlük süre içinde geçerli mazeret gösterilmeksizin tamamlanmaması nede-

⁸ *Bireysel başvuru dilekçesi*, İçtüzüğün 59. ve devamı maddelerinde "başvuru formu" olarak adlandırılmış ve ayrıca İçtüzük ekinde de başvuru formunun bir örneği konmuştur.

niyle reddetmiştir.⁹ Anayasa Mahkemesi, hakkında ret kararı verdiği *İzzetin Deli Başvurusu, Abdulmecit Teter ve Diğerleri Başvurusu ve Tahir Çakır Başvurusu*'nda da ret gerekçesi olarak başvurunun değerlendirilmesi açısından esaslı bir unsur saydığı ve ihlal iddialarının dayanakları arasında yer alan ilk derece mahkemesi kararlarının başvuru tarafından tebliğ alındığına dair belgelerin verilen süre içinde geçerli mazeret sunulmaksızın tamamlanmamasını göstermiştir.¹⁰ Yine Mahkeme *Türkkoğlu Demir Sanayi ve Ticaret Ltd. Şti. Başvurusu* kapsamında yaptığı değerlendirmede ret kararını, başvuruya ilişkin harç makbuzu eksikliğinin verilen sürede tamamlanmamasına dayandırmıştır.¹¹ Mahkeme bu kararında doğrudan Bölüm tarafından verilen ara karara itirazın, Mahkeme kararlarının kesin olması nedeniyle verilen süreye etkisi olmadığını da belirtmiştir.¹² Benzer biçimde *Onur Kaan Tahtalı Başvurusuna* ilişkin kararında da Mahkeme harç makbuzu eksikliğinin verilen sürede tamamlanmamasını başvurunun reddi gerekçesi olarak göstermiş, öte yandan İçtüzük ve 6216 sayılı Kanun hükümlerine atıfla yetinmeyerek 6100 Sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanununun dava şartı* eksikliğinin söz konusu olması halinde *usulden ret kararı* verileceğine ilişkin hüküm içeren 115. maddesinin (2) numaralı fıkrasına da açıkça gönderme yapmıştır.¹³

⁹ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/3973, 08.12.2016, p. 63-72, V. Hüküm A-1; Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2014/15862, 15.02.2017, p. 12-15, V. Hüküm A; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/14223, 19.07.2017, p. 16-21, V. Hüküm A; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2015/16870, 21.03.2018, p. 20-22, VI. Hüküm A.

¹⁰ 2014/16240, p. 11-14, V. Hüküm A -1; 2014/16223, p. 12-15, V. Hüküm A; 2014/16226, p. 11-14, V. Hüküm A.

¹¹ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/5864, 20.04.2016, p. 37-42, IV. Hüküm.

¹² 2013/5864, p. 39, 40.

¹³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/963, 30.06.2016, p. 21-26.

Anayasa Mahkemesi *Mehmet Encü ve Diğerleri Başvurusu* hakkında ret kararı verirken başvuru dilekçesinde bulunması gereken çeşitli bilgilerle dilekçe ekinde yer alması zorunlu çeşitli belgelerin verilen süre içinde geçerli mazeret sunulmaksızın tamamlanmamasını gerekçe göstermiştir. Bu başvuru kapsamında çok sayıda başvuru ve iddia söz konusu olmuştur. Bu çerçevede tamamlanması istenen bilgi ve belgeler de çok çeşitlidir. Kararda Mahkeme başvurular vekili tarafından sunulan mazereti de değerlendirmiş ve geçerli saymaması sonucunda başvuruyu reddetmiştir.¹⁴

Anayasa Mahkemesi'nin niteliği itibarıyla başvurunun reddine ilişkin hüküm içeren yayınlanmış üç diğer kararında, karar biçimsel olarak doğrudan başvurunun reddine ilişkin değildir. Bu kararlarda daha önce tespit edilen eksikliklerin süresi içinde tamamlanmaması üzerine ilgili merciler tarafından verilen "idari ret" kararlarına itirazlar değerlendirilmiştir. Mahkeme her üç kararda da başvuruda tespit edilen eksikliklerin süresinde ve geçerli mazeret olmaksızın tamamlanmadığını teyitle *itirazları reddetmiştir*. Söz konusu kararlardan *Remzi Uçucu Başvurusu* ve *Mahsum Dima Başvurusuna* ilişkin olanlarda tamamlanmadığı saptanan belgeler başvuru sahiplerine ait nüfus cüzdanı örnekleridir. Her iki olayda da başvuru sahipleri verilen süre içinde Mahkeme'ye nüfus cüzdanı örneği yerine nüfus kayıt örneği ibraz etmiştir.¹⁵ *Remzi Uçucu Başvurusuna* ilişkin kararda Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün bir üyesi nüfus kayıt örneğinin nüfus cüzdanı örneği yerine değerlendirilebileceği gerekçesiyle karşı oy kullanmışsa da karar oyçokluğuyla ret yönünde alınmış-

¹⁴ 2014/11864.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2015/14883, 23.05.2018, p. 5; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2015/14754, 04.07.2018, p. 5.

tır.¹⁶ *Mahsum Dıma Başvurusuna* ilişkin karar ise oybirliğiyle verilmiştir.¹⁷ *Ali Çiftçi Başvurusuna* ilişkin kararında ise Mahkeme daha önce ilgili mercii tarafından tespit edilen eksikliklerin posta yoluyla Mahkeme'ye gönderilmesinin yöntemine uygun olmadığını teyit ederek eksik belgelerin süresinde tamamlanmadığı gerekçesiyle verilen idari ret kararına itirazı reddetmiştir.¹⁸

C. Başvurunun Süresinde Yapılmaması

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru 6216 sayılı Kanunun 47. maddesinin (5) numaralı fıkrasıyla süre koşuluna bağlanmıştır. Ancak *başvurunun süresinde yapılmış olması* Kanunun 48. maddesine göre tipik bir kabul edilebilirlik koşuludur. Kanunda açıkça kabul edilebilirlik koşulu olarak düzenlenmesine ve hem Kanunun 49. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla hem de Anayasa'nın 149. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan ilgili hükümlerle kabul edilebilirlik incelemesi yapma yetkisi açıkça Komisyonlara ve Bölümlere verilmişken, İçtüzüğün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla kabul edilebilirlik incelemesinden önce Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından, yapılacak *ön inceleme* kapsamında başvurunun süresinde yapılıp yapılmadığı hususunun da değerlendirilebileceği öngörülmüştür. Öğretide çeşitli yazarların da ifade ettiği üzere açıkça yargılama yetkisine dahil bir hususta Mahkeme'nin yargılama yetkisi bulunmayan bir birimine karar verme yetkisi tanınması Kanuna ve Anayasaya aykırıdır. Bu konuya başvurunun reddi kararı verme

¹⁶ 2015/14883, p. 15, IV. Hüküm A.

¹⁷ 2015/14754, IV. Hüküm.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/7290, 17.07.2014, p. 17-32.

yetkisi başlığında tekrar değinilecektir. Öte yandan İçtüzük hükmü yürürlüktedir ve uygulanmaya devam edilmektedir.

Süre koşuluna uyulmamasının başvurunun reddi nedenleri arasında da yer almasının yukarıda ifade edilen gerekçelerle İçtüzüğün Kanuna ve Anayasa'ya aykırı düzenlemesinin bir sonucu olması ve bireysel başvuruda süreye ilişkin konu ve sorunların haklı olarak esasen kabul edilebilirlik koşulları kapsamında değerlendirilmesi nedeniyle son olarak Mahkeme'nin süre koşuluna ilişkin olarak başvurunun reddi kapsamında verdiği yayınlanmış tek kararına değinilmekle yetinilecektir. Buna göre, *Fikret Güney Başvurusuna* ilişkin kararında Anayasa Mahkemesi süre koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle Komisyonlar Başraportörlüğü tarafından verilen ret kararına itirazı ele almış, açıkça bir kabul edilebilirlik koşulu olduğunu da ifade ederek önündeki olay açısından süre koşuluna ilişkin hususu değerlendirmiş ve itirazın reddine karar vermiştir.¹⁹

D. Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması²⁰

6216 sayılı Kanunun 51. maddesiyle bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması açıkça yasaklanmış ve yasağın ihlaline çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Sadece Kanun hükmü göz önünde bulundurulduğunda hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edilmemesinin bir *kabul edilebilirlik koşulu* mu yoksa *düşme* ya da *ret nedeni* mi olduğu tartışılabilir. Ancak yine İçtüzüğün başvuru hakkının kötüye kullanılması

¹⁹ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/1936, 18.09.2013, p. 14-27.

²⁰ Bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması yasağı ve Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkında verdiği kararlarla ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz.: DOĞANOĞLU, Ali Erdem: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67(3), 2018.

yasağına ilişkin olarak getirilen 83. maddesinde başvuru hakkının kötüye kullanıldığı tespit edilmesi durumunda başvurunun “*reddedileceği*” açıkça yazılmıştır. Buna rağmen Anayasa Mahkemesi konu hakkında verdiği ilk dört kararında başvuru hakkında doğrudan ret kararı vermemiş, bu kararlardan ikisinde hakkın kötüye kullanılması ile *kabul edilebilirlik koşulları* ikisinde de *düşme nedenleri* arasında bağlantı kurarak *düşme* ve *kabul edilemezlik* kararı vermiştir.²¹ Ancak Anayasa Mahkemesi bu tür muhakemeden vazgeçmiş ve sonraki tüm kararlarında hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlalini tespit ettiği durumlarda hak ihlali iddiasına ilişkin olarak doğrudan ret kararı vermiştir.

E. Mükerrer Başvuru

Anayasa Mahkemesi’nin, yayınlanmış kararlarından anlaşıldığı kadarıyla, bir pozitif hukuk kuralında ret sonucu açıkça gösterilmemesine rağmen, gerçekleşmesi halinde ret kararı verdiği tek durum *mükerrer başvuruda bulunulmuş olmasıdır*. Anayasa Mahkemesi’nin bugüne kadar verdiği bu türden yayınlanmış iki kararı bulunmaktadır.²² Mahkeme Ön-

²¹ Anayasa Mahkemesi hakkın kötüye kullanılması yasağı ile *düşme nedenleri* arasında bağlantı kurduğu ve bu çerçevede sonuca ulaştığı muhakemeyi *S.Ö. Başvurusu* ve *Ramazan Ay ve Diğerleri Başvurusuna* ilişkin kararlarında ortaya koymuştur. Mahkeme *Abdurrehman Uray Başvurusu* ve *Kemal Toraman ve Diğerleri Başvurusu* kapsamında da sonuçta *kabul edilemezlik* kararı vermiştir. Burada gösterilen sırayla ilgili kararlar için bkz.: Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2013/7087, 18.09.2014; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/7784, 10.03.2015; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/6140, 05.11.2014; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/1761, 21.01.2015.

²² Anayasa Mahkemesi aynı başvuru tarafından daha önce yapılan bireysel başvurunun sonraki başvuruda Mahkeme’ye bildirilmemesini *başvuru hakkının kötüye kullanılması* niteliğinde bir davranış olarak görmektedir. Mahkeme bu kapsamda da çeşitli kararlar vermiş ve bu kararlarında da *başvurunun reddi* yönünde hükümler kurmuştur. Ancak söz konusu kararlarda ret nedeni “mükerrer başvuru” değil, mükerrer başvurunun Anayasa Mahkemesi’ne bildirilmemesi nedeniyle “bireysel başvuru hakkının kötüye kullanılması”dır. İlgili kararlar için bkz.:

der Sığircıkoğlu Başvurusu (2) kapsamında ileri sürülen iddialardan birini, aynı başvuru tarafından daha önce kabul edilemezlik kararıyla sonlandırılan bir başvuruya konu edilmiş olması nedeniyle diğer iddialardan ayırmış ve söz konusu iddiayı mükerrer başvuru niteliğinde olduğu gerekçesiyle reddetmiştir.²³ Mahkeme benzer şekilde *Güven Ersoy Başvurusu (2)* kapsamında ileri sürülen iddialardan ilgili olanları, daha önce *süre aşımı ve açıkça dayanaktan yoksun olma* nedenleriyle hakkında kabul edilemezlik kararı verilen ve aynı başvuru tarafından yapılan bir başvuruya konu edildiği gerekçesiyle diğer iddialardan ayırmış ve bu iddiaları mükerrer başvuru niteliğinde olduklarından bahisle reddetmiştir.²⁴

Anayasa Mahkemesi'nin bir başvurunun mükerrer nitelikte olduğu gerekçesiyle reddine karar vermesi *yargılama hukuku* açısından çeşitli yönleriyle tartışılmaya ve incelenmeye değerdir. Burada çalışmanın kapsamı açısından gerekli görülen bazı hususlara kısaca değinilmekle yetinilecektir.

Bir defa mükerrer başvuruda bulunulmasının bir ret nedeni sayılması, yargılama hukukunda *dava konusuna ilişkin bir dava şartı* niteliğinde görülen "*kesin hüküm bulunmaması*" kurumu bağlamında değerlendirilebilir.²⁵ Genel olarak yargılama hukukunda *kesin hüküm* birbirin-

Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/6264, 06.04.2016; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/9418, 09.09.2015.

²³ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/13176, 17.07.2018, p. 40-42.

²⁴ Anayasa Mahkemesi, İkinci Bölüm, 2014/15388, 23.03.2017, p. 17-19.

²⁵ KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: *Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı)*, Genişletilmiş On Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s. 308; TANRIVER, Süha: *Medeni Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması*, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 622. Bu çerçevede yapılan bir değerlendirme için bkz.: URAL,

den farklı iki kavramı kapsar. Bunlardan biri *şekli anlamda kesin hüküm* kavramıdır. Bir mahkeme kararının şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde olması, o mahkeme kararına karşı gidilebilecek başka bir olağan hukuki başvuru yolunun bulunmaması demektir.²⁶ *Maddi anlamda kesin hüküm* niteliği ise aynı konunun aynı sebebe dayalı olarak aynı taraflarca tekrar bir mahkeme önüne götürülemeyeceği anlamına gelir.²⁷ Bir mahkeme kararının karara konu esas uyuşmazlık açısından maddi anlamda kesin hüküm niteliğinde sayılabilmesinin temel koşulu, o kararın, konusu olan uyuşmazlık hakkında esas incelemesi yapılarak verilmiş olmasıdır.²⁸ Zira maddi anlamda kesin hüküm sadece konusunu oluşturan husus hakkında geçerlidir.²⁹ Usule ilişkin nihai kararlar da maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahiptir; ancak kararda işin esasına girilmemiş ve başvuru usule ilişkin bir nihai kararla sonuçlandırılmışsa, o karar, sadece ilişkin olduğu *usulü sorun hakkında* kesin hüküm gücüne sahip olduğundan, başvurunun esasını oluşturan hak ihlali iddiasına ilişkin olarak maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip değildir.³⁰

Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda mükerrer başvuru bu bilgiler çerçevesinde ele alındığında şöyle bir değerlendirme yapılabilir. Anayasa Mahkemesi'nin bir konu hakkındaki yargısal nitelikli kararları-

Sami Sezai: Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara (Eylül) 2013, 219-222.

²⁶ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 812; GÖREN, Zafer: Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 50; HAMDEMİR, s. 283.

²⁷ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 814; GÖREN, s. 50; HAMDEMİR, s. 283.

²⁸ TANRIVER, s. 984; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 816.

²⁹ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 822; BLOOMEYER, Arwed: "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", YAZMAN, İrfan (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(3), 1968, s. 229.

³⁰ KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 822.

nın şekli anlamda kesin hüküm niteliğinde olduğuna kuşku yoktur.³¹ Ancak aynı konunun aynı sebeplerle ve taraflarca Anayasa Mahkemesi önüne tekrar getirilmesi durumunda Anayasa Mahkemesi'nin önceki kararının kesin hüküm niteliği gerekçesiyle başvurunun değerlendirilememesi, önceki kararın esas incelemesi yapılarak verilmiş olması şartıyla mümkün sayılmalıdır. Bu nedenlerle Anayasa Mahkemesi'nin esasa ilişkin olmayan bir nedenle verdiği önceki kararını gerekçe göstererek sonraki başvuruyu mükerrer başvuru niteliğinde görüp reddetmesi, yerinde görünmemektedir. Çünkü *mükerrer başvuru* gerekçesi ancak başvuru konusu hak ihlali iddiasının esası hakkında maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip bir hüküm varsa yerindedir. Bu nedenlerle Mahkeme'nin mükerrer başvuru gerekçesiyle ret kararı verdiği durumlarda kararını, önceki kararını esas yönünden verdiği gerçeği üzerine kurması ve sonraki kararında bu hususa ilişkin bir gerekçe sunması gerekir.

Mahkeme'nin mükerrer başvuru gerekçesiyle ret kararı verdiği iki başvuru yukarıda değinilen bilgi ve düşünceler çerçevesinde değerlendirildiğinde ise şunlar söylenebilir. *Güven Ersoy Başvurusu (2)*'nda sözü edilen önceki kararın *süre aşımı* ve iddiaların bir yönüyle *açıkça dayanaktan yoksun olması* gerekçeleriyle verildiği anlaşılmaktadır.³² Süre aşımı gerekçesinin hak ihlali iddiasına, yani başvurunun esasına ilişkin olmadığı açıktır. Bu yönden süre aşımı gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararının, başvurunun esası hakkında maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımayacağı için mükerrer başvuru gerekçesine dayanak yapılamayacağı da söylenebilir. İddiaların *açıkça dayanaktan yoksun*

³¹ 2013/5864, p. 38-39.

³² Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/126, 04.02.2016.

olmasına ilişkin kabul edilemezlik gerekçesi için ise aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Açıkça dayanaktan yoksun olmama şeklindeki kabul edilebilirlik koşuluna ilişkin açıklamalar her ne kadar Mahkeme kararlarında “Esas İncelemesi” başlıklarının dışında yazılıyor olsa da nitelikleri itibariyle uyuşmazlık konusu iddiaların esasına ilişkin değerlendirmeler içerebilmektedir.³³ Bu yönüyle açıkça dayanaktan yoksunluk gerekçesiyle verilen kabul edilemezlik kararlarının uyuşmazlığın ve hak ihlali iddialarının esasına ilişkin oldukları kapsamda bu konular hakkında maddi anlamda kesin hüküm gücüne de sahip oldukları ve aynı ölçüde mükerrer başvuru niteliğinin gerekçelendirilmesinde kullanılacakları söylenebilir.

Öte yandan *Güven Ersoy Başvurusu (2)*’na ilişkin kararında Mahkeme’nin başvuruyu neden mükerrer nitelikte saydığına ilişkin açıklayıcı bir gerekçe yazmaması nedeniyle nasıl bir muhakemeyle bu kanaate ulaştığı ile ilgili bir değerlendirme yapmak da güçtür. Ancak şu kadarı söyle-

³³ Kabul edilebilirlik koşullarının bizatihi esas incelemesi yapıp yapılamayacağını belirlemesine ilişkin oldukları düşünüldüğünde bu koşullar kapsamında yapılan değerlendirmede varılan olumsuz sonucun, yani kabul edilemezlik kararının mantık kuralları gereğince uyuşmazlığın esasına ilişkin olamayacağı düşünülebilir. Ancak konu bu kadar basit değildir. Öğretide de kabul edilebilirlik koşulları açısından çeşitli ayrımlar yapılmakta belirli koşulların “esasa ilişkin” oldukları üzerinde durulmaktadır. Anayasa Mahkemesi’nin özellikle “açıkça dayanaktan yoksun olma” gerekçesiyle verdiği kabul edilemezlik kararlarında yaptığı değerlendirmelerin kapsam ve içeriği de bu yaklaşımı haklı çıkarır niteliktedir. (Bu konuda yapılmış ayrıntılı bir çalışma için bkz.: DURSUN, Halil İbrahim: *Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri*, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018. Aynı yönde diğer bazı örnekler için bkz.: DURMAZ, Cüneyt: “Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri”, in SAĞLAM, Musa (ed.), *Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi)*, İkinci Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 225-246; ERMAYASI, Mustafa: *Anayasa Mahkemesi’ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi*, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (Temmuz) 2018, s. 135-158; URAL, s. 263-277. Aksine bir yaklaşım için bkz.: KANADOĞLU, Korkut: *Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru*, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Mayıs) 2015, s. 263.)

nebilir ki, yukarıda değinilen gerekçelerle somut olay açısından açıkça dayanaktan yoksunluk nedenine ilişkin değerlendirmeler mükerrer başvuru niteliğini gerekçelendirme konusunda işlev görebilecek türdendir. Oysa süre koşuluna uyulmaması nedeniyle verilen kararın sonraki başvurunun mükerrer nitelikte olduğunun gerekçelendirilmesinde kullanılması mümkün değildir. Öbür taraftan bu tür bir gerekçelendirmeye pratikte ihtiyaç da yoktur. Çünkü her halde daha önce süre koşuluna uyulmadığı gerekçesiyle hakkında esas incelemesi yapılmayan bir uyuşmazlık, süre şartına uyulmuş olmasının bir kabul edilebilirlik koşulu, aynı zamanda süre şartına uyulmamasının bir ret nedeni olarak düzenlenmiş olması nedeniyle, daha sonra her zaman aynı gerekçeyle hem *kabul edilemez* bulunabilir hem de *reddedilebilir*.

Önder Sığırcıkoğlu Başvurusu (2) kapsamında da, mükerrer başvuru niteliğinde sayılması nedeniyle reddedilen iddiaların daha önce hangi gerekçelerle kabul edilemez bulunduğu değinilmemiştir.³⁴ Bu nedenlerle öncelikle, yukarıda da belirtildiği üzere, kararda önceki kararın başvuru konusunun esası yönünden yapılan bir değerlendirme sonucunda verildiğini gösteren bir gerekçe sunulmalıydı, denilebilir. Dayanak önceki karara bakıldığında ise *Güven Ersoy Başvurusu (2)*'na ilişkin karardakine benzer bir tablonun *Önder Sığırcıkoğlu Başvurusu (2)*'na ilişkin kararda da söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. Önceki tarihli kabul edilemezlik kararının başvuru konusu iddiaların *açıkça dayanaktan yok-*

³⁴ 2014/13176, p. 40-42. *Önder Sığırcıkoğlu Başvurusu (2)*'na ilişkin kararın 41 numaralı paragrafında 2013/9303 numaralı önceki başvuruya ilişkin kabul edilemezlik kararının *Komisyon* tarafından verildiği yazılmıştır. Oysa söz konusu karar bir *Bölüm* kararıdır ve Anayasa Mahkemesi internet sitesinde yer alan *Kararlar Bilgi Bankası*ndan bu karara erişilebilmektedir.

sunluk ve başvuru yollarının tüketilmemesi nedenleriyle verildiği görülmektedir.³⁵ *Güven Ersoy Başvurusu (2)*'na ilişkin olarak yukarıda belirtilen aynı gerekçelerle, *açıkça dayanaktan yoksun olma* nedeniyle verilen kabul edilemezlik kararının mükerrer başvuru niteliğine ilişkin gerekçelendirmede işlev görebileceği, ancak *başvuru yollarının tüketilmemiş olması* yönündeki kabul edilemezlik nedeninin mükerrer başvuru niteliğinin gerekçelendirilmesinde kullanılamayacağı söylenebilir.

IV. BAŞVURUNUN REDDİNE KARAR VERME YETKİSİ

Ret kararı her ne kadar nedenleri yönünden kural olarak biçimsel birtakım şartların yerine getirilmemesi durumunda gündeme gelecek olsa ve bu yönüyle “idari” nitelikte görülse de,³⁶ hukuki bir uyuşmazlığın çözümlenmesi talebini içerdiği ve sonuç itibarıyla bu talebe kesin bir biçimde cevap niteliğinde olduğu için, bu yönde kararın, ancak yargılama yetkisine sahip bir mercii tarafından verilebileceğinin kabul edilmesi gerekir. Bu çerçevede, Anayasa Mahkemesi'nin yargılama yetkisine sahip bireysel başvuru konusunda görevli birimleri Anayasa ve Kanun hükümlerine göre *Genel Kurul, Bölümler ve Komisyonlar* olduğuna göre ret kararlarını da yaptıkları inceleme kapsamında bu mercilerin verebileceğinin kabul edilmesi gerekir.³⁷ Oysa İçtüzüğü'nün 66. maddesinin (3) numaralı fıkrasıyla *eksik belgelerin süresinde tamamlanmaması ve süre aşımı* nedenlerinden birinin gerçekleşmesi durumunda kararın kural olarak

³⁵ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/9303, 19.11.2014.

³⁶ ÇINAR / ÇINAR, s. 297; ÇINAR, Sinan: “Bireysel Başvuruda Bulunma Usulü”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0(6), 2015, s. 130.

³⁷ “Genel Kurul”un statüsü bu çerçevede tartışılabilir. Çünkü Anayasa bireysel başvuruya ilişkin çeşitli konularda Bölümler ve Komisyonların görev ve yetkisinden açıkça söz etmekle birlikte Genel Kuruldan söz etmemiştir. Ancak bu tartışmanın ayrıntıları çalışmanın kapsamını aşar.

Komisyonlar Başraportörü tarafından verileceği öngörülmüştür. Öğretide Komisyonlar Başraportörüne bireysel başvuruyu reddetme yetkisinin verilmesinin Anayasa'ya ve 6216 sayılı Kanuna aykırı olduğu yönünde önemli eleştiriler getirilmektedir.³⁸ Komisyonlar Başraportörünün verdiği ret kararlarına karşı Komisyonlara itiraz imkânı vardır. Bu imkânın tanınmasıyla birlikte yargısal nitelikli kararın yargı yetkisi bulunmayan bir merci tarafından verilebilmesinin ortaya çıkardığı sakıncanın bir ölçüde giderildiği söylenebilir.³⁹ Ancak bu durum yetkinin Kanuna ve Anayasa'ya aykırı olarak verildiği yolundaki görüşün haklılığını etkilemez.

V. BAŞVURUNUN REDDİ KARARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE SONUCU

A. Genel Olarak

Bireysel başvurunun reddi kararları, kural olarak başvuru konusu hak ihlali iddiaları değerlendirilmeden, usulü bir sorunun çözülmesi ile Mahkeme'nin işten el çekmesi sonucunu doğurduğu için yargılama hukuku açısından *usulden ret* kararı niteliğindedir.⁴⁰ Böylece bireysel başvurunun reddi yönündeki kararlar bireysel başvuru kapsamında ileri sürülen hak ihlali iddiaları yönünden *maddi anlamda kesin hüküm* niteliği taşımaz.⁴¹ Bu nedenle diğer şartlar açısından bir sorun yoksa teorik ola-

³⁸ Bu yönde görüşler için bkz.: ÖZBEY, Özcan: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (Nisan) 2013, s. 343; HAMDEMİR, s. 296. Bu görüşü sadece "süre koşulu" yönünden paylaşan bir yaklaşım için bkz. ÇINAR / ÇINAR, s. 297-298.

³⁹ Komisyonlar Başraportörlüğünün dahil olduğu Bireysel Başvuru Bürosunun "*anayasa yargıçlığı ehliyeti*" olmadığına ilişkin bir kanaat için bkz.: KANADOĞLU, s. 124.

⁴⁰ TANRIVER, s. 622, 623, 984; KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 534.

⁴¹ Bu, *usule ilişkin nihai kararların* maddi anlamda kesin hüküm gücüne sahip olmadıkları anlamına gelmemektedir. Usule ilişkin nihai kararlar ve dolayısıyla ret kararı da maddi an-

arak aynı hak ihlali iddialarının tekrar başvuru konusu edilmesi mümkündür. Başka bir deyişle aynı hak ihlali iddialarının bireysel başvuruya konu edilmesi durumunda başvuru, yargılama hukukunda *kesin hüküm bulunmaması* şeklinde ifade edilen dava konusuna ilişkin dava şartının sağlanmadığı gerekçesiyle reddedilemez.⁴² Oysa böyle bir durumda süre koşulu nedeniyle pratikte yani gerçekte artık bireysel başvuru yolu kapsamında ihlal iddialarının esasının incelenmesi ihtimali neredeyse yoktur.⁴³ Sadece süre koşulunun aranmadığı istisnai durumlarda uyuşmazlığın tekrar başvuru konusu yapılması mümkün olabilir. Bu da gerçekleştiği durumlarda başvurunun reddi nedenleriyle ilgisiz bir rastlantıdan kaynaklanır.

Kural olarak aynı sonuçlar bazı *kabul edilebilirlik koşulları* ve *düşme nedenleri* için de geçerlidir. Ancak kabul edilebilirlik koşulları ve

lamda kesin hüküm gücüne sahiptir, ancak kesin hüküm niteliğinin kapsamı kararın konusuyla, karar da bir usulü sorunla sınırlı olduğu için kesin hüküm gücü de sadece o usulü sorunla sınırlıdır. (KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 316, 534.) Öte yandan bazı usulü sorunlar başvuru konusu uyuşmazlık kapsamında ileri sürülen ihlal iddialarının özünü ilgilendiren unsurlar içerebilir. Bunun bir tür örneğine yukarıda bir vesileyle “esasa ilişkin kabul edilebilirlik koşullarına” ilişkin açıklamalarda bulunulurken değinildi. (Bkz. yuk. 33 numaralı dn.) Benzer bir durumun bazı ret nedenlerine ilişkin olarak gündeme getirilebileceği de söylenebilir. Bu kapsamda, *hakkın kötüye kullanılmasına* ilişkin muhakeme kimi zaman belirli ölçülerde başvuru konusu iddialarla ilişkili değerlendirmeler içerebilir. Bireysel başvuruda hakkın kötüye kullanılması yasağının niteliği itibarıyla yine yargılama hukukunda dava konusuna ilişkin bir dava şartı sayılan “hukuki yararın bulunması” ile ilişkili olduğu göz önünde bulundurulduğunda, sözü edilen türden değerlendirmelerin hangi bağlamda ve hangi kapsamda başvuru konusunun esasıyla ilişkilendirilebileceği de anlaşılır. (TANRIVER, s. 455, 456.)

⁴² Bunun anayasa yargısında “mükerrer başvuru” kavramıyla karşılandığına yukarıda değinildi.

⁴³ EKİNCİ, Hüseyin: “Kabul Edilebilirlik Kriterleri”, in SAĞLAM, Musa (ed.), Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), İkinci Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013, s. 156, dn. 181. Bu durumun aynı zamanda, aynı konu ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurma imkanını da ortadan kaldırdığına ilişkin bir görüş için bkz.: KORKMAZ, Ramazan: Medeni Usül Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Güncellenmiş İkinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Nisan) 2017, s. 187.

düşme nedenleri Kanun ve İçtüzükte sınırlı olarak ve açıkça düzenlenmiş, *kabul edilemezlik* ve *düşme* sonuçları pozitif hukuk kurallarında açıkça gösterilmiştir. Yani kabul edilmezlik ve düşme nedenleri ile ilgili hukuki öngörülebilirlik açısından nispeten daha net bir tablo söz konusudur. Bu nedenle durum bireysel başvurunun reddinden farklıdır. Ayrıca bazı kabul edilemezlik nedenlerinin gerçekleşmesi durumunda (örneğin *başvuru yollarının tüketilmemiş olması*) uyuşmazlığın sonradan tekrar bireysel başvuruya konu edilmesi mümkün olabilir. Yine düşme nedenlerinin gerçekleşmesi de kendi başına esas incelemesinin yapılmasına engel değildir. İçtüzüğün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrası kapsamında bir durumun söz konusu olması halinde Mahkeme düşme kararı vermeyip yargılamayı sürdürebilir. Buna göre bir düşme nedeninin gerçekleşmesi durumunda, Anayasanın uygulanması ve Anayasa kurallarının yorumlanması, anayasal temel hak ve özgürlüklerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesi veya insan haklarına saygı ilkesi uyuşmazlığa ilişkin yargılamanın sürdürülmesini gerektiriyorsa Mahkeme düşme kararı vermemeyi tercih edebilir. Yine yukarıda da üzerinde durulduğu gibi bazı kabul edilemezlik ve düşme nedenlerine ilişkin yargılamalar başvuru konusu uyuşmazlığın esasına ilişkin değerlendirme yapmayı gerektirebilir. Bu ihtimalde de başvuru konusu hak ihlali iddialarının esas incelemesine tabi tutulması söz konusu olabilir. Kabul edilebilirlik incelemesi ve düşme kurumuna ilişkin tüm bu istisnai durumlar ve özellikler, bu kurumları başvurunun reddi kararı verilmesi halinde de ortaya çıkan *uyuşmazlığın esasının bir daha bireysel başvuru kapsamında değerlendirilemeyecek olması tehlikesi* açısından bir ölçüde güvenceli kılmıştır. Oysa *başvurunun reddi* kurumu daha öngörülemez nitelikte olduğundan, sonucu üzerinde ayrıca düşünmeye ihtiyaç vardır.

B. Başvurunun Reddi Kararının Temel Hukuki Sonucu Bağlamında Doğan Sakıncalar

Başvurunun reddi kararı verilmesi üzerine başvuruya konu hak ihlali iddialarına ilişkin, değinilen istisnalar dışında, bireysel başvuru yolu kapsamında esas incelemesi yapılmasının olanaksız hale gelmesi ile ilgili üç tür sakıncadan söz edilebilir. Bunlardan ilki bizzat bir başvurunun başvuru konusu ihlal iddiaları yönünden esas incelemesi yapılmaksızın sonlandırıldığı farklı durumlarda hak ihlali iddialarının tekrar başvuru konusu edilebilme imkânı açısından farklı sonuçların doğması ile ilgilidir. Buraya kadar üzerinde durulan bilgiler ışığında denilebilir ki, başvurunun reddine karar verilen bazı durumlarda olayın özellikleri gereği ret nedeniyle ilgisiz başka bir nedenle Mahkeme başvuru konusu hak ihlali iddiaları yönünden kabul edilebilirlik veya esas incelemesi yapabilirken diğer ret durumlarında yapamamaktadır. Bu da usulü bir sorunu ilgilendiren yönüyle olsa da benzer hukuki olayların farklı hukuki sonuçlara tabi olması nedeniyle *kanun önünde eşitlik ilkesi* açısından sorunlu sayılabilir. Bu husus Anayasa Mahkemesi'nin konu hakkındaki çeşitli kararlarının birlikte değerlendirilmesi yoluyla daha açık bir biçimde görülebilir. Örneğin bir başvurunun *mükerrer başvuru* niteliğinde sayılması nedeniyle reddedilmesi durumunda aynı konudaki önceki başvuru değerlendirilebilmektedir. Aynı şey, yapılan *mükerrer başvurunun sonraki başvuruda Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmemesi* nedeniyle sonraki başvurunun Anayasa Mahkemesi tarafından *hakkın kötüye kullanılması* niteliğinde görülüp reddedilmesi durumunda da geçerlidir. Mükerrer başvuruya iliş-

kin örneklerde Mahkeme aynı hak ihlali iddialarını içeren iki başvurudan birini reddetmekle birlikte diğerini değerlendirebilmektedir.⁴⁴

Yine Anayasa Mahkemesi'nin hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ilgili kararlarında birden çok hak ihlali iddiası içermesi ve iddiaların farklı olaylara dayandırılması bakımından aynı türden sayılacak başvurular için başvurunun reddi kararının sonuçlarının kapsamı konusunda farklı yollar izlenmesi nedeniyle benzer bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Örneğin Mahkeme *Yümrü Dilek Başvurusunu* değerlendirirken ileri sürülen hak ihlali iddialarını sınıflandırarak birbirinden ayırmış ve her iddia ile ilgili ayrı ayrı muhakeme yapıp sonuca varmıştır. Bu kapsamda iddialardan birine ilişkin hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle başvurunun reddi yönünde karar verirken bu kararını diğer hak ihlali iddialarına etkili kılmamış, diğer iddiaları ayrıca kabul edilebilirlik incelemesine tabi tutmuştur.⁴⁵ Oysa Mahkeme *Cuma Çiftçi, Mirze Bozma, Mehmet Güven Ulusoy ve Mehmet Çağırıcı Başvurusuna* ilişkin kararlarında her karar için aynı şekilde söz konusu olmak üzere başvuru ileri sürdüğü hak ihlali iddialarını dayandırdığı çok çeşitli olaylardan birine ilişkin başvuru dilekçesinde yer verilen bir beyanın gerçek dışı veya yanıltıcı nitelikte olduğundan bahisle, başvuruda ileri sürülen tüm iddiaları kapsayacak biçimde başvurunun reddine karar vermiştir.⁴⁶

⁴⁴ *Mükerrer başvuru* nedeniyle verilen yayınlanmış *başvurunun reddi* kararları için bkz.: 2014/15862; 2014/13176. Daha önce yapılan başvurunun aynı hak ihlali iddialarını içeren sonraki başvuruda Anayasa Mahkemesi'ne bildirilmemesi nedeniyle başvurunun *hakkın kötüye kullanılması* niteliğinde görülerek reddedildiği kararlar için bkz.: 2013/9418, p. 31; 2013/6264, p. 44.

⁴⁵ Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/4189, 21.05.2015.

⁴⁶ Sözü edilen kararların künyeleri sırasıyla şöyledir: Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2014/277, 14.10.2015; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/5319, 13.04.2016; Anayasa

Sonuçta üzerinde durulan tüm bu örneklerde aynı türden bir ret nedeni gerçekleşmesine karşın, kimi başvuruların içerdikleri ihlal iddiası ret nedeniyle ilgili olmayan rastlantısal bir durumun söz konusu olması dolayısıyla değerlendirilebilmiş, kimisinin ise değerlendirilememiştir.

Üzerinde durulması gereken ikinci tür sakınca ise bireysel başvurunun *objektif (nesnel) niteliği* veya *işlevi* ile ilgilidir. Bireysel başvuru yolunun kişilerin hukuken korunan kişisel yararlarının sağlanması amacıyla yönelik işlevi *sübjektif* niteliğinden kaynaklanır. Buna göre kişiler anayasal temel hak ve özgürlükler kapsamında korunan yararlarının gereklerinin yerine getirilmesi, başka bir deyişle temel haklarının kişisel haklarını ilgilendiren alanda geçerli kılınması amacıyla bireysel başvuru yoluna giderler.⁴⁷ Yani bireysel başvuru yoluna giden kişi aslında kendi kişisel yararının korunmasını istemektedir. Ancak bireysel başvurunun kişisel yararların korunması amacını aşan bir işlevinin de olduğu kabul edilmektedir. Buna göre bireysel başvurunun, sonuçta tümü *kamu yararının* sağlanması amacıyla ilişkilendirilebilecek, bu yola başvuran kişinin kişisel konumunu ve haklarını aşan birtakım amaçlara da hizmet ettiği kabul edilmektedir. Bireysel başvuru yolunun işletilmesi aracılığıyla aynı zamanda *anayasa kurallarının yorumlanması ve geliştirilmesi, anayasal içtihatların belirginleştirilmesi ve bütünleştirilmesi, ilgili yargısal uygulamalarda bir örnekliğin sağlanması, anayasal konularda ve anayasa düzeyindeki hukuk uygulamasında birliğin sağlanması* ve bunların tümü

Mahkemesi, Genel Kurul, 2013/1013, 02.07.2015; Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/3020, 23.03.2016.

⁴⁷ GÖZTEPE, Ece: Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:530, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara 1998, s. 17-18; KANADOĞLU, s. 10-12.

dolayısıyla *demokrasi* ve *hukuk devleti* gibi belirli anayasal değer ve tercihlerle dayanan *hukuk düzenin korunması* da amaçlanmaktadır.⁴⁸ Yani bireysel başvuruya ilişkin kararların kararlara konu olayların ötesine geçen, o olayları aşan bu türden etkileri de vardır.⁴⁹ Bu etkilerin de bireysel başvurunun *objektif (nesnel) işlevini* yerine getirdiği kabul edilir.

Bireysel başvuruya ilişkin düzenlemeler yapılırken bireysel başvurunun objektif işlevi de göz önünde bulundurulur ve bazı durumlarda kişisel yararın sağlanması amacı zorunlu kılmasa bile bireysel başvuru yolunun işletilebilmesine imkân veren düzenlemeler getirilebilir. Bunun Türkiye'de Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru kapsamındaki örneklerinden biri İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrasında gösterilmiştir.⁵⁰ İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, sayılanlarla sınırlandırılmamışsa da, tümü kişisel yararın ortadan kalktığı çeşitli durumları işaret eden düşme nedenleri sayıldıktan sonra (2) numaralı fıkrasında bireysel başvuru yolunun objektif işlevi kapsamında değerlendirilebilecek birtakım ihtimallerin gerçekleşmesi halinde Mahkeme'ye yargılama sürecini devam ettirme yetkisi verilmiştir. Aynı ihtimaller başvurunun reddi nedenlerinin gerçekleştiği durumlarda da söz konusu olabilir; ancak başvurunun reddi nedenlerine ilişkin bu türden bir istisna herhangi bir pozitif hukuk kuralında açıkça öngörülmemiştir.

⁴⁸ GÖZTEPE, s. 19; KANADOĞLU, s. 10-12; ŞİRİN, Tolga: Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme (Anayasa Şikâyeti), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 30-31, 69-71; KILINÇ, Bahadır: "Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği", Anayasa Yargısı Dergisi, 25(0), 2008, s. 26; KARAMAN, s. 37-38; ÖZBEY, s. 82-83; GÜVEYİ, s. 39.

⁴⁹ KANADOĞLU, s. 11; KARAMAN, s. 38.

⁵⁰ ŞİRİN, Tolga: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı (Bireysel Başvuru Hakkı), Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Ekim) 2015, s. 250.

Son olarak sözü edilen ilk türden sakıncaya benzer özellikler gösteren bir duruma işaret edilecektir. Başvurunun reddiyle sonuçlanan bazı başvurular kapsamında başvuru ret sonucuna neden olan hatasını düzeltebilmesi için *ikinci bir şansı* olabilirken, diğerlerinde hiçbir imkânı kalmamaktadır. Bu durum özellikle nispeten yeni sayılabilecek bir hukuki başvuru yolu olan bireysel başvuru kapsamında hakkını aramaya çalışmış kişinin *hak arama özgürlüğü*, *bireysel başvurunun getiriliş amacı* ve bu defa *sübjektif işlevi* açısından sorunlu sayılabilir. Örneğin İktüzüğün 66. maddesine göre eksik belgenin tamamlanabilmesi için başvurucuya süre verilmekte ve bu sürede eksikliği tamamlamaması halinde başvurunun reddedileceği yönünde başvuru uyarılmakta iken, hakkın kötüye kullanılması nedeniyle ret kararı verilen durumlarda başvuru için ikinci bir şansı söz konusu olmamaktadır.⁵¹

C. Sakıncaların Giderilmesi İçin Öneriler

Genel olarak başvurunun reddi sonucunu doğuran nedenlerin getirilmesinin amacı Anayasa Mahkemesi önüne Mahkeme'ye zaman kaybettirecek, daha doğru bir deyişle Mahkeme'nin usulüne uygun başvuru-

⁵¹ Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin kararlarla ilgili açıklamalar için bkz.: DOĞANOĞLU. Başvurucunun başvurunun esasına ilişkin konularda eksik bilgi vermesi, başvuru belgeleri arasında kategorik olarak bulunması zorunlu olmayan ancak başvurunun esasına etkili belgeleri sunmaması gibi, bir yönüyle başvuru belgelerinde eksikliğin bulunması durumuna benzer türden olayların gerçekleşmesi halinde eksikliklerin tamamlanması yoluna gidilmeden başvuru hakkının kötüye kullanılması nedeniyle ret kararı verilmektedir. Bu şekilde başvurunun reddedilmesi durumunda eksikliklerin giderilmesi gibi başvurucuya hatasını düzeltme imkânı sunan bir yol açılmamıştır. Konu hakkında yayınlanan kararlar incelendiğinde, Anayasa Mahkemesi'nin hakkın kötüye kullanılması nedeniyle reddine karar verdiği başvurulardan sadece *Osman Sandıkçı Başvurusu* kapsamında başvurucuya hatasını düzeltmek üzere bir imkân tanındığı anlaşılmaktadır. Bu başvuru kapsamında başvuru sunduğu başvuru dilekçesinde Mahkeme tarafından uygun görülmeyen bir üslup kullanıldığı gerekçesiyle başvurucudan yeniden dilekçe yazmasının istendiği anlaşılmaktadır. (Anayasa Mahkemesi, Birinci Bölüm, 2013/6297, 10.03.2016, p.41.)

ları gerektiği gibi değerlendirip karara bağlamasını engelleyecek başvuruların önlenmesidir. Yoksa her neye mal olacak olursa olsun yapılacak başvuru sayısını azaltmak ya da yapılan başvuruları Mahkeme'nin gündemi dışına çıkarmak değildir. Bu nedenle, özellikle çok önemli görülebilecek hak ihlali iddialarının biçimsel bir koşulun belirli bir zamanda sağlanamaması ya da basit bir hata nedeniyle Mahkeme tarafından tümüyle değerlendirilemez hale gelmesi, amaca aykırı sayılmalıdır. O halde özellikle yukarıda değinilen sakıncalar göz önünde bulundurularak, başvurunun reddi kararı verilmesi halinde aynı hak ihlali iddialarının bir daha bireysel başvuru yoluyla gündeme getirilebilmesi imkânının kalmaması şeklinde ortaya çıkan sonuç ile ilgili, hiç değilse sözü edilen sonucun kapsamını daraltacak iyileştirmelere ihtiyaç olduğu savunulabilir. Bu çerçevede bazı önerilerde bulunulmaya çalışılacaktır.

Sorunun en akılcı ve kolay çözümü Anayasa Mahkemesi'nin üzerinde durulan çerçevede sorunlu sayılacak durumlarda yargılama yetkisine içkin takdir imkânlarını kullanarak esas incelemesi yapılabilmesinin önünü açabilecek tasarruflarda bulunmasıdır. Bu bağlamda çözüm için izlenecek yol ve hukuki gerekçelendirme duruma göre değişebilir, bunlar ayrıca düşünülmelidir. Ancak burada ilk başta akla gelen ve uygulanabilecek nitelikte çeşitli imkânlar üzerinde kısaca durulacaktır.

Özel hukuk yargılamasında *usule ilişkin nihai karar* niteliğinde olduğu kabul edilen *görevsizlik* ve *yetkisizlik* kararlarının verildiği durumlarda 6100 sayılı *Hukuk Muhakemeleri Kanununun* 20. maddesiyle taraflara dava açılmasının ortaya çıkardığı sonuçların korunması, başka bir deyişle açılan davanın devam ettirilebilmesi ve sonuçta uyuşmazlığın esas incelemesinin yapılabilmesini sağlama veya hiç değilse *görevsizlik*

ya da *yetkisizlik* yönündeki usul yönünden ret kararı nedeniyle uyuşmazlığın esas incelemesinin yapılmasının engellenmesinin önüne geçme imkânı tanınmıştır.⁵² Bu hükümle kişilerin tarafı oldukları davanın yetkisizlik veya görevsizlik kararı ile sonuçlandırılması ve bu kararın kesinleşmesi halinde dava dosyasının yetkili ve görevli mahkemeye gönderilmesini isteyebilecekleri iki haftalık bir süre öngörülmüştür. Yetkisizlik veya görevsizlik gerekçesiyle reddedilen bir davanın taraflarından birinin bu süre içinde talep hakkını kullanması halinde davanın yetkili ve görevli mahkemede görülmesi sağlanabilecektir. Bu durumda yetkili ve görevli mahkemede görülen davanın yetkisiz veya görevsiz mahkemede açılan davanın devamı niteliğinde olduğu, dolayısıyla önceki başvuru ile yargılama hukuku açısından ortaya çıkan sonuçların da korunacağı kabul edilmektedir.⁵³ Bu kapsamda, davanın devam ettirilebilmesi için tekrar harç ödenmesi söz konusu olmadığı gibi dava zamanaşımının görevsiz ve yetkisiz mahkemede davanın açıldığı tarihten itibaren kesildiği kabul edilir ve davanın süresinde açılıp açılmadığı buna göre belirlenir.⁵⁴ Benzer bir düzenlemeye 2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanununun* 9. maddesinde de yer verilmiştir. Buna göre idari yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığa ilişkin dava başka bir yargı kolunda açılmışsa, bu davanın görevsizlik nedeniyle reddedilmesi durumunda, ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren otuz günlük yeni bir dava açma süresi başlar.⁵⁵ Bu hüküm açılacak yeni bir davadan söz ettiği için tüm sonuçları

⁵² KURU / ARSLAN / YILMAZ, s. 154, 199, 534; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: Medeni Usul Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 198-200; YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 221 vd.

⁵³ YILMAZ, s. 227, 230, 235; ARSLAN / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ, s. 199-200.

⁵⁴ YILMAZ, s. 227, 230.

⁵⁵ YILMAZ, s. 247 vd.

itibariyle 6100 sayılı Kanunun 20. maddesiyle aynı değildir. Ancak dava açma süresi açısından değerlendirildiğinde bu iki düzenlemenin birbirine paralel olduğu söylenebilir. Yani her iki düzenlemenin uygulanacağı durumlarda ilk davanın süresinde açılması koşuluyla sonraki başvuru üzerine görülecek davanın süre koşulu nedeniyle reddedilmesi mümkün değildir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, özel hukuk uyuşmazlıklarına ilişkin dava açma sürelerinin nispeten uzun sayılabilecek nitelikte olmaları nedeniyle 20. maddeyle getirilen imkân olmasaydı da görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle başvurunun usulden reddinin sonuçları, bireysel başvurunun reddi halinde söz konusu olabilecek ölçüde bir hak kaybına yol açma tehlikesi taşımazdı. Bu nedenle 6100 sayılı Kanunun 20. maddesinin doğrudan dava açma süresine ilişkin olarak getirildiğini iddia etmek de güçtür; ancak görevsizlik ve yetkisizlik kararıyla sonuçlandırılan davalarda 6100 sayılı Kanunun 20. maddesiyle getirilen hakkın kullanılmasında ortaya çıkacak sonuçların kapsamına dava açma süresine ilişkin üzerinde durulan hususun da dahil olduğuna kuşku yoktur. 2577 sayılı Kanunun 9. maddesinde getirilen imkânın ise doğrudan dava açma süresine ilişkin olduğu açıktır. Bu yönüyle söz konusu hüküm bireysel başvuruya ilişkin üzerinde durulan sorun açısından daha uygun bir yol gösterici sayılabilir.

Görüldüğü gibi hem 6100 sayılı hem de 2577 sayılı Kanun kapsamında kanun koyucu görev ve yetki gibi yargılama hukuku açısından biçimsel birtakım koşullara göre çok daha önemli görülebilecek kurumlara ilişkin olası hataların ortaya çıkarabileceği hak kaybı tehlikelerini ber-

taraf edecek düzenlemeler getirmiştir.⁵⁶ Oysa Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunda başvurunun reddedilmesi durumunda uygulanabilecek benzer bir düzenleme açıkça öngörülmemiştir. Üzerinde durulan sorunun kesin çözümü için başvurunun reddi nedenlerinin nitelik ve amaçları da gözetilerek bu tür bir düzenlemenin bireysel başvuru için de öngörülmesi yerinde olur. Özellikle 2577 sayılı Kanunun 9. maddesi hükmüne benzer biçimde başvurunun reddi kararı üzerine önceki başvuruda süre koşuluna uyulmuş olması şartıyla yeni bir bireysel başvuruda bulunma süresi öngörülebilir.

Öbür taraftan aynı sonucu gerekli gördüğü durumlarda yeni başvuruya gerek de bırakmadan Anayasa Mahkemesi'nin içtihat yoluyla sağlaması olanaksız görünmemektedir. Öyle ki, bu yolda oluşturulabilecek içtihatların gerekçelendirilmesinde 6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin Kanun ve İçtüzükte bireysel başvuruya ilişkin hüküm bulunmayan konularda bireysel başvuru yolunun niteliğine uygun olması koşuluyla ilgili usul kanunlarının hükümlerinin uygulanabileceğini düzenleyen (7) numaralı fıkrası hükmü vasıtasıyla 6100 sayılı Kanun ile 2577 sayılı Kanunun yukarıda değinilen hükümlerine dayanılması da mümkündür. Kabul edilebilirlik koşullarına ve düşme nedenlerine ilişkin Kanun ve İçtüzükte yer alan kuralların nispeten bir arada, açık ve en azından biçimsel olarak sınırlayıcı hükümler getirilmesine karşın başvurunun reddi neden-

⁵⁶ Tabii ki bir davanın görevsizlik veya yetkisizlik nedeniyle reddedilmesi her durumda davacının kusurundan kaynaklanan bir nedenle söz konusu olmaz. Ayrıca görevsizlik ve yetkisizlik kararları çoğunlukla yargılama makamlarının ciddi ve kapsamlı hukuki değerlendirmeleri sonucunda verilir. Ancak yine de telafi imkânı getiren düzenlemeler başvuruçunun hatalı olup olmadığı ile ilgilenilmeksizin getirilmiştir. Yani yetki ve görev konularında davacıya yüklenilecek açık bir hatanın söz konusu olması durumunda dahi davacının davanın görülmesini sağlayabilme imkânı olmaktadır.

lerine ilişkin benzer bir yolun izlenmemiş olması, bu konuda bir boşluğun olduğu yönünde bir iddiayı da destekler niteliktedir. Bu da 6216 sayılı Kanununun 49. maddesinin (7) numaralı fıkrasının gündeme getirilmesini haklı çıkarabilecek başka bir özelliktir.

Anayasa Mahkemesi'nin çalışma kapsamında üzerinde durulan sakıncaları gidermek üzere oluşturabileceği bir içtihadın gerekçelendirilmesinde işlev görecektir. Diğer düzenleme de yine İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrası hükmüdür. Hatırlanacağı üzere bu hüküm kapsamında Mahkeme'ye düşme nedenlerinin gerçekleşmesi durumunda bireysel başvuruya yüklenen objektif işlevin yerine getirilmesi çerçevesinde değerlendirilebilecek bir yargılamaya devam etme yetkisi verilmiştir. Mahkeme başvurunun reddi nedenlerinden birinin gerçekleşmiş olmasına rağmen bireysel başvurunun objektif işlevleri çerçevesinde değerlendirilebilecek bir ihtiyacın doğması durumunda İçtüzüğü'nün 80. maddesinin (2) numaralı fıkrasını kıyasen uygulamak yoluyla ret kararı vermiyip yargılamayı sürdürmeyi tercih edebilir.

KAYNAKÇA

I. Kitaplar ve Makaleler

ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Se-
ma: Medeni Usul Hukuku, İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

BLOOMEYER, Arwed: "Kesin Hüküm Tesiri ve Sınırları", YAZ-
MAN, İrfan (çev.), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 25(3),
1968.

ÇINAR, İbrahim / ÇINAR, Sinan: "Bireysel Başvurunun Ön İnceleme Usulü, Bireysel Başvuru Bürosunun Çalışma Sistemi ile Bu Aşamada Verilen İdari Ret Kararlarının Nitelikleri ve İtiraz Aşamaları". Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0(4), Aralık 2014.

ÇINAR, Sinan: "Bireysel Başvuruda Bulunma Usulü", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 0(6), 2015.

DOĞANOĞLU, Ali Erdem: "Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkının Kötüye Kullanılması Yasağı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67(3), 2018.

DOĞRU, Osman: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, Birinci Baskı, Legal Yayınevi, İstanbul 2012.

DURMAZ, Cüneyt: "Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Nedenleri", in SAĞLAM, Musa (ed.), Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), İkinci Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

DURSUN, Halil İbrahim: Türk Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuruda Esasa İlişkin Kabul Edilemezlik Sebepleri, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

EKİNCİ, Hüseyin: "Kabul Edilebilirlik Kriterleri", in SAĞLAM, Musa (ed.), Bireysel Başvuru İnceleme Usulü ve Kabul Edilebilirlik Kriterleri (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi), İkinci Baskı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2013.

ERGÜL, Ergin: Anayasa Mahkemesine ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Birinci Baskı, Yargı Yayınevi, Ankara (Ekim) 2012.

ERMAYASI, Mustafa: Anayasa Mahkemesi'ne Yapılan Bireysel Başvuruların Kabul Edilebilirlik Bakımından İncelenmesi, Birinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (Temmuz) 2018.

GÖREN, Zafer: Bireysel Başvuru Türk Anayasa Yargısında, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

GÖZLER, Kemal: Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa (Temmuz) 2018.

GÖZTEPE, Ece: Anayasa Şikâyeti, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:530, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye Yayınları No:45, Ankara 1998.

GÜVEYİ, Nazmiye, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Aşaması, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Şubat) 2015.

HAMDEMİR, Berkan: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, 2015 (Nisan) Ankara.

KANADOĞLU, Korkut: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Mayıs) 2015.

KARAMAN, Ebru: Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu, Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Nisan) 2013.

KILINÇ, Bahadır: “Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği”, Anayasa Yargısı Dergisi, 25(0), 2008.

KORKMAZ, Ramazan: Medeni Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, Güncellenmiş İkinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Nisan) 2017.

KUNTER, Nurullah: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Yenileştirilmiş ve Geliştirilmiş Sekizinci Bası, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1985.

KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medenî Usul Hukuku (Ders Kitabı), Genişletilmiş On Yedinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

ÖZBEY, Özcan: Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara (Nisan) 2013.

ÖZBUDUN, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, 2017 Anayasa Değişikliklerine Göre Gözden Geçirilmiş On Sekizinci Basım, Yetkin Yayınları, Ankara 2018.

TANRIVER, Süha: Medeni Usûl Hukuku Cilt I Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, Birinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

ŞİRİN, Tolga: Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Bireysel Başvuru Hakkı (Bireysel Başvuru Hakkı), Birinci Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul (Ekim) 2015.

ŞİRİN, Tolga: Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme (Anayasa Şikayeti), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2013.

URAL, Sami Sezai: Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Birinci Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara (Eylül) 2013.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş İkinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

II. İnternet Kaynakları

Anayasa Mahkemesi: "Kararlar Bilgi Bankası, Bireysel Başvuru Kararları", <http://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 30.09.2018).

Anayasa Mahkemesi: "Sayılarla Bireysel Başvuru: 23 Eylül 2012 - 30 Eylül 2018 Tarihleri Arası Bireysel Başvuru İstatistikleri", <http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/istatistikler/pdf/istatistik-30Eylul.pdf>, (Erişim Tarihi: 30.09.2018).