

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ**

**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**

**(SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY**

**FACULTY OF LAW REVIEW**



**Cilt (Volume): 9 • Sayı (Number): 2 • Yıl (Year): 2019**

**ISPARTA**

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Cilt (Volume): 9, Sayı (Number): 2, Yıl (Year): 2019, ISPARTA

ISBN: 2146-7129

DERGİNİN TARANDIĞI İNDEKSLER



TR DİZİN Hukuk Veri Tabanı

SOBİAD

SOBİAD Sosyal Bilimler Atf Dizini



HEINONLINE Veri Tabanı

**SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ (SDÜHFD)**

**SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW**

**Cilt (Volume): 9, Sayı (Number): 2, Yıl (Year): 2019, ISPARTA**

**ISBN: 2146-7129**

**Sahibi / Owner**

**Prof. Dr. Haluk SONGUR**

**Baş Editör / Editor**

**Prof. Dr. Haluk SONGUR**

**Editör Yardımcıları / Co- Editors**

**Prof. Dr. Yüksel METİN**

**Prof. Dr. M. Fahrettin Önder**

**Dr. Öğr. Üyesi Meltem İNELİ CİĞER**

**Yayın Yardımcıları / Editorial Assistants**

**Arş. Gör. Burak ERECE**

**Arş. Gör. Didem ERDOĞAN**

**Arş. Gör. Numan TEKELİOĞLU**

**Arş. Gör. Özgenur YİĞİT**

**Arş. Gör. Veli ÇİÇEKKAYA**

**Arş. Gör. Ömer YILDIRIM**

## Yayın Kurulu / Editorial Board

Prof.Dr. Haluk SONGUR	Arş.Gör. Fatma SIRTKAYA
Prof.Dr. Faruk TURHAN	Arş.Gör. Fırat KESKİN
Prof.Dr. Yüksel METİN	Arş.Gör. Gamze KIRLIOĞLU
Prof.Dr. M. Fahrettin ÖNDER	Arş.Gör. Gökçe TUNÇ
Doç.Dr. Süleyman DOST	Arş.Gör. Hikmet TOKGÖZ
Dr. Öğretim Üyesi Vahdettin AYDIN	Arş.Gör. İsmail AKBAŞ
Dr. Öğretim Üyesi Burcu ÖZKUL	Arş.Gör. Merve AKKAYA
Dr. Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU	Arş.Gör. Mustafa Can ERMIŞ
Dr. Öğretim Üyesi Meltem İNELİ CİĞER	Arş.Gör. Neslihan DEMİRKOL
Dr. Öğretim Üyesi Mücahit AYDIN	Arş.Gör. Numan TEKELİOĞLU
Dr. Öğretim Üyesi M. Emre TULAY	Arş.Gör. Ömer ÇON
Dr. Öğretim Üyesi Selim CİĞER	Arş.Gör. Ömer YILDIRIM
Arş.Gör. Aylin ÇIRAKÇI	Arş.Gör. Özgenur YİĞİT
Arş.Gör. Ayşe YAMAN KAPLAN	Arş.Gör. Semiha ÖNDER BALAMAN
Arş.Gör. Burak ERECE	Arş.Gör. Şulenur GÖZTEPE
Arş.Gör. Didem ERDOĞAN	Arş.Gör. Veli ÇIÇEKKAYA
Arş.Gör. Efe BİLKE	Arş.Gör. Zehra KORKMAZ
Arş.Gör. Esin YÜĞRÜK	Arş.Gör. Zühre ELVAN

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) yılda iki sayı olarak yayımlanan HAKEMLİ bir dergidir. Dergide yayınlanan eserlerdeki görüşler ve sorumluluk yazarına aittir. Yayın hakları saklıdır, izinsiz hiçbir şekilde çoğaltılamaz. Yazarlara telif ücreti ödenmez. Yazara, eserin yayınlandığı sayı gönderilir.

Kapak Tasarım / Cover Design

S.D.Ü. Basın ve Halkla ilişkiler Dizgi

Baskı / Published By

SDÜ Basımevi Isparta

ISBN 2146-7129

İletişim Adresi / Contact Info

Web: <http://hukuk.sdu.edu.tr/tr/dergi.html>

e-mail: [hukukdergi@sdu.edu.tr](mailto:hukukdergi@sdu.edu.tr)

Tel: 0 246 211 0002

Fax: 0 246 237 07 71 32260

SDÜ Hukuk Fakültesi Yayın Komisyonu, Doğu Yerleşkesi, ISPARTA

## Danışma Kurulu/ Advisory Board

Prof.Dr. Adem SÖZÜER	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr.Dr. h.c. Albin ESER, M.C.J.	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Arslan KAYA	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Aydın GÜLAN	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahri ÖZTÜRK	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Bahtiyar AKYILMAZ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Cumhur ŞAHİN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Durmuş TEZCAN	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Ethem ATAY	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Feridun YENİSEY	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Güzin ÜÇİŞİK	Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan HAKERİ	İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hakan PEKCANİTEZ	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Hasan TUNÇ	Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İlyas DOĞAN	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İsmail KAYAR	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. İzzet ÖZGENÇ	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Kemal ŞENOCAK	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. M.Selami MAHMUTOĞLU	Türk-Alman Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mehmet Emin ARTUK	İstanbul Şehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Muhammet ÖZEKES	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Muharrem KILIÇ	Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Mustafa KOÇAK	Okan Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Silvia TELLENBACH	Max - Planck - Institut /Almanya
Prof.Dr. Süha TANRIVER	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Timur DEMİRBAŞ	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Turan YILDIRIM	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Veysel BAŞPINAR	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yener ÜNVER	Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yavuz ATAR	İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf KARAKOÇ	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ	Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof.Dr. Mehmet ALTUNKAYA	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof.Dr. Helene LAMBERT	University of Westminster
Dr.Mehmet ÇATLI	Türkiye Adalet Akademisi

## SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

- 1- Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (SDÜHFD) "Hakemli Dergi" statüsünde yılda iki sayı (Aralık ve Haziran) olarak yayınlanır. Yazılar yayımlanmak üzere kabul edildiği takdirde, elektronik ortamda tam metin olarak yayımlamak da dâhil olmak üzere tüm yayın hakları Süleyman Demirel Üniversitesi'ne aittir. Yazarlar telif haklarını Üniversiteye devretmiş sayılır, ayrıca telif ücreti ödenmez.
- 2- Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayınlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, yayınlanmak üzere kabul edildiği takdirde, dönemine göre ilgili sayıda yayınlanır. Fakat Yayın Kurulu, makale yoğunluğunu dikkate alarak, hakem incelemesinden olumlu rapor almış yazının bir sonraki sayıda yayınlanmasına karar verebilir.
- 3- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olarak düzenlenmemiş olduğu tespit edilen yazılar, hakeme gönderilmeden önce, yayın ilkeleri doğrultusunda düzeltilmesi için yazara iade edilir.
- 4- Yayın Kurulunca ilk değerlendirilmesi yapılan ve yayın ilkelerine uygun olan yazılar kör hakemlik sistemi uyarınca yazar adları metinden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazarlara yazının hangi hakeme gönderildiği ile ilgili bilgi verilmez. Hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayınlanmasına, yazardan rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yazının geri çevrilmesine karar verilir ve yazar en kısa sürede durumdan haberdar edilir. Yayımlanmayan yazılar, yazara geri gönderilmez. Yazara durum hakkında bilgi verilir.
- 5- Derginin yazı dili esas olarak Türkçe olmakla birlikte, dergide yabancı dilde yazılar da yayınlanacaktır. Hangi dilde kaleme alırsa alınsın yazıların başlığı, özetleri ile anahtar sözcüklerinin Türkçe ve İngilizcesi eklenerek gönderilmesi gerekir.
- 6- Yazarların dergiye gönderdikleri yazılarının denetimini yapmış oldukları ve bu haliyle "basıla" verdikleri kabul edilir. Bilimsellik ölçütlerine uyulmadığı ve olağanın üzerinde yazım yanlışlarının tespit edildiği yazılar, yayın komisyonu tarafından geri çevrilir.

- 7- Yazarlar unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-mail adreslerini bildirmelidirler.
- 8- Yazılar bilgisayarda times new roman, ana metin 12 punto, dipnotu 10 punto, kaynakça 12 punto, yazı aralığı 1.2 aralık şeklinde ve A4 boyutunda hazırlanıp, iki nüsha bilgisayar çıktısı halinde verilmelidir. Yazılar, **hukukdergi@sdu.edu.tr** adresine başvuru yazısıyla birlikte gönderilebilir.
- 9- Dergide, hakem denetiminden geçen çalışmalar dışında, yazarların isteğine bağlı olarak hakem denetimine sunulmayacak makalelere de yer verilecektir. Ayrıca dergimize kitap incelemesi, mevzuat değerlendirmesi ve bilgilendirici notlar da gönderilebilir. Bu nitelikteki yazılar, Yayın Kurulunca kabul edilebilir veya geri çevrilebilir.
- 10- Makalenin sonunda, makalede kullanılan kaynakların yaza soyadına göre alfabetik sıraya dizildiği kaynakçaya yer verilmelidir.
- 11- Yararlanılan kaynaklara ilişkin metin içindeki atıflar, her bir sayfa sonunda dipnot olarak gösterilmelidir. Dipnotlarda, yazarın soyadı, adı gösterilmeli; eser adı, yayın yeri, tarihi ve sayfa numarası yazılmalı; aynı esere yapılan sonraki atıflarda, yazarın soyadı, gerekliyse kitabın kısaltılmış adı ve sayfa numarası belirtilmelidir.

Örnek:

(1) Kitap

TURHAN, Faruk, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 55.

(2) Dergi

TURHAN, Faruk, "Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi", Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XI, Sayı: 1-2 (Haziran 2007), s. 55-85.

(3) İnternet ulaşımına sahip çalışmalar

BOZBEL, Savaş, "5651 Sayılı Kanuna Göstinen Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım" (internet linki, 23.02.2011)

(4) Yargıtay kararları

Y, 19. HD, 01.10.2009, E. 4528, K. 4880 (Kaynak dergi, içtihat bilgi bankası veya internet ulaşım adresi).

(5) Çeviriler



ESER, Albin, "Uluslar arası Ceza Mahkemesinin Kurulması: Roma Statüsü, Statünün Ortaya Çıkması ve Temel Özellikleri", Çeviren: Faruk Turhan, in: Uluslar arası Ceza Divanı, İstanbul 2007, s. 281-297.

Yabancı yayınlara yapılan atıflarda da aynı usûl izlenmeli ve kullanılan kısaltmalar, kısaltmalar cetvelinde gösterilmelidir.

## EDİTÖRDEN

Saygıdeğer okuyucularımız,

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinin 2019 yılının son sayısı ile yeniden huzurlarınızdayız. Bilim dünyasından, dergimize daha çok yayın gelmekte ve ilgi gün geçtikçe artmaktadır. Bu sayede, 2017 yılından itibaren ULAKBİM TR Dizin Hukuk Veri Tabanı, SOBIAD Sosyal Bilimler Atıf Dizini, Asos İndeks ve HEINONLINE indeksleri tarafından taranan ve büyük bir titizlikle hazırladığımız dergimizin ismini, bilim dünyasına daha çok tanıtır olmanın haklı gururunu yaşıyoruz.

Bu sayımızda ilk olarak, Dr. Öğr. Üyesi Adnan Küçük tarafından kaleme alınan “Güney Kore’de Kendine Özgü Demokratik Başkanlık Sistemi” adlı makaleye yer vermiş bulunmaktayız. Hemen ardından Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman Kavasoglu ve Arş. Gör. Ömer Çon’un, özgün mahkeme kararı çerçevesinde hazırlamış olduğu “Yapı Alacaklısının Talebine Bağlılanan Yetki Kuralı Hakkında Bir Federal Mahkeme Kararı” isimli çalışma yer almaktadır. Daha sonra, Dr. Öğr. Üyesi Murat Tümay’ın hazırlamış olduğu “Demokratik Toplumda İfade Özgürlüğü Kavramı, İçeriği ve Sınırlarının Belirlenmesi Sorunu” adlı çalışma, ardından da “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinde Şirket Değerlemesi İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi’nin 5a\_387/2010, 5a\_405/2010 No.’Lu Kararının Çevirisi ve Genel Bir Değerlendirme” isimli eser, Dr. Öğr. Üyesi Nagehan Kırkbeşoğlu ve Av. Fatih Karamercan tarafından hazırlanmıştır. Sonrasında, Öğr. Gör. Hatice Mesci ve Öğr. Gör. Selcen Deniz Uzunbacak tarafından hazırlanan “Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Kariyer Gelişiminde Dikey Geçiş Sınavı (DGS) İle İlgili Sorunları” isimli eser yer almaktadır. Hemen ardından Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akçaal’ın kaleme

aldığı “Elbirliği Mülkiyetinde Yönetim” isimli eser, Dr. Öğr. Üyesi Murat Tümay ve Arş. Gör. İsmail Mutlu'nun İngilizce olarak kaleme aldığı “Agamben’de İnsan Hakları Eleştirisi”, Dr. Remzi Demir’in güncelliğini hiçbir zaman yitirmeyecek olan “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocuğun Kişiliğinin Korunması” isimli eseri, Arş. Gör. Merve Ayşegül Kulular İbrahim’e ait olan, “Rıza, Üstün Nitelikte Özel ve Kamusal Yarar Bağlamında Hukuka Uygunluk Nedenleri” ve son makalemiz Dr.Öğretim Üyesi Murat Aksan tarafından kaleme alınan “Başkası Yerine Ceza İnfaz Kurumuna veya Tutukevine Girme Suçu” isimli çalışma olmak üzere toplam on adet makale yer almaktadır.

Makalelerden sonra, “İslâhât-ı Adliyye/ Dava Vekili: Kont Ostrogog” isimli eser Osmanlıca Türkçesinden günümüz Türkçesine, Cengizhan Kırnık tarafından çevrilmiş ve Zhamaladen İbragimov’un “Kazakistan Hukuku ve Devlet Tarihi” isimli kitabının tanıtımı, Seitova Aigerim tarafından istifadelerinize sunulmuştur.

Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Dergisinin 10. cildine katkıda bulunan öğretim üyelerine, öğretim görevlilerine, hukukçulara ve araştırmacılara teşekkürlerimi ve saygılarımı sunuyorum. Bir sonraki sayıda görüşmek dileğiyle...

**Prof. Dr. Haluk Songur**

**Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Editörü**

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 9 • Sayı: 2 • Yıl: 2019

İÇİNDEKİLER

**HAKEMLİ MAKALELER**

GÜNEY KORE'DE KENDİNE ÖZGÜ DEMOKRATİK BAŞKANLIK SİSTEMİ

*Dr.Öğretim Üyesi Adnan KÜÇÜK*..... 1-82

YAPI ALACAKLISININ TALEBİNE BAĞLANAN YETKİ KURALI HAKKINDA BİR FEDERAL MAHKEME KARARI

*Dr.Öğretim Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU/ Ar.Gör.Ömer ÇON*.....83-116

DEMOKRATİK TOPLUMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI, İÇERİĞİ VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ SORUNU

*Dr.Öğretim Üyesi Murat TUMAY*.....117-130

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE ŞİRKET DEĞERLEMESİ İLE İLGİLİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 5A\_387/2010, 5A\_405/2010 NO'LU KARARININ ÇEVİRİSİ VE GENEL İR DEĞERLENDİRME

*Dr.Öğretim Üyesi Nagehan KIRKBEŞOĞLU/Av.Fatih KARAMERCAN*.....131-166

ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU ÖĞRENCİLERİNİN KARIYER GELİŞİMİNDE DİKEY GEÇİŞ SINAVI (DGS) İLE İLGİLİ SORUNLARI

*Öğr.Gör.Hatice MESCİ/Öğr.Gör.Selcen DENİZ UZUNBACAK*.....167-209

ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE YÖNETİM

*Dr.Öğretim Üyesi Mehmet AKÇAAL*.....211-249.

AGAMBEN'DE İNSAN HAKLARI ELEŞTİRİSİ

*Dr.Öğretim Üyesi Murat TUMAY/ İsmail MUTLU*.....251-269

TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE ÇOCUĞUN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI

*Dr.Remzi DEMİR*.....271-303

RIZA, ÜSTÜN NİTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ

*Ar.Gör. Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM*.....305-333

BAŞKASI YERİNE CEZA İNFAZ KURUMUNA VEYA TUTUKEVİNE GİRME SUÇU (TCK m. 291)

*Dr.Öğretim Üyesi Murat AKSAN*.....335-404

### ÇEVİRİ

MEHMED ARİF, İSLÂHÂT-I ADLİYYE / DAVA VEKİLİ: KONT OSTROGOG

*Cengizhan KIRNIK*.....405-427

### KİTAP ÖZETİ

ZHAMALADEN İBRAGİMOV, KAZAKİSTAN HUKUKU VE DEVLET TARİHİ

*Seitova AİGERİM*.....429-438

SULEYMAN DEMIREL UNIVERSITY FACULTY OF LAW REVIEW

Volume: 9 • Number: 2 • Year: 2019

CONTENTS

PEER-REVIEWED ARTICLES

SOUTH KOREA'S SPECIFIC DEMOCRATIC PRESIDENTIAL SYSTEM

*Asst.Prof.Dr. Adnan KÜÇÜK*.....1-82

THE DECISION OF THE FEDERAL COURTH ABOUT THE RULES OF THE MANDATORY JURISDICTION FOR THE CLAIM OF THE BUILDING CONTRACTORS

*Asst.Prof.Dr. Abdurrahman KAVASOĞLU/Res.Asst.Ömer ÇON*.....83-116

THE PROBLEM OF DETERMINING CONTEXT, CONTENT AND LIMITATIONS OF FREEDOM OF EXPRESSION ON DEMOCRATIC SOCIETY

*Dr.Öğretim Üyesi Murat TUMAY*.....117-130

TRANSLATION OF THE SWISS FEDERAL COURT DECISION OF NO. 5A\_387/2010, 5A\_405/2010 AND GENERAL OVERVIEW ABOUT VALUATION OF THE COMPANY IN THE REGIME OF LIQUIDATION OF THE PARTICIPATION OF AQUIRED GOODS

*Asst.Prof.Dr. Nagehan KIRKBEŞOĞLU/Av.Fatih KARAMERCAN*.....131-166

PROBLEMS OF VOCATIONAL SCHOOL OF JUSTICE STUDENTS WITH VERTICAL TRANSFER EXAM (DGS) IN CAREER DEVELOPMENT

*Öğr.Gör.Hatice MESÇİ/Öğr.Gör.Selcen DENİZ UZUNBACAĞ*.....167-209

ADMINISTRATION OF JOINT OWNERSHIP

*Asst.Prof.Dr. Mehmet AKÇAAL*.....211-249

AGAMBEN'S CRITIQUE OF HUMAN RIGHTS

*Asst. Prof. Dr. Murat TUMAY/İsmail MUTLU*.....251-269

THE PROTECTION OF THE PERSONALITY OF THE CHILD UNDER TURKISH CIVIL CODE

*Dr. Remzi DEMİR*.....271-303

JUSTIFICATION REGARDING TO CONSENT, SUPERIOR PRIVATE OR PUBLIC INTEREST

*Ress.Asst. Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM*.....305-333

CRIME OF ENTRY INTO A PRISON OR PENITENTIARY IN PLACE OF ANOTHER PERSON  
(TPC Article 291)

*Asst.Prof.Dr.Murat AKSAN*.....335-404

**TRANSLATION**

MEHMED ARİF, JUDICIAL REFORM/ATTORNEY: COUNT OSTROGOG

*Cengizhan KIRNIK*.....405-427

**BOOK REVIEW**

ZHAMALADEN İBRAGİMOV, THE HISTORY OF STATE AND LAW OF KAZAKHSTAN

*Seitova AİGERİM*.....229-238





## HAKEMLİ MAKALE

### GÜNEY KORE'DE KENDİNE ÖZGÜ DEMOKRATİK BAŞKANLIK SİSTEMİ\*

Dr.Öğretim Üyesi Adnan KÜÇÜK\*\*

#### ÖZET

Güney Kore'nin ilk kurucu Anayasası 1948 tarihli Anayasa'dır. Bu Anayasa ile ilk demokratik başkanlık sistemi kurulmuştur. Fakat Haziran 1950'de Kore Savaşı'nın patlak vermesinden sonraki dönemde, Başkan Rhee, 1960 yılına kadarki görev süresi esnasında otoriter uygulamalar gerçekleştirmiştir. 1960, 1962, 1972 ve 1980 Cumhuriyet Anayasa'ları yapılmasına rağmen, demokratik başkanlık sistemi yerleştirememiş, bu dönemlerde hep otoriter uygulamalar gerçekleşmiştir. 1987 yılında, toplumsal baskıların da bir neticesi olarak Altıncı Cumhuriyet Anayasası'nın kabul edilmesi ile birlikte demokratik başkanlık sistemine geçilmiştir. 1987 Anayasası'nda, önceki Anayasa'lara kıyasla Başkan'ın yetkilerinde önemli kısıntılara gidilmiştir. Fakat uygulamada karşılaşılan güçlü başkanlık uygulamaları ve Başkan'ların çoğunun yolsuzluklara bulaşmış olmaları, bu Anayasa'ya yönelik de revizyon talepleri güncelliğini korumuştur. Anayasa değişikliğinin muhtevası konusunda geniş toplumsal ve siyasî çevrelerde yeterli mutabakat sağlanamadığı için, 42 yıl geçtiği halde, 1987 Anayasası'nda gerekli değişiklikler yapılamamıştır. Diğer yandan, bu Anayasa döneminde yapılan hukukî düzenleme ve fiilî uygulamalarla, demokratik başkanlığın konsolide olmasına yönelik önemli ilerlemeler kaydedilmiştir.

**Anahtar Kelimeler:** *Başkanlık sistemi, yarı-başkanlık sistemi, bölünmüş hükümet, otoriter rejim, saf başkanlık sistemi, kohabitasyon.*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 09.08.2019

Kabul Edildiği Tarih: 23.10.2019

\*\* Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [adnankucuk@kku.edu.tr](mailto:adnankucuk@kku.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0003-3755-3189

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**SOUTH KOREA'S SPECIFIC DEMOCRATIC PRESIDENTIAL SYSTEM**

**ABSTRACT**

South Korea's first founding Constitution was the 1948 Constitution. With this Constitution, the first democratic presidential system was established. But in the period after the outbreak of the Korean War in June 1950, President Rhee carried out authoritarian practices during his tenure until 1960. Although the Republican Constitutions were made in 1960, 1962, 1972 and 1980, the democratic presidential system could not be established and authoritarian practices were realized in these periods. In 1987, with the adoption of the Constitution of the Sixth Republic as a result of social pressures, a democratic presidential system was introduced. In the 1987 Constitution, the President's authority was significantly reduced compared to previous constitutions. However, the strong presidential practices encountered in practice and the fact that most of the Presidents have been involved in corruption, these vision demands for this Constitution have been kept up to date. Since the content of the constitutional amendment could not be reached in sufficient social and political circles, the necessary amendments could not be made in the 1987 Constitution, even after 42 years. On the other hand, significant progress has been made towards consolidating the democratic presidency through legal arrangements and de facto implementations made during this constitutional period.

**Keywords:** *Presidential system, semi-presidential system, divided government, authoritarian regime, pure presidential system, cohabitation.*

## GİRİŞ

Türkiye'de başkanlık sistemine yönelik görüşler beyan edilirken, genellikle ABD'deki sistem ölçüt alınmakta, bu yapılırken, diğer ülkelerdeki başkanlık sistemlerine ya hiç referans yapılmamakta ya da istisnaen ABD harici ülkeler gündeme geldiğinde Latin Amerika ülkeleri hatırlanmaktadır. Latin Amerika ülkeleri ile alakalı algılar ise genellikle olumsuz yöndedir. Çoğu yazar, bu Ülkelerdeki başkanlık sisteminden “başkanlı sistem”, “delegasyoncu rejim<sup>2</sup>”, “hybrid (melez) rejim<sup>3</sup>” olarak söz etmekte ve ABD haricinde, başkanlık sisteminin saf haliyle uygulandığı ülkenin olmadığından bahsetmektedirler. Oysa bu yöndeki değerlendirmelerin, son yıllarda isabetli olmadığı, yapılan bazı araştırmalara göre, bazı Latin Amerika ülkelerinin demokratikleşme standardı konusunda ABD ile yarışır düzeyde oldukları görülmektedir<sup>4</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar, herhangi bir ülkeyi ölçüt almaksızın, “saf başkanlık sistemi (pure presidential system)”nin<sup>5</sup> gereklerine dair belirlemeler yapmaktadırlar. Bu belirlemeler, başkanlık sistemi uygulamaları açısından ölçüt teşkil etmektedir.

<sup>1</sup> Erdoğan TEZİÇ, “Başkanlık Rejimini Anlamak”, *Yeni Türkiye*, Y. 9, S. 51, Mart-Nisan 2013, s. 367.

<sup>2</sup> Ergun ÖZBUDUN, *Türk Anayasa Hukuku*, 17. B., Yetkin y., Ankara, 2017, s. 327-329.

<sup>3</sup> Abdurrahman EREN, “İtirazım Var Başkanlık Sistemine”, *Yeni Türkiye*, Y. 9, S. 51, Mart-Nisan 2013, s. 699.

<sup>4</sup> The Economist Intelligence Unit tarafından 2017 yılı için hazırlanan demokratikleşme İndeksine göre, 21 Latin Amerika Ülkesinden 13'ünün (Kosta Rika, Şili, Panama, Arjantin, Brezilya, Surinam, Kolombiya, Dominik Cumhuriyeti, Peru, El Salvador, Meksika, Paraguay, Ekvator), ABD (7.85) ve diğer bazı Batı Avrupa ülkeleri (İtalya: 7.98; Portekiz: 7.84; Fransa: 7.80; Belçika: 7.78; Kıbrıs: 7.59; Yunanistan: 7.29) ile kusurlu demokrasi grubunda yer almaları, demokratikleşme bağlamında önemli bir gelişmedir. Bu indekse göre, 8.12 puanla tam demokrasi olarak nitelenen Uruguay ve 7.88 puanla Kosta Rika (kusurlu demokrasi), ABD'den yukarı sıralarda yer alırken, Şili 7.84, Panama 7.08 puanla ABD'ye yakın sıralarda yer almaktadır. “Democracy Around the Regions in 2017”, *The Economist Intelligence United Limited*, s. 20, 22, 24, [https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy\\_Index\\_2017.pdf](https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy_Index_2017.pdf), (ET: 11.11.2018); Adnan KÜÇÜK, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres y., Ankara, 2019, s. 487-490.

<sup>5</sup> Giovanni SARTORİ, *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev: Ergun ÖZBUDUN), Yetkin y., Ankara, 1997, s. 115; Matthew Soberg SHUGART, “Of Presidents And Parliaments”, *East European Constitutional Review*, Vol. 2, No. 1, Winter 1993, s. 30; André KROUWEL, “Measuring Presidentialism of Central and East European Countries”, Working Papers Political Science No. 02/2003, Amsterdam, August 2003, s. 3-8, <https://pdfs.semanticscholar.org/e283/238dda0aeddcbccf53c6a1f6df2ff4d4298b.pdf>, (ET: 31.07.2019);

Anayasa hukuku ve siyaset bilimi literatüründe genellikle parlamenter sistemlerden kuvvetlerin “yumuşak” ayrılığı ya da “*kuvvetlerin işbirliği*” şeklinde söz edilirken, başkanlık sisteminden “sert kuvvetler ayrılığı” nitelemesi ile bütünleşik olarak bahsedilir<sup>6</sup>. Başkanlık sistemi, anayasal planda sahici manada *kuvvetler ayrılığı* ve *kuvvetlerin birbirlerine karşı bağımsızlığı* ilkelerine dayanır<sup>7</sup>. Saf başkanlık sisteminin özü, karşılıklı bağımsızlıktır<sup>8</sup>. Başkanlık sisteminde, kuvvetler ayrılığı ilkesi bağlamında, yasama, yürütme ve yargı kuvvetleri, hem *işlevsel*, hem de *organik* açıdan birbirlerinden ayrılmışlardır<sup>9</sup>. Kuvvetlerin “*işlevsel ayrılığı*”na göre, bir hukukî işlev olarak yasama ile yürütme birbirinden tamamen bağımsızdır<sup>10</sup>. *Kuvvetlerin organik ayrılığına göre ise*, yasama, yürütme ve yargı işlevleri, ayrı ayrı organlar tarafından yerine getirilirler. Bu organların, birbirinden ayrı ve bağımsız olmaları gerekir<sup>11</sup>.

Kuvvetlerin organik ayrılığının iki yönü mevcuttur: *Birincisi “kuvvetlerin kaynağında (menşesinde) ayrılığı”, ikincisi “kuvvetlerin devam ve bekasında ayrılığı”dır*<sup>12</sup>. Kuvvetlerin devam ve bekasında ayrılığı ilkesi kapsamında, yasama organı, başkanı azledemez, başkan da yasama meclisini feshedemez. Kuvvetlerin kaynağında ayrılığı ilkesine göre başkan, yasamanın içinden çıkmaz, mevcudiyetini yasamanın iradesine

---

José Antonio CHEIBUB, “Minority Presidents, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies”, s. 2-35, <https://pdfs.semanticscholar.org/3e60/78d9159c50050d79babebf798df041aa59ca.pdf>, (ET: 01.08.2019); Alfred STEPAN & Cindy SKACH, “Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation”, *Parliamentarism Versus Presidentialism in World Politics*, Vol. 46, No. 1, October, 1993, s. 3-4, [http://www.brooklyn.cuny.edu/web/aca\\_socialsciences\\_polisci/150422\\_IA\\_Comps\\_StepanSkachParliamentary-V-Presidential.pdf](http://www.brooklyn.cuny.edu/web/aca_socialsciences_polisci/150422_IA_Comps_StepanSkachParliamentary-V-Presidential.pdf), (ET: 31.07.2019); Nur ULUŞAHİN, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin y., Ankara, 1999., s. 29-30; KÜÇÜK, *age.*, s. 26-30.

<sup>6</sup> Erdoğan TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2004, s. 483; Kemal GÖZLER, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin y., Bursa, 2010, s. 242.

<sup>7</sup> Mehmet TURHAN, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., Diyarbakır, 1989, s. 32.

<sup>8</sup> CHEIBUB, *Minority Presidents, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies*.

<sup>9</sup> Gülgün ERDOĞAN TOSUN & Tanju TOSUN, *Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri*, Alfa y., İstanbul, 1999, s. 57.

<sup>10</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 25.

<sup>11</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Hukuk y., Ankara, 2017, s. 209.

<sup>12</sup> ULUŞAHİN, *age.* s. 32.

borçlu değildir<sup>13</sup>. Cheibub'a göre, halk tarafından seçilen başkanların ve yasama organlarının sabit görev süreleri vardır<sup>14</sup>.

Doktrinde bazı yazarlar başkanlık sisteminin aslı ve talî gerekleri şeklinde bir ayırım yapmaktadırlar<sup>15</sup>. Saf başkanlık sisteminin aslı gerekleri şu şekilde sıralanabilir.

(1) Hem başkanın hem de yasamanın, belli bir dönem için (2-6 yıl aralığı) doğrudan ya da doğrudan benzeri bir yöntemle halk tarafından seçilmesi. Halkın başkanı doğrudan seçtiği durumlarda, halk, verdiği oylarla doğrudan başkanı seçmektedir<sup>16</sup>. *Başkan'ın doğrudan benzeri bir usulle halk tarafından seçilmesi*, iki şekilde olur. *Birincisi*, ABD'de olduğu gibi Başkan *iki dereceli seçimle* belirlenir<sup>17</sup>. *İkincisi*, ABD, Arjantin ve Allende öncesi Şili'de olduğu gibi, başkan adaylarından birisinin seçimlerde geçerli oyların mutlak çoğunluğunu alamadığı durumlarda, seçimlerde en çok oyu alan aday Meclis tarafından başkan seçilir<sup>18</sup>.

(2) Yürütmenin yasamanın güvenine dayanmaması. Başkanlık sisteminin temel belirleyici ölçütlerden biri de "belli bir dönem için seçilen yürütmenin, yasamanın güvenine dayanmaması"dır. Yürütmenin, yasamanın güvenine dayanmamasının iki veçhesi vardır. *Birincisi*, yürütmede görev yapan başkan, başkan yardımcısı ve bakanların, göreve başlarken, yasamanın onayına tabi olmamasıdır. *İkincisi*, başkan, başkan yardımcısı ve bakanların, parlamenter sistemlerdeki gensoru mekanizmasına benzer şekilde, siyasi sorumluluk kapsamında görevlerinin sona erdirilmemesidir. Birincisinde, "kuvvetlerin kaynağında", ikincisinde de "kuvvetlerin devam ve bekasında" ayrılığı söz konusudur<sup>19</sup>.

(3) Yürütmenin tek kişiden oluşması. Başkanlık sisteminin aslı özelliklerinden biri de "yürütmenin tek başlı (monist)" olmasıdır. Bu sistemde,

---

<sup>13</sup> *İbid.*, s. 31-32.

<sup>14</sup> CHEIBUB, *Minority Presidents, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies*.

<sup>15</sup> Arend LİJPHART, *Çağdaş Demokrasiler*, (Çev.: ÖZBUDUN, Ergun & ONULDURAN, Ersin), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak y., Ankara, 1989, s. 44-45.

<sup>16</sup> *İbid.*, s. 44-45, 47-48; Atilla ÖZER, *Anayasa Hukuku*, 8. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 185-188; KÜÇÜK, *age.*, s. 31.

<sup>17</sup> ERDOĞAN TOSUN & TOSUN, *age.*, s. 59; SARTORİ, *age.*, s. 115.

<sup>18</sup> ULUŞAHİN, *age.*, s. 35-36.

<sup>19</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 34.

yürütme yetkisi başkana aittir. Bu vesileyle, anayasal olarak “tek kişilik” bir yürütme organının varlığı söz konusudur<sup>20</sup>. Başkan, sahip olduğu yürütme yetkisinin bir kısmını bizzat kendisi doğrudan, bir kısmını da kendisinin yetkilendirdiği bakanlarla birlikte kullanır. Bakanların, başkanın iradesinden bağımsız olarak sahip oldukları yürütme yetkileri mevcut değildir<sup>21</sup>. “Yürütme yetkisinin tek kişiye ait olması”nın bir neticesi olarak saf başkanlık sisteminde başkanın yürütme yetkisini paylaştığı ya da müşterek kullandığı bir kabine başkanı (başbakan) olmadığı için, hukukî ve siyasî bakımdan yürütmenin asıl yetkilisi başkandır<sup>22</sup>. Bazı Latin Amerika ülkelerinde mevcut olan hükümet başkanlığı (başbakanlık) makamı, saf başkanlık sisteminden sapma teşkil edecektir<sup>23</sup>.

Saf başkanlık sisteminin talî gerekleri ise şu şekilde sıralanabilir<sup>24</sup>:

(1) Başkan’ın yasama organını fesih yetkisinin mevcut olmaması. Kuvvetlerin “karşılıklı olarak bağımsızlığı” ve “kuvvetlerin devam ve bekasında ayrılığı” ilkelerinin bir gereği olarak, başkan “fesih” yoluyla yasama meclisini dağıtarak görev süresini kısaltamaz<sup>25</sup>. Fakat başkanlık sisteminin uygulanmakta olduğu bazı Latin Amerika ülkelerinde, başkanlık sisteminin talî bir gereği olan bu ilkedan sapılarak, başkanların fesih yetkisi ile mücehhez kılındığı görülmektedir<sup>26</sup>. Saf başkanlık sisteminin talî gereklerinden birinden sapmayı teşkil eden bu durum, geniş manada başkanlık sistemi-içi sapma olarak değerlendirilmekte ve bu sebeple de bu devlet geniş manada başkanlık sisteminin sınırları içinde kalmaya devam etmektedir<sup>27</sup>.

(2) Aynı kişinin hem yasamada, hem de yürütmede görev alamaması. Başkanlık sisteminin tatbik edildiği ülkelerin büyük ekseriyetinde, “*bağdaşmazlık kuralı*” ve yasama

<sup>20</sup> ULUŞAHİN, *age.*, s. 41; GÖZLER, *age.*, s. 231; TURHAN, *age.*, s. 41.

<sup>21</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 40.

<sup>22</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 511; GÖZLER, *age.*, s. 232.

<sup>23</sup> ULUŞAHİN, *age.*, s. 49; Giovanni SARTORI, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry Into Structures, Incentives and Outcomes*, New York University Press, Washington Sququare: New York, 1994, s. 84, [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-22861-4\\_5](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-22861-4_5), (ET: 02.10.2017).

<sup>24</sup> ÖZER, *age.*, s. 164.

<sup>25</sup> Mustafa ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, 12. B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015, s. 454.

<sup>26</sup> ERDOĞAN TOSUN & TOSUN, *age.*, s. 57.

<sup>27</sup> SARTORI, *age.*, s. 118; ULUŞAHİN, *age.*, s. 39, 182, 188-196.

ve yürütmenin birbirinden ayrılığının mantikî bir neticesi olarak, başkan ve bakanlar da dâhil olmak üzere bir kişi, aynı anda hem yasama, hem de yürütme organında yer alamamaktadır<sup>28</sup>.

(3) Yasama ve yürütmenin birbirlerinin yetki alanına müdahale etmemeleri. Buna göre, başkan ve bakanlar, yasama organı tarafından yürütülen, başta kanunların görüşülerek kabul edilmesi olmak üzere, yasama faaliyetlerine katılamaz, yasama organının toplantılarında konuşma yapamaz, görüş beyan edemez, yasamada yapılan oylamalarda oy kullanamaz, kanun önerisinde bulunamaz, Meclis'in toplanmasını engelleyemez, tatile sokamaz, Meclisi toplantıya çağıramaz, Meclis de yürütme organı tarafından yürütülen faaliyetlere katılamaz, yürütme organının yerine geçerek yürütme işlemi mahiyetinde kararlar alamaz ve bunları tatbik edemez<sup>29</sup>. Her ne kadar bazı Latin Amerika ülkelerinde, burada belirtilenlerle uyumlu olmayan uygulamalar mevcut ise de, bu tür uygulamalar başkanlık sisteminin tali gereklerinden birisinden sapma mahiyetinde olduğu için, bu tür sapmaların, söz konusu hükümet sistemlerini, geniş manada başkanlık sisteminin haricine çıkardığı söylenemez<sup>30</sup>.

Başkanlık sistemi uygulamalarında, ABD de dâhil olmak üzere hiçbir ülkedeki başkanlık sistemi birbirinin aynısı değildir. ABD'deki başkanlık sisteminin de, saf başkanlık sisteminin gerekleri ile birebir uyumlu olmadığı görülür. Dolayısıyla, her bir ülkedeki başkanlık sistemi, saf başkanlık sistemi ölçütünde, kendine özgü özelliklere sahiptir<sup>31</sup>.

Amerika Kitası haricinde yer alan ve başkanlık sistemini uygulayan ülkelerden biri de Güney Kore'dir. 1948 yılından beri sürekli revize edilen Güney Kore'deki başkanlık modeli, diğer ülkelerden değişen ölçülerde farklılık arz etmektedir. Bu farklılıkların bir kısmı parlamenter sistemlere mahsus bazı kurumların kabul edilmesi, bazıları da başkanlık sisteminin uygulamalarındaki farklılıklar yönündendir. Güney Kore de, geçmiş yıllarda (1948-1988 yılları arası)

<sup>28</sup> ERDOĞAN, *Anayasal Demokrasi*, s. 454.

<sup>29</sup> TEZİÇ, *Anayasa Hukuku*, s. 512; ULUŞAHİN, *age.*, s. 51.

<sup>30</sup> KÜÇÜK, *age.*, s. 44, s. 44-45.

<sup>31</sup> Dünya genelinde başkanlık sistemi uygulamalarındaki kendine özgü özellikler için bkz. *İbid.*, s. 287-309.

muhtelif kereler yaşanan askerî darbeler sebebiyle Latin Amerika ülkeleri ile Türkiye'ye benzerlik arz etmektedir<sup>32</sup>. Bu ülkede yaşanan askerî darbeler sonrasında 1987'den itibaren demokratik başkanlık modeli yerleşiklik kazanmıştır. Bu makalede, bu ülkedeki hükümet sisteminin kurumsal yapısı, tarihî gelişim içerisinde yaşanan değişim ve dönüşümlerle bütünlük içerisinde incelenecektir.

## I. Güney Kore'de Başkanlık Sistemi

### A. Güney Kore'deki Başkanlık Sisteminin Tarihi Gelişimi

Güney Kore'de başkanlık sisteminin uygulanmaya başlama tarihi 1948 yılına kadar uzanmaktadır. Fakat 1948 yılından itibaren günümüze kadarki uygulamalarda bir yeknesaklık yoktur; sürekli değişiklikler olmuştur. Bu değişikliklerin birçoğu, ya askerî yönetimlere ya da sivil Başkan'ların değişen ölçülerde otoriter uygulamalarına sahne olduğu için, başkanlık rejimi, 1948 yılından bu yana sürekli tartışmaların odağında yer almıştır.

Güney Kore'de ilk Anayasa 1948 yılında yapılmıştır. Hükümet sisteminin şekillenmesini de etkileyen bu Anayasayı, 1960, 1962, 1972, 1980 ve 1987 Cumhuriyet Anayasaları izlemiştir. Şu anda yürürlükteki Anayasa, 1987'nin Ekim ayında yapılan referandumla kabul edilip 1988 yılında yürürlüğe giren Anayasadır<sup>33</sup>.

#### 1. 1948 Tarihli Cumhuriyetin İlk Kurucu Anayasası

İlk kurucu Anayasa 1948 Anayasası'dır. Anayasa, 10.05.1948'de yapılan seçimlerle oluşturulan "Kore Kurucu Meclisi"nde<sup>34</sup> oybirliği ile kabul edildi. 15.07.1948 günü yapılan halkoyuna sunularak yeterli çoğunlukla kabul edilen

<sup>32</sup> Seonhwa KIM, "Reforming South Korea's 'Imperial Presidency'", *Institute For Security & Development Policy*, Policy Brief, No. 205, (October 10, 2017), s. 1, <http://isdpeu/content/uploads/2017/10/2017-kim-reforming-south-koreas-imperial-presidency.pdf>, (ET: 12.06.2019).

<sup>33</sup> Meral UĞUR, "Güney Kore: Tarih ve Sistem", <http://www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/ocak05/tr/aykon3.htm>, (ET: 03.04.2018).

<sup>34</sup> KIM, *Reforming South Korea's "Imperial Presidency"*, s. 1.



Anayasa, 17.08.1948 günü yürürlüğe girdi<sup>35</sup>. Bu Anayasayla, Güney Kore'de ilk kez demokratik yönetim sistemi benimsendi<sup>36</sup>.

1948 Anayasası'nın ilk metninde, Başkan'ın Millet Meclisi tarafından seçildiği bir hükümet sistemi kuruldu<sup>37</sup>. Bu Anayasa'da, her ne kadar başkanın Millet Meclisi tarafından seçilmesi saf başkanlık sisteminin aslı gerekleri ile çelişse de, doktrinde, yürütme yetkisinin başkanda toplanmış olması ve diğer hükümet sistemlerinden daha başka farklılıklar sebebiyle, başkanlık sisteminin benimsendiği belirtilmiştir<sup>38</sup>. Bu dönemde seçilen ilk Başkan Syngman Rhee, hem Devlet Başkanı, hem de hükümet başkanı olarak görev yaptı. Başkan'ın yanında bir de başkan yardımcısı vardı<sup>39</sup>. 07.07.1952 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile başkan ve

---

<sup>35</sup> "The Constitution of the Republic of Korea", [https://www.much.go.kr/en/contents.do?fid=03&cid=03\\_14](https://www.much.go.kr/en/contents.do?fid=03&cid=03_14), (ET: 16.06.2019); Chaihark HAHM & Sung Ho KIM, "To Make 'We the People': Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 4, October 2010, s. 802-803, <https://academic.oup.com/icon/article/8/4/800/667104> (ET: 22.06.2019).

<sup>36</sup> HAHM & KIM, agm., s. 830.

<sup>37</sup> Adam ABEBE & Erika ARBAN & Tom Gerald DALY, "Symposium: Editors' Introduction: South Korea at a Crossroads Reflecting on Constitutional Change", *IACL-AIDC BLOG*, (June 14, 2018), <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/13/editors-introduction-south-korea-at-a-crossroads-reflecting-on-constitutional-change-77wn8>, (ET: 16.06.2019); "Constitutional History of Republic of Korea", *IDEA Constitutionnet*, <http://constitutionnet.org/country/republic-korea>, (ET: 22.06.2019).

<sup>38</sup> Sung Deuk HAHM & Uk HEO, "South Korea: Park Geun-hye's Leadership and South Korean Democracy", *Journal of Asian and African Studies*, August 2017, s. 9, [https://www.researchgate.net/publication/319048942\\_The\\_First\\_Female\\_President\\_in\\_South\\_Korea\\_Park\\_Geun-hye's\\_Leadership\\_and\\_South\\_Korean\\_Democracy](https://www.researchgate.net/publication/319048942_The_First_Female_President_in_South_Korea_Park_Geun-hye's_Leadership_and_South_Korean_Democracy), (ET: 15.06.2019); Jung Hwa LEE, "A Study on the Party System in South Korea after Democratization", *The University of Michigan* 2016, s. 4-5, [https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/120745/junghwal\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/120745/junghwal_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (ET: 13.06.2019); Chaihark HAHM, "The Allure of Semi-Presidentialism in Korea", *From Big Bang To Incrementalism: Choices and Challenges in Constitution Building*, (Jointly organised by International IDEA and the Constitution Transformation Network Hosted by Department of Political Science, University of the Philippines Diliman) Manila, the Philippines, 3-4 October, 2017, s. 2, [https://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0010/2536534/Korea-Hahm.pdf](https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0010/2536534/Korea-Hahm.pdf), (ET: 13.06.2019).

<sup>39</sup> Aurel CROISSANT, "Electoral Politics in South Korea", *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, (Edt: Aurel CROISSANT & Gabi BRUNS & Marei JOHN) Library of the Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, s. 235, <https://library.fes.de/pdf-files/iez/01361008.pdf>, (ET: 12.06.2019).

başkan yardımcısının doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü benimsendi<sup>40</sup>. Bu değişiklikle hükümet sistemi başkanlık sisteminin gerekleri ile daha uyumlu hale geldi.

1948 Anayasası'nın ilk metnine göre, tek meclisli bir yasama söz konusu idi. 07.07.1952 tarihli Anayasa değişikliği ile yasama organı iki meclisli hale getirildi<sup>41</sup>. 1948 Anayasası'nın ilk metninde, Başkan'ın görev süresi dört yıldır ve bir kişinin en fazla iki dönem Başkan seçilmesi öngörülmüştü. 1952 Anayasa Değişikliği ile bir kişinin en fazla iki dönem Başkan seçilmesini öngören anayasal hüküm kaldırıldı<sup>42</sup>. 29.11.1954'de yapılan Anayasa değişikliği<sup>43</sup> ile bir kişinin en fazla iki kez Başkan seçilebilmesini öngören anayasal sınırlama yeniden getirildi ve ilk başkanın bu hükme tabi olmadığı belirtilerek<sup>44</sup>, ikinci kez seçilen ilk başkanın (Rhee) daha sonraki yıllarda tekrardan başkan seçilebilmesinin önü açılmış oldu<sup>45</sup>. Bu sınırlamanın kalkması üzerine, Rhee, 1956'da üçüncü, 1960'ta dördüncü kez Başkan seçildi<sup>46</sup>. Rhee, iktidarını sürdürebilmek için, bütün başkanlık ve Millet Meclisi

---

<sup>40</sup> David MOON, "Hybrid Constitutionalism to Mainstream Human Rights in a Unified Korea", Queen's University Kingston, Ontario, Canada, September, 2013, s. 55, [https://qspace.library.queensu.ca/bitstream/handle/1974/8388/Moon\\_David\\_201309\\_LLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://qspace.library.queensu.ca/bitstream/handle/1974/8388/Moon_David_201309_LLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (ET: 25.06.2019); ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; Constitutional History of Republic of Korea; Park Won-SON, "Democratization in Korea and Its Influence on the Constitution", *The Research School of Pacific and Asia Studies (RSPAS)*, Australian National University, s. 2, <https://core.ac.uk/download/pdf/156615919.pdf>, (ET: 22.06.2019).

<sup>41</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; SON, agm., s. 2; MOON, agm, s. 55; Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>42</sup> HAHM & HEO, agm., s. 9; The Constitution of the Republic of Korea.

<sup>43</sup> SON, agm., s. 2; Eunji YANG, "The Story of Korean Democracy", *Echoes: Democracy*, Y. 2012, s. 15, <http://mikebrandon.me/Echoes/Korea/Echoes%20book%202%20Democracy.pdf>, (ET: 25.06.2019); Constitutional History of Republic of Korea; MOON, agm., s. 73.

<sup>44</sup> CROISSANT, agm., s. 237; The Constitution of the Republic of Korea; SON, agm., s. 2.

<sup>45</sup> HAHM & KIM, agm, s. 823-824; YANG, agm., s. 14-5; The Constitution of the Republic of Korea; SON, agm., s. 2; MOON, agm, s. 55-56, 73; Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>46</sup> "History", *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/place/South-Korea/Economic-and-social-developments>, (ET: 16.06.2019).

seçimlerinde, bazı kereler kitlesel protestolara da yol açan seçim hilelerini yapmaktan kaçınmadı<sup>47</sup>.

Haziran 1950'de Kore Savaşı'nın patlak vermesinden sonraki dönemde, Rhee, 1960 yılına kadarki görev süresi esnasında, seçim hileleri ve tutarsız anayasa değişiklikleriyle birlikte muhalefete yönelik aşırı baskıcı uygulamalar yaptı<sup>48</sup>.

## 2. 1960 İkinci Cumhuriyet Anayasası Dönemi

1960 yılında meydana gelen yaygın seçim hilelerine tepki gösteren talebelerle, geniş halk kesimlerinin yoğun ve yaygın protesto gösterileri neticesinde, Başkan Rhee, seçim hileleri yardımıyla kazandığı başkanlık seçimlerinden 6 gün sonra başkanlık görevinden uzaklaşarak Havai'ye kaçmak zorunda kaldı<sup>49</sup>.

İkinci Cumhuriyet Anayasası, 15.06.1960'ta kabul edildi<sup>50</sup>. 1960 Anayasası'nda, parlamenter hükümet sistemi benimsendi<sup>51</sup>. Bu Anayasa'da, parlamenter sistemle uyumlu olarak, Cumhurbaşkanı ve başbakan'ın başkanlığında bakanlar kurulundan teşekkül eden iki başlı yürütme söz konusu idi. 1960 Anayasası ile, 1948 Anayasasının ilk metninde Başkan'da temerküz eden yetki ve güçler, başbakanlığa kaydırıldı<sup>52</sup> ve Cumhurbaşkanı'nın yetkileri sembolik hale getirildi<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> HAHM & HEO, agm, s. 9; CROISSANT, agm, s. 235.

<sup>48</sup> CROISSANT, agm., s. 235; Young-Tae JUNG, "Democracy And Election After Democratization in South Korea", *Identity, Culture and Politics*, Vol. 10, No. 2, 2009, s. 33, file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/Jung\_Young-Tae.pdf, (ET: 13.06.2019); Sun Kwang-BAE, "South Korean Politics in Transition: Democratization, Elections, and the Voters", *Regime Change and Regime Maintenance in Asia and the Pacific*, (Department of Political and Social Change, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University), 1997, s. 2, [http://pacificinstitute.anu.edu.au/sites/default/files/resources-links/PSC\\_Regime\\_WP\\_20.pdf](http://pacificinstitute.anu.edu.au/sites/default/files/resources-links/PSC_Regime_WP_20.pdf), (ET: 15.06.2019).

<sup>49</sup> JUNG, agm., s. 33; HAHM & HEO, agm, s. 9; YANG, agm., s. 17-18; CROISSANT, agm., s. 235; History, *Encyclopedia Britannica*.

<sup>50</sup> CROISSANT, agm., s. 235; The Constitution of the Republic of Korea.

<sup>51</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 2; LEE, A Study on the Party System in South Korea after Democratization, s. 4-5; The Constitution of the Republic of Korea; KIM, Reforming South Korea's "Imperial Presidency", s. 1; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

<sup>52</sup> History, *Encyclopedia Britannica*.

<sup>53</sup> CROISSANT, agm., s. 235.

1960 Anayasası ile seçim komisyonu, anayasa komisyonu, kabine, iki meclisli yasama, Yüksek Adalet Mahkemesi, il valilerinin seçimlerle belirlenmesi ve insan haklarının korunmasına yönelik açık hükümlere yer verilmesi gibi sistemik totaliterliği engellemek maksadına yönelik çeşitli kurumların oluşturulduğu belirtilmiştir<sup>54</sup>.

### 3. 1962 Üçüncü Cumhuriyet Anayasası Dönemi

1960 Anayasası'nın uygulandığı dönemde, başbakan Chang Myon hükümeti (1960-1961) zamanında, hem devlet idaresinde yaygın şekilde yolsuzluklar sebebiyle yozlaşmalar meydana geldi, hem hükümet halkın siyasî ve iktisadî taleplerini karşılamak ve yönetmek noktalarından aciz kaldı<sup>55</sup>, hem de başbakan Myon'un savunma bütçesini kısmak istediğini kamuoyuna deklare etmesi sebebiyle, orduda görev yapan bazı subaylar, demokratik rejimi destekleme konusunda isteksiz davranmaya başladılar<sup>56</sup>. 1960 Anayasa'sı döneminde, büyüyen istikrarsızlıklar ve öğrencilerin Kuzey Kore'yle diyalog kurulması yönünde artan gösterileri ve baskıları üzerine, 16.05.1961'de, Tümgeneral Park Chung-hee liderliğinde Millî Yeniden Yapılanma Yüksek Kurulu (SCNR), bir darbeyle yönetimi devraldı<sup>57</sup>. SCNR, bütün ülkede sıkıyönetim ilan etti, Anayasa'yı askıya aldı ve Anayasa ile aynı güce sahip âcil durum kanununu çıkardı. 26.11.1962'de kabul edilen Üçüncü Cumhuriyet Anayasası 17.12.1962 günü yapılan referandumda kabul edilerek yürürlüğe girdi<sup>58</sup>. 1961 yılında, General Park da dâhil olmak üzere SCNR'de görevli bazı subaylar, askerî görevlerinden istifa ederek siyasî hayatta sivil görünümlü politikacı kimliği ile yer aldılar<sup>59</sup>.

<sup>54</sup> MOON, agm., s. 55-56; CROISSANT, agm., s. 236.

<sup>55</sup> JUNG, agm., s. 33.

<sup>56</sup> CROISSANT, agm., s. 235.

<sup>57</sup> İbid., s. 235; HAHM & HEO, agm., s. 9; HAHM, *The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*, s. 2; KIM, *Reforming South Korea's 'Imperial Presidency*, s. 1; BAE, agm., s. 2; JUNG, agm., s. 33; *History, Encyclopædia Britannica*.

<sup>58</sup> CROISSANT, agm., s. 235; JUNG, agm., s. 33; SON, agm., s. 2.

<sup>59</sup> JUNG, agm., s. 33; CROISSANT, agm., s. 235.

1962 Anayasasında, parlamenter yönetime son verilerek, başkanlık sistemi, tekrardan benimsendi<sup>60</sup>. Anayasa'ya göre, Başkan, 4 yıl görev yapmak üzere doğrudan halk tarafından seçilir<sup>61</sup>. Bir kişi en fazla iki dönem Başkan seçilebilir. Başkan Park'ın üçüncü dönem tekrardan seçilebilmesini sağlayabilmek için, Anayasa, 21.10.1969'da değiştirildi<sup>62</sup>. Anayasa'da tek meclisli parlamento yapılanması kabul edildi<sup>63</sup>.

Bu Anayasa döneminde, sivil politikacı kimliğine bürünen Park, Ekim 1963'te halk tarafından Başkan seçildi<sup>64</sup>. 1963'ten 1972'ye kadar, sivil kimliğe bürünen Başkan Park ve Demokratik Cumhuriyetçi Parti, iktidar görevlerini üst üste üç kez yerine getirdiler<sup>65</sup>.

#### 4. 1972 Dördüncü Cumhuriyet Anayasası Dönemi

Başkan Park, 1971 yılında yapılan başkanlık seçimlerinde, Kim Dae-jung'u büyük seçim hileleri yaparak mağlup etti ve üçüncü kez Başkan seçildi<sup>66</sup>. Başkan'ın genel seçimler yoluyla doğrudan halk tarafından seçilmesini öngören 1962 Anayasası uyarınca yapılacak bir sonraki seçimleri kazanamayacağından korkan Park, sıkıyönetim ilan etti, parlamentoyu feshetti, siyasî partileri ve faaliyetleri yasakladı ve 1962 Anayasası'nı Ekim 1972'de askıya aldı<sup>67</sup>. Dördüncü Cumhuriyet Anayasası olan meşhur Yushin (reform) Anayasası, 21.11.1972 günü yapılan referandumla kabul edilerek yürürlüğe girdi<sup>68</sup>. Bu Anayasa döneminde de başkanlık sistemi muhafaza edildi. Anayasayla, bir kişiye sınırsız bir şekilde başkan seçilebilme imkânı sağlandı<sup>69</sup>.

<sup>60</sup> HAHM, *The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*, s. 2; HAHM & HEO, agm., s. 9; JUNG, agm., s. 33; KIM, *Reforming South Korea's Imperial Presidency*, s. 1; CROISSANT, agm., s. 235-236; SON, agm., s. 2.

<sup>61</sup> JUNG, agm., s. 33-34.

<sup>62</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; SON, agm., s. 2.

<sup>63</sup> *The Constitution of the Republic of Korea*; SON, agm., s. 2.

<sup>64</sup> JUNG, agm., s. 33; CROISSANT, agm., s. 235.

<sup>65</sup> BAE, agm., s. 2.

<sup>66</sup> CROISSANT, agm., s. 236.

<sup>67</sup> SON, agm., s. 3; CROISSANT, agm., s. 236; JUNG, agm., s. 33-34.

<sup>68</sup> JUNG, agm., s. 33-34; CROISSANT, agm., s. 236; MOON, agm., s. 56.

<sup>69</sup> JUNG, agm., s. 33-34; MOON, agm., s. 56; History, *Encyclopedia Britannica*.

Başkanın, doğrudan halk tarafından seçilmesi usulü terk edildi ve bunun yerine, Millî Birleşme Konferansı<sup>79</sup> tarafından doğrudan benzeri bir usulle seçilmesi kuralı benimsendi<sup>71</sup>. Başkanın görev süresi 4 yıldan 6 yıla çıkarıldı<sup>72</sup>. Park, 1972 Anayasası döneminde, Millî Birleşme Konferansı tarafından, herhangi bir muhalefetle karşılaşmaksızın iki kez daha (1973 ve 1978) başkan seçildi<sup>73</sup>.

Bu Anayasayla Başkan'a, Millet Meclisi'ni feshetmek, âcil durum karnameleri yoluyla özel önlemleri yürürlüğe koymak gibi olağanüstü güç ve yetkiler verildi. Meclis'in hükümetle ilgili soruşturma yapma hakkı kısıtlandı<sup>74</sup>. Bu hükümler sebebiyle, netice itibarıyla, Millet Meclisi'nin gücü, özellikle yürütme organı üzerindeki yasama denetiminin etkisizleştirilmesi yoluyla önemli ölçüde zayıflatıldı<sup>75</sup>. Bu Anayasayla, haklara ilişkin kanunlarda öngörülenlere ek kısıtlamalar yapabilmeye yetkisi ile yürütmenin diğer şubelerine ait bazı yetkiler Başkan'a devredilerek, Başkan, neredeyse sınırsız güçlere sahip hale getirildi<sup>76</sup>.

### 5. 1980 Beşinci Cumhuriyet Anayasası Dönemi

Başkan Park'ın Kore Merkezi İstihbarat Dairesi Başkanı Kim Jai-kyu tarafından öldürülmesinden sonra, Choi Kyu-Hah, 06.12.1979 günü Millî Birleşme Konferansı tarafından Başkan seçildi<sup>77</sup>. Tümgeneral Chun Doo-hwan liderliğindeki yeni bir askeri grup, 12.12.1979'da askerî darbe yoluyla yönetimi devraldı<sup>78</sup>. Askerî cunta yönetimi, âcil durum ilan etti, Millet Meclisini feshetti ve bütün siyasî partileri ve faaliyetleri yasakladı, basına yönelik kısıtlamalar getirdi, bazı üniversiteleri

<sup>79</sup> CROISSANT, agm., s. 236.

<sup>71</sup> JUNG, agm., s. 33-34; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; SON, agm., s. 3.

<sup>72</sup> MOON, agm., s. 56; History, *Encyclopedia Britannica*.

<sup>73</sup> CROISSANT, agm., s. 236; MOON, agm., s. 56.

<sup>74</sup> SON, agm., s. 3.

<sup>75</sup> JUNG, agm., s. 34.

<sup>76</sup> MOON, agm., s. 56; LEE, A Study on the Party System in South Korea after Democratization, s. 7-8.

<sup>77</sup> CROISSANT, agm., s. 236-237.

<sup>78</sup> İbid., s. 236; JUNG, agm., s. 34.

kapattı<sup>79</sup>. Cunta lideri Chun, 27.08.1980 günü Millî Birleşme Konferansı tarafından başkan seçildi<sup>80</sup>. Cunta yönetimi, yüzlerce masum insanın katledilmesi yoluyla Gwangju ayaklanmasını ve diğer halk protestolarını acımasızca bastırdı. Bu hadiseler ortamında, âcil durum uygulamalarının devam ettiği dönemde, Beşinci Cumhuriyet Anayasası hazırlandı ve 27.10.1980'de yapılan referandumla kabul edildi<sup>81</sup>. Bu Anayasa'ya göre, bir kişi başkanlık görevine 7 yıl süreyle görev yapmak üzere, en fazla bir dönem Başkan seçilebilir<sup>82</sup>. Anayasa'da, başkana, Millet Meclisi'ni dağıtma, âcil durum kararnamelemleri yoluyla olağanüstü tedbirler alma ve Millet Meclisi'ne kanun önerisi sunma gibi güçlü yetkiler verildi<sup>83</sup>. Başkanın Millî Seçim Konferansı tarafından seçilmesi usulü, Chun Doo-hwan'ın seçilmesini kolaylaştırmak amacıyla, bu Anayasa'da da korundu<sup>84</sup>. Chun Doo-hwan, Şubat 1981'de, 1980 Anayasasına göre kurulan Seçim Komitesi (electoral committee) tarafından başkan olarak seçildi ve 7 yıl boyunca otoriter yönetimi sürdürdü<sup>85</sup>.

### 6. 1987 Altıncı Cumhuriyet Anayasası Dönemi

Güney Kore'de, 1987 Anayasası ile hem demokrasiye geçildi, hem de başkanlık rejimi revize edildi. Başkanlık sisteminin demokrasi zemininde günümüze kadar gelişindeki, bazı aksamalara rağmen genel itibarıyla başarılı performans sergilemesinin anlaşılabilmesi için Kore'de 1987 ve 1988 yıllarında demokrasiye geçişin nasıl gerçekleştiğinin bilinmesi gerekir.

Başkan Chun, 1987 yılına gelindiğinde, Anayasa değişikliği tartışmalarının yapılmasını yasakladı. Bu karar, muhalefetin ve halkın geniş ve etkili kesimlerinin

<sup>79</sup> CROISSANT, agm., s. 236; MOON, agm., s. 56.

<sup>80</sup> CROISSANT, agm., s. 237; MOON, agm., s. 56.

<sup>81</sup> JUNG, agm., s. 34; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; Jenny S. MARTINEZ, "Inherent Executive Power: A Comparative Perspective", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 9, Y. 2006, s. 2502, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5044&context=yjlj>, (ET: 27.06.2019); CROISSANT, agm., s. 236.

<sup>82</sup> JUNG, agm., s. 34.

<sup>83</sup> İbid., s. 34; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

<sup>84</sup> HAHM, *The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*, s. 2.

<sup>85</sup> CROISSANT, agm., s. 236; LEE, *A Study on the Party System in South Korea after Democratization*, s. 8; BAE, agm., s. 2.

demokratik reformların yapılması yönündeki taleplerini yoğunlaştırdı<sup>86</sup>. Başkan Chun da, anayasal manevralar yoluyla görev süresini uzatma çabalarına girişti. Ancak, bu dönemde uygulanan bazı politikalar, kitlesel protestoları tetikledi. Güçlü kitlesel direnişlerle karşılaşan Chun, bu sefer yöntem değiştirerek, kendisine halef olacak kişiyi destekleyerek, onu geri planda sevk ve idare etme yolunu tercih etti. Muhalefet partileri ve sivil toplumun büyük ekseriyeti, bu yöndeki çabaları kabul etmedi ve bunun yerine mevcut Anayasa'nın revize edilmesi yönünde zorlamalarda bulunmaya başladılar<sup>87</sup>. Chun'un görev süresinin dolması yaklaştıkça, yönetime yönelik kitlesel tepkilerde artışlar meydana geldi<sup>88</sup>. Bu yoğun ve yaygın protestolar karşısında Chun hükümeti yenik düştü. Toplumdan gelen bu yoğun tepkiler sebebiyle, iktidardaki Demokratik Adalet Partisi adayı Roh Tae-woo, muhalefetin tüm taleplerini kabul ederek 29 Haziran Deklarasyonunu hazırladı. Muhalefetin de tasvip ettiği Haziran Deklarasyonu, iktidardaki partinin muhalefetle uzlaşarak demokrasiye geçilebilmesi yolunu araladı<sup>89</sup>.

Haziran Deklarasyonu ile uyumlu olarak, muhalefetle de uzlaşma içerisinde hazırlanan Anayasa önerisi, 18.09.1987 tarihinde Millet Meclisi'ne sunuldu. Altıncı Cumhuriyeti kuran Anayasa, 27.10.1987'de düzenlenen referandumda toplam oyların %93'ü tarafından kabul edildikten sonra, 25.02.1988'de yürürlüğe girdirildi<sup>90</sup>. Bu Anayasa, Kore Anayasa tarihinde hükümet ile muhalefet arasında tesis edilen işbirliği ve mutabakat neticesinde kabul edilmiş ilk Anayasadır<sup>91</sup>. Altıncı Cumhuriyet Anayasası'yla yönetim sistemi esaslı bir şekilde değiştirildi ve uzun süren otoriter yönetim sonrasında ülkede çok partili demokratik siyasî sisteme geçilerek, temsili demokrasi için yeni bir kurumsal yapı tesis edildi<sup>92</sup>.

<sup>86</sup> HAHM, *The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*, s. 2.

<sup>87</sup> JUNG, *agm.*, s. 34.

<sup>88</sup> KIM, *Reforming South Korea's 'Imperial Presidency*, s. 1.

<sup>89</sup> JUNG, *agm.*, s. 34; LEE, *A Study on the Party System in South Korea after Democratization*, s. 9.

<sup>90</sup> CROISSANT, *agm.*, s. 236; *Constitutional History of Republic of Korea*.

<sup>91</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, *agm*; MARTINEZ, *agm.*, s. 2502.

<sup>92</sup> Doh Chull SHIN & Chong-Min PARK, "The Mass Public and Democratic Politics in South Korea: Exploring the Subjective World of Democratization in Flux", *Asian Barometer*, (Working Paper Series:



## II. Güney Kore'de 1987 Anayasası İle Öngörülen Başkanlık Sistemi

### A. Yürütme Organı

#### 1. Başkan'ın Seçimi

Güney Kore'de 1987 yılından önceki 40 yıllık dönemde, Başkan'ın seçilmesi için muhtelif usuller benimsenmişti<sup>93</sup>. 1987 Anayasası'na göre, başkan, doğrudan halk tarafından seçilir<sup>94</sup>. Önceki yıllarda başkanın görev süresi 4 ile 7 yıl arasında değişmekte idi. Ayrıca, bir kişinin, bazı dönemlerde en fazla bir, bazı dönemlerde en fazla iki, bazı dönemlerde en fazla üç kez, bazı dönemlerde de dönem sınırlaması olmaksızın seçilmesi usulü benimsenmişti. 1987 Anayasasına göre, başkan, 5 yıllık bir dönem için seçilir. Bir kişi bir dönemden fazla başkan seçilemez<sup>95</sup>. Başkanın en fazla bir dönem için seçilmesi yönündeki uygulama, başkan olacak kişinin yürütme gücünü tek başına uzunca bir süre elinde tutmasına mani olmaya yönelik güvence sağlayıcı bir önlem olarak düşünülmüştür<sup>96</sup>.

---

No.15),Taipei, 2003, s. 6,  
<http://www.asianbarometer.org/publications/77c4c98a128d99ad75610decdd187ae4d.pdf>, (ET: 13.06.2019); UĞUR, agm.

<sup>93</sup> Syngman Rhee, 20.07.1948'de Millet Meclisi, 05.08.1952, 15.05.1956 ve 15.03.1960 yıllarında doğrudan halk tarafından seçildi. Yun Po-sun, 12.08.1960 günü Millet Meclisi tarafından seçildi. Park Chung-hee, 15.10.1963, 03.05.1967 ve 27.04.1971 tarihlerinde doğrudan halk tarafından, 23.12.1972 ve 06.07.1978 tarihlerinde Millî Birleşme Konferansı (NCU) tarafından seçildi. Choi Kyu-hah, 06.12.1979 tarihlerinde NCU ve Chun Doo-hwan 27.08.1980 ve 25.02.1981 tarihinde seçim koleji tarafından seçildi. CROISSANT, agm. s. 236-237.

<sup>94</sup> KIM, Reforming South Korea's 'Imperial Presidency, s. 1.

<sup>95</sup> "Korea (Republic of)'s Constitution of 1948 with Amendments through 1987", md. 67, 70, [https://www.constituteproject.org/constitution/Republic\\_of\\_Korea\\_1987.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987.pdf?lang=en), (ET: 17.06.2019); SHIN & PARK, agm., s. 6, Luke BUTCHER, "The Effectiveness of Early Voting – A Case Study of the Republic of Korea", *Draft Paper for the ECPR General Conference*, Oslo, Norway, 6-9 September 2017, s. 7, <http://www.electoralmanagement.com/wp-content/uploads/2017/01/Luke-Butcher-The-Effectiveness-of-Early-Voting-A-Case-Study-of-the-Republic-of-Korea-ECPR-Conference.pdf>, (ET: 25.12.2016).

<sup>96</sup> Yasin AYDOĞDU, "Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler", *Türkiye Adalet Akademisi D.*, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017, s. 709; "Kore Kültür ve Enformasyon Ajansı", *Kore Gerçeği*, (Çev.: Nana LEE), Kore, Kültür, Spor ve Turizm Bakanlığı, Seul, 2011, s. 193, [file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/2011\\_facts\\_tur.pdf](file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/2011_facts_tur.pdf), (ET: 11.09.2017).

Başkan'ın görevinde bir boşalma olması veya Başkan seçilen kişinin ölmesi veya bir mahkeme kararı ile veya bir başka sebeple görevinin sona ermesi halinde 60 günlük süre içerisinde yeni başkanlık seçimleri yapılır (AY. md. 68).

Başkan, “tek turlu basit çoğunluk sistemine” göre seçilir. “Seçim yarışını önde bitiren yarışı kazanır” ya da “en önde gelen yarışı kazanır” anlamlarına gelen “First-past-the post” deyimini, Güney Kore'deki başkanlık seçimlerinde uygulanan sistemi tasvir etmek için de kullanılmaktadır<sup>97</sup>. Seçimlerde geçerli oyların en çoğunu alan aday başkan seçilir. Şayet ilk turda iki veya daha fazla aday eşit oranda oy alırsa, seçimler Meclis'te milletvekillerinin çoğunluğunun katılımıyla yenilenir. Bu seçimde en fazla oy alan aday Başkan seçilir. Başkanlık için bir tek adayın seçimlere girmesi halinde, söz konusu adayın, seçilebilmesi için geçerli oyların en az üçte birini alması gerekmektedir (AY. md. 67/2, 3).

## 2. Yürütme: Başkan ve Yürütme Teşkilatı

Yürütme yetkisi, ABD'de olduğu gibi Başkan'ın şahsına değil, Başkan'ın başkanlığındaki yürütme organına verilmiştir (AY. md. 66/4). Bu düzenleme, her ne kadar doktrinde bazı yazarlar tarafından “saf başkanlık” sisteminin bir gereği olarak kabul edilen “tek kişilik yürütme”<sup>98</sup> ilkesi ile uyumlu değil ise de, Sartori tarafından belirlenen başkanlık sisteminin gerekleri ile uyumludur. Monist yürütme yapısı içerisinde “tek kişilik yürütme” belirlemesine itiraz eden Sartori'ye göre, başkanlık sisteminde başkan, atadığı hükümete başkanlık eden ve onu yöneten kişidir<sup>99</sup>. Buna göre başkan, yürütme yetkisini kabine üyeleri ile birlikte kullanır. Burada yürütme yetkisi, Başkan ile hükümet arasında paylaşılmıştır.

Güney Kore'deki başkanlık sisteminin, başta ABD olmak üzere diğer ülkelerdeki başkanlık sistemlerinden farklılık arz eden kendine mahsus bazı yapısal

<sup>97</sup> Yasin AYDOĞDU, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, Adalet y., Ankara, 2015, s. 54-56; AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 710; BUTCHER, *agm.*, s. 7.

<sup>98</sup> ULUŞAHİN, *age.*, s. 41; GÖZLER, *age.*, s. 231; TURHAN, *age.*, s. 41; ÖZER, *age.*, s. 164.

<sup>99</sup> SARTORI, *age.*, s. 84.

özellikleri mevcuttur<sup>100</sup>. Gerek saf başkanlık sisteminin gerekleri ile gerekse diğer ülkelerdeki başkanlık sistemi uygulamaları ile uyumlu olmayan bu özelliklere sırası geldikçe temas edilecektir.

Başkan, yürütme yetkisini, "Devlet Konseyi" olarak ifade edilen Kabine üyesi bakanlarla birlikte kullanır. Kabine, başkanın başkanlığında, başbakan ve sayısı 30'dan fazla ve 15'ten de az olmayan diğer Kabine üyelerinden oluşmaktadır (AY. md. 88). Kabine'nin seçimle iş başına gelen tek üyesi başkanıdır<sup>101</sup>. Bakanlıkların kuruluş, organizasyon ve işlevleri kanunla belirlenir (AY. md. 96). Hükümetin Kuruluşu Hakkındaki Kanuna göre, her bakanlıkta, bir Bakan ve en az bir tane Bakan Yardımcısı vardır<sup>102</sup>. Bu ülkede başkan yardımcılığı yoktur<sup>103</sup>. Başkan yardımcılığı görevi başbakan tarafından yerine getirilir<sup>104</sup>.

Güney Kore'de, bir de, klasik başkanlık sistemlerinde mevcut olmamakla birlikte, başkanlık sisteminin uygulandığı bazı Latin Amerika Ülkelerindeki uygulamalara<sup>105</sup> benzer şekilde "başbakan (Prime Minister)" bulunmaktadır (AY. md. 86/1). Bu, Güney Kore'de tatbik edilen başkanlık sistemini ABD'ndeki başkanlık sisteminden farklı kılan ve görünüş itibarıyla parlamenter sistemle benzerlik arz eden bir kurumdur<sup>106</sup>. Anayasa'da, her ne kadar "Başbakan, Başkan tarafından atanır" (md. 86/1) hükmü var ise de, bu hükümde "sadece bir tane Başbakan" atanacağına

---

<sup>100</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 709.

<sup>101</sup> İbid., s. 709.

<sup>102</sup> "Government Organization Act of South Korea", [https://en.wikisource.org/wiki/Government\\_Organization\\_Act\\_of\\_South\\_Korea](https://en.wikisource.org/wiki/Government_Organization_Act_of_South_Korea), (ET: 30.06.2019).

<sup>103</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 709.

<sup>104</sup> "Güney Kore: Tarih ve Sistem", <http://www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/ocak05/tr/aykon3.htm>, (ET: 25.12.2016).

<sup>105</sup> Arjantin'de Yürütme içerisinde Başkan ve Başkan Yardımcısı Yanında bir de Kabine Başkanı mevcuttur. "Constitution Of The Argentine Nation", md. 101, 102, [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=282508](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=282508), (ET: 09.09.2017). Peru'da yürütme organı; Başkan, 2 Başkan Yardımcısı, Kabine Başkanı ve 18 bakandan teşekkül eder. Başkan, Kabine Başkanı'nı atar ve görevden alır. "Peru's Constitution of 1993 with Amendments Through 2009", md. 122, [https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2009.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf), (ET: 08.01.2017).

<sup>106</sup> "Güney Kore'nin Siyasî Görünümü", <http://www.mfa.gov.tr/guney-kore-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (ET: 25.12.2016).

dair açık bir hüküm yoktur. Nitekim Başkan Park Geun-hye, biri ekonomi yönetimi ile alakalı, diğeri de toplum, eğitim ve kültür ile alakalı koordinasyon görevlerini icra etmek üzere iki tane Başbakan atamıştır<sup>107</sup>.

Başkan'ın başbakanı atama kararı Millet Meclisi'nin onayına tabidir (AY. md. 86/1)<sup>108</sup>. Başkan'ın başbakanlığa atama kararı için Meclis'te yapılan onaylama işleminin rolünün göz ardı edilmemesi gerekir. Özellikle bölünmüş hükümetler döneminde Meclis'in, Başbakanlığa atama işleminin onaylanması kararının alınmasında etkinliği artmaktadır. Özellikle Başkanla Millet Meclisi'ndeki çoğunluğa sahip partiler arasında gerilim yaşandığı dönemlerde, bazı kereler, Başbakan atanması kararları hakkında, Meclis'in onay vermesi kolay olmamıştır. Nitekim başkan Park Geun-hye'nin, başbakanlık için yapmış olduğu üç atama işlemi, Millet Meclisi'nde yapılan onaylama görüşmelerinde onaylanmamıştır<sup>109</sup>.

Güney Kore'deki başkanlık sistemi, başkan ve hükümet başkanı olarak görev yapan başbakanla birlikte, iki başlılık özelliğini haiz olmayan, ikili bir yürütme yapısına sahiptir<sup>110</sup>.

Anayasa'da, başbakanın, mutlaka Millet Meclisi üyeleri arasından atanacağını öngören bir hüküm mevcut değildir. Bu vesileyle başkan, Millet Meclisi üyelerinden birini başbakan olarak atayabileceği gibi, Millet Meclisi üyesi olmayan birini de başbakan olarak atayabilir<sup>111</sup>. Başbakan, başkana yardım eder ve yürütme bakanlarını başkanın emir ve talimatlarına göre yönlendirir (AY. md. 86/2). Hükümetin Kuruluşu Hakkındaki Kanuna göre, başbakan, merkezi yönetim kurumlarının başkanlarını başkanın emir ve talimatlarına göre yönetir ve denetler.

<sup>107</sup> Thomas KALINOWSKI & Sang-young RHYU & Aurel CROISSANT (Koordinatör), *South Korea Report (Sustainable Governance Indicators 2017)*, s. 34, [http://www.sgi-network.org/docs/2017/country/SGI2017\\_South\\_Korea.pdf](http://www.sgi-network.org/docs/2017/country/SGI2017_South_Korea.pdf), (ET: 12.06.2019).

<sup>108</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; Constitutional History of Republic of Korea; AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 712.

<sup>109</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 40.

<sup>110</sup> *İbid.*, s. 34; MOON, agm., s. 57.

<sup>111</sup> TETSİAD, "Güney Kore Ülke Raporu", s. 9, [http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi\\_bankasi/ulke\\_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf](http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi_bankasi/ulke_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf); "Güney Kore", [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney\\_Kore](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney_Kore), (ET.: 25.12.2016).

Merkezî yönetim kurumları başkanları tarafından verilen herhangi bir emir veya idarî tasarruf, kanun dışı veya haksız olduğunun tespit edilmesi halinde, başbakan tarafından askıya alınabilir veya iptal edilebilir (md. 16).

Kabine üyeleri ve yürütme bakanlıklarının başkanları, başbakanın önerisi üzerine başkan tarafından atanırlar (AY. md. 87/1, 94). Başbakan, kabine üyesi olan bakanların veya yürütme bakanlıklarının başkanlarının atanmasını önerme yetkisine sahip olmakla birlikte, bu konuda son söz başkana aittir. Başbakan tarafından verilen bazı özel işleri yürütmek üzere başbakan yardımcılarını da atanır<sup>122</sup>. Başbakan yardımcılarını da kabine üyesidir ve başbakanın önerisi üzerine başkan tarafından atanır. Başbakan haricindeki kabine üyelerinin atanmasına ilişkin işlemin Millet Meclisi'nin onayına tabi olduğuna dair Anayasada hüküm yoktur. Bu vesileyle kabine üyelerinin atanması işlemi hakkında Millet Meclisi'nde onaylama işlemi yapılmamıştır<sup>123</sup>. Bu uygulamanın, her ne kadar ABD'deki başkanlık sisteminden farklı ise de, başkanlık sisteminin temel gereklerinden biri olan "kuvvetlerin kaynağında ayrılığı" ilkesi ile uyumlu olduğu söylenebilir<sup>124</sup>.

Millet Meclisi ve başbakan, başkana kabine üyelerinin görevden alınmasını önerebilirler (AY. md. 87/3, 63). Bu yöndeki öneri, tavsiye niteliğinde olduğu için başkan açısından bağlayıcı değildir<sup>125</sup>. Bu, klasik başkanlık sisteminde görülmeyen bir uygulama şeklidir. Mesela ABD'de, Güney Kore'deki uygulamalardan farklı olarak Kongre, başkana bakanların görevden alınmasını öneremez, bakanları başkan kendi inisiyatifi ile görevden alır.

Başkan, kabine üyelerini, konjonktürel şartlara bağlı olarak kolaylıkla değiştirebilmektedir. Kabine üyesi bir bakanın ortalama görev süresinin son 20 yılda

<sup>122</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>123</sup> "South Korea President Park Names Kim Byong-Joon as PM", (November 2, 2016), <https://www.aljazeera.com/news/2016/11/south-korea-president-park-names-kim-byong-joon-pm-161102051729259.html>, (ET: 03.06.2019).

<sup>124</sup> SARTORI, *age.*, s. 84; SARTORI, *age.*, s. 114; KÜÇÜK, *age.*, 34.

<sup>125</sup> ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

sürekli olarak düştüğü görülmektedir. Lee Myung-bak yönetimi altında, bakanların ortalama görev süresi yaklaşık bir yıldır<sup>16</sup>.

Kabine, yürütme organının yetki alanına giren önemli politikalar hakkında müzakerelerin yapıldığı, çözüm önerilerinin geliştirildiği yürütme içindeki en yüksek organdır<sup>17</sup>. Kabine üyeleri, Devlet işlerinin yürütülmesinde Başkan'a yardım eder ve kabine üyeleri olarak, Devlet işleri konusunda müzakereler yaparlar (AY. md. 87). Kabine'de müzakere edilecek hususlar şu şekilde sıralanabilir: Devlet işlerine ilişkin temel planlar ve yürütme alanına ilişkin genel politikalar; savaş ilanı, barışın sona erdirilmesi ve dış politika ile ilgili diğer önemli konular; Anayasa değişikliği taslakları; millî referandum önerileri; kanun önerileri ve önerilen başkanlık karamameleri; bütçeler, hesapların uzlaştırılması, devlet mülklerinin elden çıkarılmasına ilişkin temel planlar; devletin finansal yükümlülüğü ile ilgili sözleşmeler ve diğer önemli mali konular; başkan tarafından çıkarılan âcil durum emirleri ve âcil durum malî ve iktisadî emirleri; âcil durum ilanı ve sona erdirilmesi; önemli askerî meseleler; Millet Meclisi'nin olağanüstü toplanmasının talep edilmesi; yüksek hâkim ve savcıların atanması işlemleri; önemli üst düzey görevlilerin atama karamamelerinin (müşterek) imzalanması; Onur Ödülü verilmesi; cezaların affedilmesi, hafifletilmesi ve kaybedilmiş hakların iade edilmesi; bakanlıkların yetki alanlarının tayin ve tespit edilmesi; yürütme alanına ilişkin yetkilendirmeler ve tahsisatlarla alakalı temel planlar; Devlet işlerinin idaresinin değerlendirilmesi ve analizi; her bir bakanlığın önemli politikalarının oluşturulması ve koordinasyonu; bir siyasî parti hakkında kapatma davası açılması meselesi; yürüme organına gönderilen yürütme politikalarına ilişkin dilekçelerin incelenmesi; Savunma Genel Sekreteri, Genel Kurmay Başkanı, silahlı hizmetlerle alakalı Genel Sekreter, millî üniversitelerin rektörleri, büyükelçiler ve diğer kamu görevlileri ve Devlet tarafından işletilen önemli Devlet teşebbüslerinin yöneticilerinin atanması ve başkan, başbakan

<sup>16</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 39.

<sup>17</sup> "Briefing Report Sister City Donghae, South Korea", August 16, 2018, s. 5, <https://www.cityoffederalway.com/sites/default/files/Documents/Department/ED/FINAL%20Briefing%20Report%20Donghae.pdf>, (ET.: 28.06.2019).

veya kabine üyeleri tarafından gündeme getirilen diğer hususlar (AY. md. 89). Burada, yürütmenin yetki alanına giren hemen hemen bütün konuların kabinede müzakere edilebileceği söylenebilir.

Kabine başkanı başkandır, başbakan, kabinenin başkan yardımcısıdır (AY. md. 88). Başkan'ın kabine toplantılarına katılmadığı zamanlarda, kabineye O'nun namına başbakan başkanlık eder<sup>118</sup>. Başkan'ın dilediği hemen her konu kabinede görüşülebilir ve bu toplantılarda görüşülerek karara bağlanan tüm maddeleri Başkan istediği gibi iade edebilir<sup>119</sup>.

Yürütme içinde en belirleyici merci başkandır. Her ne kadar başbakanlığa atama işlemi Millet Meclisi'nin onayına tabi ise de, başbakan, görevini başkana sadık bir şekilde yerine getirir<sup>120</sup>. Bu vesileyle, başbakanın yönetim içerisindeki rolü oldukça zayıftır<sup>121</sup>. Benzer durum, diğer kabine üyeleri için de geçerlidir. Başkan tarafından Meclis'in onayına tabi olmaksızın atanan kabine üyesi bakanlar, başkanın sıkı kontrolü altında hareket ederler<sup>122</sup> ve sadece başkana karşı sorumlu oldukları için, başkanın iradesinden bağımsız icraatları olamaz. Bakanlar, siyasî özelliklerden ziyade, teknokrat özelliklere sahiptirler<sup>123</sup>. Bakanların, başkanın inisiyatif karşısında özerklikleri ve siyasî etkileri çok zayıftır. Meselelerin büyük çoğunluğu kabine toplantılarından önce bakanlıklar ile başkan arasında çözüldüğü ve çoğu stratejik kararlar başkan tarafından alındığı için, kabine toplantıları, daha ziyade bilgi alışverişi amacına hizmet etmekle sınırlı kalır<sup>124</sup>. Bu şekilde halledilmeyen meseleler,

<sup>118</sup> Briefing Report Sister City Donghae, South Korea, s. 5.

<sup>119</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 34.

<sup>120</sup> Seong-Ho LIM, "Neither Gridlock nor Moderation, but Administrative Recharge: The Irony of Divided Government in South Korea", *The Korean Journal of International Relations*, Vol. 45, No. 5, 2005, s. 244-245, [http://kaisnet.or.kr/resource/download/3\\_10.pdf](http://kaisnet.or.kr/resource/download/3_10.pdf), (ET: 01.07.2019).

<sup>121</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 713.

<sup>122</sup> LIM, *agm.*, s. 245.

<sup>123</sup> Taner DURMAZ, "Kore Cumhuriyeti Ülke Raporu-2016 'The Republic Of Korea Report' I", (10.01.2016), s. 10, [http://www.academia.edu/30193090/KORE\\_CUMHUR%C4%B0YET%C4%B0\\_RAPORU\\_-2016\\_1\\_THE\\_REPUBLIC\\_OF\\_KOREA\\_REPORT\\_](http://www.academia.edu/30193090/KORE_CUMHUR%C4%B0YET%C4%B0_RAPORU_-2016_1_THE_REPUBLIC_OF_KOREA_REPORT_), (ET: 15.12.2017); AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 713; Nebi MİŞ & Ali ASLAN & M. Erkut AYVAZ & Hazal DURAN, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (Rapor)*, 2. B., SETA y., Ankara, 2016, s. 49.

<sup>124</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 35.

kabinede müzakere edilir. Kabineyi başkan temsil eder. Diğer kabine üyeleri, başkanın görevlerini yerine getirmesi konusunda ona yardımcı olma pozisyonunda oldukları için, yürütmenin tek yetkili ve sorumlusu başkandır<sup>125</sup>. Bu vesileyle, bütün bakanlar, yürütme faaliyetlerini, başkanın politikalarına ve kanunlara uygun olarak yerine getirmek zorundadırlar ve bu kapsamda yapmış oldukları işlem ve fiillerin başkanın politikalarına ve kanunlara uygunluğundan dolayı başkana karşı siyasî olarak sorumludurlar<sup>126</sup>.

Başbakan, kabine üyeleri veya hükümet temsilcileri, Meclis toplantılarına veya Meclis bünyesinde faaliyet gösteren Komisyonların toplantılarına katılabilirler ve devlet idaresi hakkında rapor verebilirler veya görüş bildirebilir ve kendilerine yöneltilen soruları cevaplayabilirler (AY. md. 62).

### 3. Parti Disiplini

Esasen parlamenter sistemin karakteristik özelliklerinden biri de, güçlü parti disiplini. Bütün başkanlık sistemlerinde geçerli olmasa da, ABD'deki başkanlık sistemi uygulamalarında, parti disiplini en zayıf konumdadır, bir diğer ifadeyle sıkı parti disiplini yoktur. Parti birliğinin parlamenter sistemlerdekine benzer şekilde güçlü olmadığı ülkelerde, politikacılar, yasama faaliyetlerinde kısmen de olsa partilerinden bağımsız şekilde bireysel tutumlar sergileyebilmekte, isterlerse kısmen merkezci pozisyonda bulunabilecek kadar bir miktar bağımsızlığa sahip olabilmekte<sup>127</sup>, parti disiplini zayıfladığı ölçüde milletvekillerinin bağımsızlıkları artmaktadır. Parti birliğinin ve disiplininin olduğu ülkelerdeki politikacılar, üyesi oldukları partilerinden bağımsız bir tutum arayışıyla, güçlü parti disiplininin çizgisi haricine çıkarak siyasî hayatını riske edici mahiyette oy kullanmaya cesaret edemezler.

Güney Kore'de her ne kadar çoğu kereler, rakip partiler arasında "merkezci politika" söylemleri dillendirilse de, esasen bu yöndeki söylemler çoğu zaman

<sup>125</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 709.

<sup>126</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 40.

<sup>127</sup> LIM, *agm.*, s. 241.



aldatmalardan ibarettir. Genellikle partizanlığın hâkim olduğu Güney Kore'de demokratik ılımlılık nadiren rastlanılan bir durumdur. Bu vesileyle Güney Kore, kuvvetler arasındaki ılımlı ilişkilerin gerçekleşme ihtimalinin en az olduğu ülkelerden biridir<sup>128</sup>. Güney Kore'de, parti liderlerinin parti disiplininin uygulanabilmesi için çok az yetkileri olduğu halde, Millet Meclisi'ndeki partilerin nispeten disiplinli oldukları görülüyor<sup>129</sup>. Dolayısıyla, siyasî partiler, Meclis'teki üyelerini disipline etmeye çalışıyorlar. Parti disiplini, Millet Meclisi'ndeki parti gruplarına üye olan milletvekillerinin oy kullanma davranışlarında etkili olmaktadır<sup>130</sup>. Bu durum, ana siyasi partilerin üyelerinin tercihlerindeki yüksek heterojenliğe ve bazı Millet Meclisi üyeleri tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemine göre seçilmiş olmasına rağmen böyle olmaktadır<sup>131</sup>. Fakat bu ülkede parti disiplininin her zaman aynı düzeyde olmadığı, konjonktürel şartlara bağlı olarak bazı kereler katlaşıırken, bazı kereler esneme olduğu da belirtilmiştir<sup>132</sup>.

#### 4. Güney Kore'de Başkanlık Hükümeti Sistemi

Güney Kore'de, başkanlık sisteminin ilk kez kabul edildiği 1948 Anayasası'nın yürürlüğe girdiği zamanlarda, yönetim sistemi ile alakalı getirilen eleştiriler kapsamında, başkanların, Millet Meclisini, parti disiplini yoluyla, kendi siyasî eğiliminde olan partili milletvekilleri üzerinde sahip olduğu otorite vasıtasıyla,

---

<sup>128</sup> LIM, agm., s. 241.

<sup>129</sup> Han Soo LEE & Hee MIN & Jungkun SEO, "Legislative Response to Constituents' Interests in New Democracies: The 18th National Assembly and Income Inequality in Korea", *Government and Opposition*, Vol. 53, Issue 2, April 2018, s. 5, [http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO\\_online\\_version\\_08.15.16.pdf](http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO_online_version_08.15.16.pdf), (ET: 04.07.2019).

<sup>130</sup> Hae Won JUN & Simon HIX, "The Meaning of Conflict in the Korean National Assembly", *Political Science and Political Economy Working Paper*, No. 4/2006, s. 5-6, 20, <http://www.lse.ac.uk/government/Assets/Documents/pdf/research-groups/pspe/working-papers/PSPE-WP4-06.pdf>, (ET: 04.07.2019); Simon HIX & Hae-Won JUN, "Party Behaviour In The Parliamentary Arena The Case of the Korean National Assembly", *Party Politics*, Vol. 15, No. 6, November 2009, s. 674, 688, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.2243&rep=rep1&type=pdf>, (ET: 04.07.2019).

<sup>131</sup> JUN & HIX, agm., s. 20.

<sup>132</sup> LEE & MIN & SEO, agm., s. 5-6.

mutlak bir şekilde kontrol etme imkânına sahip oldukları, başkan tarafından yapılan partizanca atamalar sebebiyle yargıda tarafsızlığın sağlanamadığı, Kongre'nin ve savcılarının soruşturma yetkilerinin etkisiz kaldığı ve dolayısıyla yürütmeye yönelik düzgün ve etkili şekilde işleyen bir denetim sisteminin bulunmadığı dile getirilmiştir<sup>133</sup>. Benzer eleştiriler takip eden yıllarda da yoğun bir şekilde sürmüştür.

1987 Güney Kore Anayasası'nda bir başkan ve bir de başbakan öngörüldüğü için, ilk bakışta yarı-başkanlık sistemi söz konusu imiş gibi görünse de, bu ülkedeki hükümet sistemi "yarı başkanlık hükümeti sistemi" değil "başkanlık sistemi"dir<sup>134</sup>. Yarı-başkanlık sisteminde başbakan, yasama Meclisi üyesidir. Güney Kore'de ise başbakan, yasama Meclisi üyesi olan ya da olmayan kişiler arasından başkan tarafından atanır. Başbakan, sahip olduğu pozisyonu, sadece Başkan'a karşı borçludur. Yarı başkanlık sisteminde başbakanın, bakanların ve kabinenin bireysel ve kolektif olarak siyasî sorumlulukları yasama Meclisi'ne karşıdır. Bakanların ayrıca Cumhurbaşkanına karşı siyasî sorumlulukları da vardır. Güney Kore'de ise Başbakan'ın, bakanların ve kabinenin yasama Meclisi'ne karşı bireysel ya da kolektif siyasî sorumlulukları yoktur<sup>135</sup>. Parlamenter ya da yarı-başkanlık hükümet sistemlerinde, yasama seçimleri, yasama üyelerinin seçilmesi kadar, kimin başbakan olarak seçileceği açısından da önemlidir. Güney Kore'de ise başbakan, Millet Meclisi üyesi olmayanlar arasından da seçildiği için, yasama seçimlerinin başbakanın belirlenmesi konusunda etkinliği yoktur<sup>136</sup>.

Her ne kadar, yürütme namına yapılan işlemlerde ve alınan kararlarda, hem başkanın, hem başbakanın, hem de bakanların iştiraki söz konusu ise de<sup>137</sup>, başbakanın, bakanların ve kabinenin, yarı-başkanlık sisteminde olduğu gibi, başkanın politikalarından bağımsız bir hükümet politikaları mevcut değildir. Güney

<sup>133</sup> KIM, Reforming South Korea's 'Imperial Presidency', s. 1-2.

<sup>134</sup> "Internet Appendix to 'Political Uncertainty and Corporate Investment Cycles'", s. 6, [https://afajof.org/wp-content/uploads/files/supplements/IA-Political\\_Uncertainty\\_an.pdf](https://afajof.org/wp-content/uploads/files/supplements/IA-Political_Uncertainty_an.pdf), (ET: 29.06.2019).

<sup>135</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 1.

<sup>136</sup> Internet Appendix to "Political Uncertainty and Corporate Investment Cycles", s. 7.

<sup>137</sup> İbid., s. 6.

Kore'de başbakan, Millet Meclisi'nin temsilcisi olmadığı, Millet Meclisi'ne karşı siyasî sorumluluğu bulunmadığı için, yarı-başkanlık sistemine benzer şekilde bir iki başlı yürütme durumu söz konusu değildir<sup>138</sup>.

Güney Kore'deki hükümet sistemine dair değerlendirmeler kapsamında, 1987 Anayasası ile benimsenen başkanlık sisteminin, bazı yönlerden ABD'deki başkanlık sisteminden farklılık arz ettiği görülmektedir. Güney Kore'deki hükümet sistemi, başbakanlık kurumunun mevcut olması, yürütmenin kolejyal yapıya sahip olması, karşı imza kuralının olması, bakanların ve üst düzey atamaların Millet Meclisi'nin onayına tabi olmaması, Millet Meclisi'nin başkana, başbakan ve bakanların görevden alınması önerisinde bulunabilmesi gibi, ABD'deki başkanlık modeli uygulamalarından farklı bazı özellikleri bünyesinde barındırmakta olduğu için, bu ülkedeki hükümet sisteminin, başta Latin Amerika uygulamalarında olduğu gibi, kendine özgü (nev-i şahsına münhasır) bir başkanlık hükümeti sistemi olma özelliğine sahip olduğu söylenebilir.

## 5. Başkan'ın Partilerle Olan İlişkisi

Güney Kore'de formel olarak partili başkanlık sistemi mevcut değildir. Başkanlığa aday olacak kişi, eğer siyasî parti üyeliği veya milletvekilliği gibi herhangi bir siyasî partiye aidiyeti mevcutsa, seçimlerden en az bir yıl önce bu siyasî aidiyet ilişkisini sona erdirmek zorundadır<sup>139</sup>. Bu bağlamda, başkanın seçimlerde tarafsız kalması mecburiyetinin mevcut olduğu belirtilmiştir<sup>140</sup>. Güney Kore'de başkan Rho, Şubat 2004'te, Uri Partisi'ne karşı sert siyasî tarafgirlik içeren konuşmalar yaptı. Bu konuşmalar sebebiyle, Millet Meclisi'nde, Rho hakkında, siyasi tarafsızlık

---

<sup>138</sup> Hahm CHAIBONG, "South Korea's Miraculous Democracy ", *Journal of Democracy*, Vol. 19, No. 3, July 2008, s. 1, [https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reprints/2008/RAND\\_RP1370.pdf](https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reprints/2008/RAND_RP1370.pdf) , (ET: 13.06.2019).

<sup>139</sup> Güney Kore.

<sup>140</sup> Soon-yang KIM, "The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun", *The Korean Social Science Journal*, Vol. 39, No. 2, Y. 2012, s. 86, <https://pdfs.semanticscholar.org/befd/708552ea30721df83f9785cea26550f87945.pdf>, (ET: 06.07.2019).

yükümlülüğünü ihlal etmesi ve ortaklarının siyasi yolsuzlukları gerekçe gösterilerek 12 Mart 2004'te suçlama kararı alındı. AYM, 14 Mayıs 2004 günü, Millet Meclisi'nde alınan suçlama kararını reddetti<sup>141</sup>. Her ne kadar Anayasa'da başkanın siyasî tarafsızlığı öngörülmekte ise de, güçlü bir siyasî parti yapılanması ve parti aidiyeti ilişkisi mevcut olduğu için, başkanın, resmî olarak üyeliğinden ayrılmış olduğu partisiyle ilişkisi gayrı-resmî olarak güçlü bir şekillerde devam etmektedir<sup>142</sup>.

### 6. Başkanlığa Vekâlet

Başkanlık makamının boşalması veya Başkan'ın herhangi bir sebeple görevini yerine getirebilecek durumda olmaması hallerinde, başbakan veya kabine üyeleri, kanunla belirlenen öncelik sırasına göre başkana vekâlet ederler (AY. md. 71). Hükümetin Kuruluşu Hakkında Kanun'a göre, başkanın herhangi bir sebeple resmî görevlerini yerine getirememesi durumunda, başbakan, vekâleten başkan olarak görev yapar. Hem başkanın, hem de başbakanın herhangi bir sebeple görevlerini yerine getirememeleri durumunda, kabine üyeleri, Hükümetin Kuruluşu Hakkında Kanununun 22. maddesinde belirtilen sıra ile başkanlığa vekâlet ederler<sup>143</sup>. Burada, Başkan'a vekâlet edenlerden hiçbirisi seçimle belirlenmiş değildir.

### 7. Karşı İmza Kuralı ve Bakanların Görev Alanındaki Yetkileri

Başkan'ın her türlü işlemleri yazılı olarak yapılır, başbakan ve ilgili kabine üyeleri tarafından imzalanır (AY. md. 82). Burada ABD'de mevcut olmayan "karşı imza" kuralının benimsendiği görülmektedir. Bakanlar görevlerini başkana mutlak bağlı olarak icra ettikleri için, başkanın politikalarına sadakatle bağlı olmaya mecburdurlar. Bu sebeple, her ne kadar karşı imza kuralı benimsenmişse de, başkanın bir konuda karar alınmasını istediği durumlarda, başbakan ve bakanların direnç göstermeleri söz konusu olmamaktadır.

<sup>141</sup> KIM, The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun, s. 86.

<sup>142</sup> MİŞ & ASLAN & AYVAZ & DURAN, *age.*, s. 65.

<sup>143</sup> Government Organization Act of South Korea, md. 12.

## 8. Başkan'ın Sahip Olduğu Yetkiler

Başkan'ın anayasal olarak sahip olduğu yetkilere önce genel hatları ile temas ettikten sonra düzenleyici işlem yapma ve âcil durum ilan etme yetkilerini ayrıca izah edeceğiz.

### a) Başkan'ın Anayasal Olarak Sahip Olduğu Bazı Yetkiler

Anayasa'ya göre başkan, Devlet Başkanıdır ve Devleti dış devletler karşısında temsil eder. Başkan, Devletin ve Anayasa'nın bağımsızlığını, toprak bütünlüğünü ve sürekliliğini korumakla, ülkenin huzur ve sükûnunu temine etmekle görevli ve yükümlüdür (AY. md. 66).

Her ne kadar Anayasa'da yürütme yetkisinin Başkan'ın başkanlığındaki yürütme organına ait olduğu belirtilmişse de, yürütme yetkisinin büyük ölçüde Başkan'da temerküz ettiği<sup>144</sup>, Başkan'ın, aynı zamanda yürütmenin başı<sup>145</sup> ve tartışmasız bir şekilde sahibi olduğu ifade edilmiştir<sup>146</sup>. Başkan'ın sahip olduğu bazı anayasal yetkiler şunlardır: Başkan'ın, milli savunma, diplomasi, Kore yarımadasının birleştirilmesi hedefi doğrultusunda politikaların geliştirilmesi ve milletin kaderini ilgilendirecek siyasî kararların, gerekli gördüğü durumlara ilişkin konuların referanduma sunulması gibi yetkileri vardır (AY. md. 72). Başkan, milletler arası anlaşmaları imzalayarak onaylar, yabancı devletlerin büyükelçilerini akredite ederek kabul eder, Devleti temsilen diğer ülkelerde görev yapacak büyükelçileri atar, yetkilendirir ve görevlerine son verir; savaş ilan eder ve barışa karar verir (AY. md. 73). Başkan, Anayasa ve kanunların öngördüğü şartlar altında, Silahlı Kuvvetlere başkomutanlık eder (AY. md. 74).

Başkan, üst düzey bürokratları ve kamu görevlilerini, Anayasa ve kanunlarda öngörülen şartlar çerçevesinde atar ve görevden alır (AY. md. 78); kanunların öngördüğü şartlar çerçevesinde cezaları affedebilir, azaltabilir ve haklara yönelik

<sup>144</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 34.

<sup>145</sup> Güney Kore'nin Siyasî Görünümü.

<sup>146</sup> Osman CAN, "Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore", *Star Gzt.*, 16.05.2012; "Güney Kore: Tarih ve Sistem", <http://www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/ocak05/tr/aykon3.htm>, (ET: 25.12.2016).

iyileştirmeler yapabilir. Başkan, Millet Meclisi'nin izniyle genel af ilan edilebilir (AY. md. 79). Başkan, kanunların öngördüğü şartlarda madalya ve diğer şeref nişanlarını verir (AY. md. 80); Millet Meclisi'ne katılabilir, görüşlerini yazılı mesajla ifade edebilir (AY. md. 81). Anayasa'da Başkan'a Millet Meclisi'ni feshetme yetkisi veren bir hüküm yoktur<sup>147</sup>.

Başkan'ın Millet Meclisi'ne kanun önerisi verme yetkisi vardır<sup>148</sup>. Yürütmeden gelen kanun önerilerinin hazırlanmasından yetkili bakanlık sorumludur. Yetkili bakanlık, kanun önerisinin hazırlanmasından önce ilgili diğer bakanlıklarla istişarelerde bulunduktan sonra, kanun önerisi taslağını şekillendirir ve bu taslağı inceleme yapmak üzere yasama bakanlığına sunar. Yasama bakanlığı, bu taslağın Anayasaya uygunluğunu gözden geçirir, öneri ile alakalı politika konusunda ilgili bakanlıklar arasında mutabakatın mevcut olup olmadığını teyit eder ve ilgili bakanlıklar arasında herhangi bir uyuşmazlığın mevcut olması durumunda, bu tür anlaşmazlıkların koordinasyonu sağlayarak uyuşmazlığın giderilmesine yönelik görüşlerini sunar<sup>149</sup>. Yasama bakanlığı tarafından gözden geçirilen kanun önerisi taslağı, kabinede müzakere edildikten sonra, başkan tarafından imzalanarak Millet Meclisi'ne sunulur<sup>150</sup>.

Başkan'ın siyasî eğilimi ile Millet Meclisi'ndeki çoğunluğun aynı eğilimde olduğu dönemlerle, Millet Meclisi'nde başkanın siyasî eğiliminde olmayanlar çoğunlukta olmakla birlikte, bu çoğunluğun vetoyu aşmaya yetmediği ya da vetoyu aşabilecek çoğunluk sağlansa da, vetodan sonra kanuna hayır deme konusunda aralarında uzlaşının sağlanamadığı dönemlerde, yürütmenin, yasama faaliyetlerinin yerine getirilmesinde Millet Meclisi'nden daha aktif olduğu görülmektedir<sup>151</sup>.

<sup>147</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>148</sup> MİŞ & ASLAN & AYVAZ & DURAN, *age.*, s. 61; "Investment Climate Statement", <https://2016.export.gov/southkorea/doingbusinessinskorea/investmentclimatestatement/index.asp>, (ET: 01.07.2019).

<sup>149</sup> "Overview of Legislation System of the Republic of Korea", (05/08/2003), <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011552.pdf>, (ET: 28.06.2019).

<sup>150</sup> İbid.

<sup>151</sup> İbid.

### b. Yürütmenin Düzenleyici İşlem Yapma Yetkisi

Güney Kore Anayasası'nda, sınırları belli anayasal kurallar çerçevesinde yürütme organına kanun altı düzenleyici işlemler yapma yetkisi verilmiştir<sup>152</sup>. Yürütme içerisinde, hem başkanın, hem de başbakan, bakanlar ve diğer yönetim organlarının düzenleyici işlem yapma yetkileri mevcuttur. Bu kapsamda yapılan idarî mevzuat, başkanlık kararnamelerini, başbakanlık yönetmeliklerini ve bakanlıkların yönetmeliklerini ve idari kuralları içerir<sup>153</sup>.

Yürütme tarafından yapılan düzenleyici işlemlerden birisi başkanlık kararnamesidir. Başkan tarafından çıkarılan başkanlık kararnamelerinin iki türü bulunmaktadır. *Birincisi*, yetkilendirme kanununa istinaden çıkarılan Başkanlık kararnameleri, *ikincisi*, kanunun uygulanmasını göstermek üzere çıkarılan başkanlık kararnameleridir<sup>154</sup>. Başkan, Meclis tarafından çıkarılan yetki kanunuyla kendisine verilen yetkiye istinaden, söz konusu yetki kanununda kapsamı özel olarak tanımlanmış konuları veya bir kanunun yürürlüğüne ilişkin olarak uygulanmasını göstermek için gerekli olan diğer hususları, kabinede müzakere edildikten sonra, başkanlık kararnamesi ile düzenleyebilir (AY. md. 75).

Bir kanun ve başkanlık kararnamesi ile verilen yetkiler kapsamında ve bu kanun ve kararname ile tahsis edilen konular veya herhangi bir kanun ve başkanlık kararnamesinin uygulanmasının gösterilmesi maksadıyla veya başbakanın veya yürütme bakanlığının kendi yetki alanına giren konular, başbakan veya her bir yürütme bakanlığı başkanı tarafından, başbakanlık yönetmeliği veya bakanlık yönetmeliği ile düzenlenebilir (AY. md. 95). Başbakanlık yönetmeliği, bakanlık yönetmeliği ile aynı seviyededir<sup>155</sup>.

Direktif, tüzük veya duyuru olarak adlandırılan idari kurallar, bir idarî kurumun yetkililerine görev tahsis etmek veya daha yüksek bir idarî organın, daha düşük bir idarî organın yetkilileri tarafından gerçekleştirilen görevleri

<sup>152</sup> İbid.; Investment Climate Statement; MIŞ & ASLAN & AYVAZ & DURAN, *age.*, s. 61.

<sup>153</sup> "Korean Legislative System and Procedures", *National Law Information Center*, <http://www.law.go.kr/LSW/eng/engAbout.do?menuId=3>, (ET: 30.06.2019).

<sup>154</sup> İbid.

<sup>155</sup> İbid.; Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

yönlendirmesine ve denetlemesine veya bu görevleri yerine getirmek için standartlar belirlemesine izin vermek amacıyla yapılır. Her ne kadar prensip olarak, bu şekilde belirlenen idarî kurallar, halk veya mahkemeler açısından bağlayıcı değil ise de, pratik uygulamada, idarî organın iç işleyişi ile alakalı olarak yapılan bu tür kurallar, halkı etkilediği ve makul oldukları sürece mahkemeler açısından bağlayıcılık özelliği kazanmaktadır<sup>156</sup>.

Başkanlık kararnameleri, kanunlardan üstün ya da eş değerde değildir. Başkanlık kararnameleri, Anayasa ve kanunlara aykırı olamaz, bunlarla kanunlar değiştirilemez<sup>157</sup>. Başkanlık kararnameleri dışında kalan kanun altı normlar, Anayasaya, kanunlara ve başkanlık kararnamelerine aykırı olamaz. Bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi, somut norm denetimi kapsamında AYM'ye itiraz yoluyla yapılan müracaat neticesinde AYM tarafından ve kanun altı normların Anayasa ya da kanuna aykırı olup olmadığı sorunu ise Yüksek Mahkeme tarafından incelenerek karara bağlanır (AY. md. 107, 111)<sup>158</sup>.

Başkanlık kararnameleri ile başbakanlık ve bakanlık yönetmelikleri ile bağlayıcılık özelliğini haiz idarî kurallar Resmi Gazete'de yayımlanarak ilan edilir<sup>159</sup>. İdarî kuralların, hiyerarşik olarak daha yüksek normlara ve düzenlemelere aykırı olup olmadığının gözden geçirilmesi için her altı ayda bir Yasama Bakanlığına sunulması gerekir. Yasama bakanı, ilgili bakanlığa uygunsuz idarî kuralları gözden geçirmesini önerebilir<sup>160</sup>.

### c) Acil Durum İlanı ve Acil Durum Kararları

Güney Kore'de, toplumsal kargaşa şeklinde bir iç karışıklığın, dışarıdan gelecek tehditlere maruz kalma şeklinde ortaya çıkan tehlikenin, tabii felaket veya ağır finansal veya ekonomik krizlerin ortaya çıktığı olağüstü durumlarda, Başkan, millî güvenliği veya kamu barışını ve düzenini korumak maksadıyla, Millet

<sup>156</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>157</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 711.

<sup>158</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea; Korean Legislative System and Procedures.

<sup>159</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>160</sup> İbid.



Meclisi'nin kapalı olduğu zamanlarda Meclis'in toplanmasını bekleyecek kadar zamanın olmadığı durumlarda, millî güvenliğin ve toplumda güven ve barış ortamının oluşması maksadıyla, kanunların öngördüğü asgarî düzeyde gerekli olan malî ve iktisadî faaliyetlerle alakalı âcil tedbirleri alabilir, bu yönde emir ve talimatlar verebilir (AY. md. 76). Başkan, millî güvenliği etkileyen büyük çaplı düşmanlıkların ortaya çıkması halinde, Millet Meclisi'nin derhal toplanmasının mümkün olmadığı durumlarda, milletin bütünlüğünün korunmasının gerekli kıldığı ölçüde, kanunlarda öngörülen emirleri yayımlayabilir. Bu kapsamda alınan tedbirlere ve verilen emirlere ilişkin işlemler Millet Meclisi'nin onayına sunulur (AY. md. 76).

Başkan, askerî bir zorunluluk, savaş, silahlı çatışma ya da benzeri, sıkıyönetim ilanını lüzumlu kılan şartların ortaya çıktığı durumlarda, bu durumların ortaya çıkardığı tehlikelerle baş edebilmek maksadıyla askerî güçler seferber edilerek, kamu güvenliği ve düzeninin korunması amacıyla, kanunun öngördüğü şartlar altında sıkıyönetim ilan edebilir. Sıkıyönetim ilan kararı Millet Meclisi'nin onayına sunulur. Meclis, üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyuyla sıkıyönetim ilan kararını reddedebilir ya da onaylayabilir (AY. md. 77)<sup>161</sup>.

Başkan, âcil durum ilan edildiği durumlarda, âcil durumun lüzumlu kıldığı hallerde, kanun gücüne sahip "âcil durum yürütme emirleri" ve "âcil durum malî ve ekonomik yürütme emirleri" çıkarma yetkisine sahiptir<sup>162</sup>. Çıkarılan acil durum ilan kararı ve âcil durum yürütme emirleri, Resmi Gazetede yayınlanarak ilan edilir. Resmi Gazete'de ilan edilen herhangi bir acil durum yürütme emri derhal uygulanabilir<sup>163</sup>. Başkan tarafından çıkarılan âcil durum yürütme emirleri Millet Meclisi'nin onayına sunulur<sup>164</sup>. Âcil durum yürütme emirlerini yürütmenin diğer düzenleyici işlemlerinden farklı kılan iki özellik vardır. (1) Yürütmenin olağan dönemlerde çıkardığı düzenleyici işlemler hiyerarşik olarak kanun gücünde olmadığı halde, âcil durum yürütme emirleri kanun gücündedir. (2) Yürütmenin olağan

<sup>161</sup> MARTINEZ, agm., s. 2501; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

<sup>162</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>163</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>164</sup> İbid.; MARTINEZ, agm., s. 2501.

dönemlerde çıkardığı düzenleyici işlemlerin Meclis'in onayına sunulma mecburiyeti olmadığı halde, âcil durum yürütme emirlerinin derhal Meclis'in onayına sunulma mecburiyeti vardır.

Âcil durum ilanı kararı ile âcil durum emirlerinin, Meclis'in onayına tabi olmasının, frenleyici ve sınırlayıcı yönde etkiler meydana getirmesinin, bu Anayasa döneminde yaşanan demokratik gelişmelerle bütünlük içerisinde değerlendirilmesi gerekir. Burada, anayasal sınırlayıcı yapının, demokratik kültür ve konsolidasyonla tamamlanması söz konusudur.

### 9. Bölünmüş Hükümet Dönemleri

Başkanlık sisteminin tatbik edildiği bazı ülkelerde, Yasama Meclisi'ndeki çoğunluğun siyasî eğiliminin başkanın siyasî eğiliminden farklı olduğu "bölünmüş hükümetler" döneminde, yasama-yürütme arasında gerilimler, bazı kereler çatışmalar söz konusu olabilmektedir. Her ne kadar, kendine mahsus bazı özellikler sebebiyle ABD'de bölünmüş hükümetler döneminde yaşanan gerilimlerde sistem tıkanma noktasına ulaşmasa da, parti disiplininin ve partiler arasında katı ideolojik farklılıkların olduğu, uzlaşılı kültürünün gelişmediği çoğu Latin Amerika ülkelerinde, bölünmüş hükümetler döneminde, yasama ve yürütme arasında yaşanan çatışmalar sebebiyle çoğu kereler sistemin kilitlendiği, bazı kereler yasama ve yürütmenin durma noktasına geldiği<sup>165</sup>, bazı durumlarda sistemin tıkanıdığı<sup>166</sup>, bazı ülkelerde bu dönemlerin, yürütme organını (başkan) "ülkeyi karamamelerle yönetmek" şeklinde

<sup>165</sup> J. Mark PAYNE, "Balancing Executive and Legislative Prerogatives: The Role of Constitutional and Party-Based Factors", *Democracies in Development*, (Edt.: J. Mark PAYNE & Daniel G., ZOVATTO & Mercedes Mateo DÍAZ), Harvard University, Washington, 2007, s. 116, <https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/441/Democracies%20in%20Development.pdf?sequence=2>, (ET: 07.04.2018); Jose Antonio CHEIBUB, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, s. 16, [http://fdjpkc.fudan.edu.cn/\\_upload/article/files/10/bd/dd6bb622400a8cccedde721a4568/8a90b72d-e5bf-477b-aad7-34154990497b.pdf](http://fdjpkc.fudan.edu.cn/_upload/article/files/10/bd/dd6bb622400a8cccedde721a4568/8a90b72d-e5bf-477b-aad7-34154990497b.pdf), (ET: 21.05.2018).

<sup>166</sup> Fabrice LEHOUCQ, "Constitutional Design And Democratic Performance In Latin America", (December 15, 2005), s. 5-6, <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/vrj/lehoucq.pdf>, (ET: 19.07.2018).

farklı alternatif yollar aramaya sevk ettiği<sup>167</sup>, fesih ve azil mekanizmaları mevcut olmadığı için, karşılıklı inatlaşmaların seçimlere kadar devam edecek olmasının, siyasî aktörleri Anayasa dışı çözümlere müracaat etmeye teşvik edici yönde etkiler meydana getirdiği belirtilmiştir<sup>168</sup>. Başkanlık sisteminin uygulandığı ve parti disiplininin mevcut olduğu Güney Kore'de de bölünmüş hükümet uygulamalarının ne tür sonuçlara sebep olduğunun belirlenmesi, hükümet sisteminin işlerliği bağlamında önem arz etmektedir.

Güney Kore'de 1987'de demokrasiye geçildikten sonra bazı dönemlerde bölünmüş hükümetler ortaya çıktı. Bu dönemlerde Koreli seçmenler, genellikle Başkan'ı bir partiden seçtikleri halde, Millet Meclisi'nde başkana muhalif başka bir partiye ya da partilere çoğunluğu verdiler. Bazı kereler bölünmüş hükümetler döneminde suni olarak "birleşik hükümet" in<sup>169</sup> üretilmesi için seçim sonrasında yoğun çabalar sarf edildi. Başkan'la aynı siyasî eğilimde olan parti ya da partililer, muhalif yasama Meclisi üyelerinin Başkan'ın siyasî eğilimindeki kampa girmeleri için sık sık yoğun çabalar sarf ettiler; bazen parlamentoda Başkan'ın siyasî eğilimi yönünde çoğunluğun sağlanabilmesi için daha az üyeye sahip partilerle siyasî koalisyonlar kurdular. Buna göre, bazı yıllarda seçimler sonrasında bölünmüş hükümetlerle birleşik hükümetler arasında dönüşümler yaşandı<sup>170</sup>.

Güney Kore'deki bölünmüş hükümet uygulamaları ile ABD'deki uygulamalar farklılık arz etmektedir. Bu farklılık sebebiyle Güney Kore uygulaması bölünmüş hükümetlere olan bakış açısını değiştirmiştir. ABD'deki uygulamalar

<sup>167</sup> PAYNE, agm., s. 116; CHEIBUB, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, s. 16.

<sup>168</sup> CHEIBUB, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, s. 16.

<sup>169</sup> "Birleşik hükümet", tek meclisli yasama organında, Meclisteki çoğunlukla Başkan'ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu, iki Meclisli yasama organında, her iki meclisteki çoğunlukla Başkan'ın aynı siyasî eğilime sahip olduğu durumlarda birleşik hükümetin varlığından söz edilir. ABD'de olduğu gibi, Başkan'ın partisinin hem Senato'da hem de Temsilciler Meclisi'nde çoğunluğa sahip olduğu durumlarda, birleşik hükümetin varlığı söz konusudur. Frank BAUMGARTNER & Sylvain BROUARD & Emiliano GROSSMAN, Sébastien LAZARDEUX & Jonathan MOODY, "Divided Government, Legislative Productivity, and Policy Change in the USA and France", *Governance*, Wiley, Vol. 26, Issue 4, Y. 2013, s. 424, <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053724/document>, (ET: 07.07.2019).

<sup>170</sup> LIM, agm., s. 240.

ekseninde yürütülen bölünmüş hükümetler hakkındaki tartışmaların, büyük ölçüde, ya “yasama-yürütme ilişkilerinin kilitlenmesi” ya da “bu ilişkilerdeki ılımlılık” üzerinde yoğunlaştığı görülmektedir. Buna alternatif olabilecek seçenekler çok az ilgi görmüştür. Güney Kore örneği, bölünmüş hükümetler dönemine ilişkin “tıkanma” veya “ılımlılık” tartışmalarının sınırlarının aşıldığını gösteriyor. Bu ülkede bölünmüş hükümet uygulamaları neticesinde, Meclis ve başkan arasında, ne ılımlılık, ne de sistemin kilitlenmesi durumu ortaya çıkmakta; bunun yerine yönetişimin diğer bölgelerinde değişikliklerin yapılması durumu ortaya çıkmaktadır. Bu ülkede bölünmüş hükümet söz konusu olduğunda, yasama dışında kalan yürütme alanı, yasamaya dayalı bir kilitlenme veya ılımlılık şeklindeki ikili çatallaşma dışında kalacak şekilde aktif hale getirilmektedir<sup>171</sup>.

Bölünmüş hükümetler döneminde idarenin güçlü bir konuma sahip olması evrensel bir olgu değildir. Parti disiplininin ve yasama-yürütme ilişkilerinde partizan bir yapının mevcut olduğu Güney Kore’de bölünmüş hükümetler döneminde, yasama-yürütme ilişkilerinde sistemin işlerliğinin sağlanmasının temelini “güçlendirilmiş yürütme” teşkil etmektedir. Güney Kore’de bölünmüş partizan hükümetler döneminde yürütmenin güçlü konuma sahip olmasını sağlayan şartlar şu şekilde sıralanabilir: (1) Artan yürütme ve idarî politika yükünün yürütülebilmesi için güçlü bir idare aygıtı mevcuttur. (2) Başkan, idarî birimler üzerinde baskın bir etkiye sahip olduğu için, kendisine karşı partizanca engelleyici tutumlar sergileyen Meclis’le karşılaştığında, kolayca idarî politikalar oluşturma yoluna gidebilmektedir. (3) Yasama Meclisi, başkanın idarî politika yapımına yönelik uygulamalarını kontrol edebilmek veya önleyebilmek için etkin siyasî güce sahip değildir. Bölünmüş hükümetler zamanında, yürütmenin, idarî politika oluşturma noktasında güçlü hale gelebilmesi konusunda kanun koyucunun etkilerinden büyük ölçüde yalıtılmış olması sebebiyle, devletin yürütme aygıtı, yasamaya bağlı olmaksızın politika oluşturma noktasından kendine yeter hale gelmiştir<sup>172</sup>.

---

<sup>171</sup> İbid., s. 233.

<sup>172</sup> İbid., s. 233, 242.

Güney Kore'de, başkana karşı olan partililerin parlamentoda çoğunluğa sahip olduğu bölünmüş hükümetler döneminde, başkanla yasama arasında yaşanan gerilim ortamında, Başkan, sahip olduğu anayasal yetki ve gücü sayesinde, yasama Meclisi tarafından sergilenen meydan okumalar karşısında çaresizlik içinde kalmamakta, yasamanın başkandan gelen yasama önerilerine karşı direnç gösterdiği durumlarda, düzenleyici işlemler yapmak suretiyle yasamanın direncini bertaraf edebilmekte; bu yolla, ihtiyacı olan hukukî düzenlemeleri yapabilmektedir. Güçlü yürütme, bölünmüş hükümetler döneminde, yasamaya fazla muhtaç olmaksızın yürütme görevini icra edebilmektedir<sup>173</sup>.

Bölünmüş hükümetler döneminde, Güney Kore'de Millet Meclisi üyelerinin partizan ve kurumsal çatışmanın seviyesini yükselterek yasama meseleleri konusunda daha aktif ve iddialı hale gelmeleri, yürütme tarafındaki aktörleri, yönetim için temel bir mekanizma olarak idarî politika oluşturma kapasitelerinin güçlendirilmesi yönünde motive etmektedir. Yürütmenin daha güçlü hale geldiği bölünmüş hükümetler döneminde, başkanlık kararnamelerinde, başbakanlık ve bakanlık yönetmeliklerinde, icra kararlarında ve diğer idari düzenlemelerde nispeten bir artış yaşanmıştır<sup>174</sup>.

Güney Kore'de Mayıs 1988-Şubat 2003 arasında "birleşik hükümet"lerle "bölünmüş hükümet"ler zamanında, çıkarılan yasama ve yürütme işlemlerine yönelik bir araştırma yapılmıştır. Mayıs 1988 ile Şubat 2003 arasında Meclis tarafından çıkarılan kanunlarla Başkan tarafından çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısı şu şekildedir: Bölünmüş hükümetler: kanunlar: 165; başkanlık kararnameleri: 355; başkanlık kararnamelerinin kanunlara oranı: 2,151'dir. Birleşik hükümetler: Kanunlar: 207; başkanlık kararnameleri: 379; başkanlık kararnamelerinin kanunlara oranı: 1,830. Bölünmüş hükümetler zamanında kanunî düzenlemelerin sayısı, birleşik hükümetler zamanına kıyasla daha azdır; bu vesileyle bölünmüş hükümetler dönemde yasamanın üretkenliği nispeten azalmıştır<sup>175</sup>.

<sup>173</sup> İbid., s. 241-242.

<sup>174</sup> İbid., s. 232-233.

<sup>175</sup> İbid., s. 244.

Bölünmüş hükümetler döneminde yürütmeden gelen kanun önerilerinin Meclis'te kabul edilme oranı, birleşik hükümet dönemlerine kıyasla azalmıştır. Fakat aralarında çok aşırı fark yoktur. Bölünmüş hükümetler döneminde, yürütmeden gelen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı %85.8 iken, birleşik hükümetler döneminde bu oran %88.4'tür. Bölünmüş hükümetler döneminde, yasama organından gelen kanun önerilerinin kanunlaşma oranı %40.6 iken, Birleşik hükümetler döneminde bu oran %47.2'dir<sup>176</sup>.

Bu araştırmaya göre, parti disiplinine ve yasama yürütme arasındaki partizan ilişkilere rağmen, birleşik hükümetler dönemi ile bölünmüş hükümetler dönemi arasında, kanunlaştırma ve yürütmenin düzenleyici işlem çıkarma rakamları arasında ciddi farklılıklar yoktur. Her ne kadar birleşik hükümetler zamanında, hem kanunî düzenlemelerin, hem de başkanlık kararnamelerinin sayısı artmakta ise de, kanunların sayısındaki artış, hem sayısal, hem de oransal olarak başkanlık kararnamelerinin sayısından daha fazladır. Kanunî düzenlemeler, yasama Meclisi'nde görüşülerek kabul edildikten sonra başkan tarafından yayımlandığı için, kanun önerisi üzerinde yasama ve yürütmenin mutabık olmaları, kanunî düzenlemelerin kabulünde kolaylaştırıcı yönde etki meydana getirmektedir. Bu mutabakatın mevcut olmadığı durumlarda ise, kanunî düzenlemelerin kabul edilerek yürürlüğe girdirilmesi nispeten zorlaşmaktadır<sup>177</sup>. Her ne kadar, bölünmüş hükümetler zamanında çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısı, birleşik hükümetler zamanında çıkarılan başkanlık kararnamelerinin sayısından az ise de, bu ikisi arasındaki fark, bu iki dönemde çıkarılan kanunların sayısı arasındaki farka kıyasla daha azdır. Bu vesileyle yürütmenin düzenleyici işlemleri bölünmüş hükümetler zamanında kanunlara kıyasla daha az etkilenmektedir<sup>178</sup>.

Burada ilginç olan bir netice de, esasen bölünmüş hükümetler zamanında başkanlık kararnamelerinin birleşik hükümetlere kıyasla daha fazla olması beklenirken, neticenin aksi yönde olmasıdır. Bu sonuca göre, başkan, birleşik

---

<sup>176</sup> İbid., s. 246.

<sup>177</sup> İbid., s. 244.

<sup>178</sup> İbid., s. 244.

hükümet döneminde de bölünmüş hükümet döneminde de güçlü konumunu korumaktadır. Kore'de bu şekilde ortaya çıkan uygulamalar, bölünmüş hükümetler döneminde yürütmenin düzenleyici işlemlerinde aşırı artışların yaşandığı bazı Latin Amerika ülkelerindeki pratiklerden esashi şekilde farklı olmaktadır.

#### 10. Başkan ve Kabine Üyelerinin İmpeachment Kapsamında Sorumluluğu

Anayasaya göre, başkan, Millet Meclisi'ni feshedemediği gibi, başkanın da, Millet Meclisi'ne karşı doğrudan bir siyasî sorumluluğu yoktur. Başkan, görevi esnasında ayaklanma (isyan, ihtilal vb.) ya da vatana ihanet suçları dışındaki suçlardan dolayı suçlanamaz (AY. md. 84). Başkan, başbakan, kabine üyeleri, yürütme bakanlıklarının başkanları, AYM üyeleri, hâkimler, Milli Seçim Komisyonu üyeleri, Denetim ve Teftiş Kurulu başkanı ve üyeleri ve kanunla tayin edilen diğer kamu görevlileri hakkında, resmî görevleri yerine getirirken Anayasa'yı veya diğer kanunları ihlal etikleri iddiası ile Millet Meclisi'nde, impeachment usulü kapsamında suçlama yapılmasına karar verilebilir (AY. md. 65/1). Anayasa'nın 65/1. maddesinde belirtilen kişiler hakkında görevden alma prosedürü iki evreden oluşur: (1) Millet Meclisi'nde suçlama kararının alınması, (2) AYM'de görevden alma kararının verilmesi<sup>179</sup>.

Anayasa'nın 65/1. fıkrada belirtilen Başkan dışındaki diğer kişiler hakkında, suçlama önerisi Millet Meclisi'nin üye tamsayısının üçte birinden fazlası tarafından yapılır ve suçlama kararı üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile alınır (AY. md. 65/2). Başkan hakkında suçlama önerisi, Millet Meclisi'nin üye tamsayısının salt çoğunluğunun oyu ile yapılır, suçlama kararı üye tamsayısının en az üçte iki ve daha fazlasının oyu ile alınır (AY. md. 65/2). Hakkında impeachment usulü kapsamında suçlama önergesi verilmiş olan ve Anayasanın 65/1. fıkrasında belirtilenler arasında yer alan herhangi bir kişinin, suçlama kararı kapsamında O kişi hakkında AYM tarafından yapılan yargılama neticesinde hüküm verilmeye kadar, sahip olduğu

---

<sup>179</sup> KIM, The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun, s. 86-87; Rodrigo González QUINTERO, "Judicial Review in the Republic of Korea: an Introduction", *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, No. 34, Y. 2010, s. 12, <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a02.pdf>, (ET: 09.07.2019).

anayasal yetkilerini kullanması askıya alınır (AY. md. 65/3)<sup>180</sup>. Bu durumda, başbakan, yargılama sonuna kadar başkanın yerine vekâleten başkanlık görevini yürütür. Millet Meclisi tarafından yapılan suçlama üzerine, görevden alma yargılaması, AYM tarafından yapılır (AY. md. 111/1(-2), 113/1). AYM, yaptığı yargılama neticesinde, suçlamayı haklı bulduğu takdirde, yargılanan kişilerin görevine son verir. Suçlama üzerine AYM tarafından verilen karar, görevden uzaklaştırma kararından daha ağır olamaz. Bu hüküm, suçlanan kişiyi hukukî veya cezaî sorumluluktan muaf tutmaz ve görevden uzaklaştırılan kişi beş yıl süreyle kamu görevi yapamaz (AY. md. 65/4)<sup>181</sup>.

Millet Meclisi tarafından alınan suçlama kararı, başkanın görevini daimî olarak sonlandırmadığı için, başkanın Millet Meclisi'ne karşı siyasî sorumluluğu söz konusu değildir. Başkan'ın görevine son verme kararını sadece AYM verebilir. Salt siyasî sebeplerle, başkanın görev süresi dolmadan Meclis tarafından görevden alınması mümkün değildir<sup>182</sup>.

Burada, AYM tarafından yürütülen yargılama sadece görevden alma kararının verilmesine yöneliktir. Bu yargılama cezaî ya da hukukî bir yargılama değildir. Şayet cezaî ya da hukukî sorumluluğu lüzumlu kılan bulgular ve deliller mevcut ise bu kişiler genel mahkemelerde yargılanırlar. Bu yargılama neticesinde suçlu bulunmaları halinde haklarında cezaî mahkûmiyet ya da hukuki sorumluluk yönünde kararlar verilir. Nitekim Güney Kore Devlet Başkanı Park Geun-hye hakkında, Millet Meclisi'nde suçlama kararı alındı. Suçlama kararı üzerine dosya AYM'ye intikal etti<sup>183</sup>. AYM, 10.03.2017 günü Park'ın görevine son verdi<sup>184</sup>. AYM

---

<sup>180</sup> QUINTERO, agm., s. 12.

<sup>181</sup> İbid., s. 12.

<sup>182</sup> AYDOĞDU, Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler, s. 712.

<sup>183</sup> Lee TAEHO, "Korea's Candlelight Revolution and Participatory Democracy", *Asia Leadership Fellow Program e-magazine*, issue 1, [http://alfpnetwork.net/en/e-magazine001\\_06/](http://alfpnetwork.net/en/e-magazine001_06/), (ET: 06.07.2019).

<sup>184</sup> TAEHO, agm.



tarafından verilen bu karardan sonra, Park tutuklandı ve ceza mahkemesinde yargılandı<sup>185</sup> ve yapılan yargılama neticesinde 24 yıl hapis cezasına mahkûm oldu<sup>186</sup>.

## B. Yasama Organı

### 1. Yasama Yetkisi ve Millet Meclisi Üyelerinin Belirlenmesi

Anayasa'ya göre, yasama yetkisi Millet Meclisi'ne aittir. Millet Meclisi, başkanlık sisteminin tatbik edildiği diğer bazı ülkelerden<sup>187</sup> farklı olarak tek Meclislidir (AY. md. 40)<sup>188</sup>.

Anayasa'ya göre, Millet Meclisi, halk tarafından, genel, eşit, doğrudan ve gizli oyla seçilen üyelerden teşekkül etmektedir. Başkanlık seçimleri 5 yılda bir (AY. md. 70), Millet Meclisi seçimleri 4 yılda bir yapılmaktadır (AY. md. 42)<sup>189</sup>. Burada her iki organın seçimleri, farklı tarihlerde yapılmaktadır. Her iki organın görev sürelerinin farklı olması ve her ikisinin seçimlerinin de farklı tarihlerde yapılacak olması, bölünmüş hükümet ihtimalini artırmaktadır.

Anayasaya göre, Millet Meclisi'nin üye sayısı 200'den az olmayacak şekilde Kanunla belirlenir (md. 41/2). Millet Meclisi'nin üye sayısı kanunla 300<sup>190</sup> olarak

---

<sup>185</sup> Heo UK & Seongyi YUN, "South Korea in 2017: Presidential Impeachment and Security Volatility", *Asian Survey*, Vol. 58, No. 1, February 2018, s. 65-66, file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/AsianSurvey2018.pdf, (ET: 06.07.2019); HAHM & HEO, agm., s. 1-2.

<sup>186</sup> "South Korea: Former President Park Geun-hye Sentenced to 24 Years in Jail", (April 6, 2018), <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/06/former-south-korea-president-park-geun-hye-guilty-of-corruption>, (ET: 06.07.2019); TAEHO, agm.

<sup>187</sup> Başkanlık sisteminin tatbik edildiği ABD (AY. md. 1), Uruguay (AY. md. 83, 84), Arjantin (AY. md. 44), Brezilya (AY. md. 44), Şili (AY. md. 46) ve Meksika'da Yasama Meclisi iki Meclislidir. KÜÇÜK, *age.*, s. 295.

<sup>188</sup> 1948 Anayasasının ilk metninde tek meclisli bir Yasama Meclisi mevcuttu. 1952 Anayasa değişikliği ile Yasama Meclisi iki Meclisli bir hale geldi. ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; SON, agm., s. 2; MOON, agm., s. 55. 1962 Anayasası ile tekrardan tek Meclisli bir Yasama Meclisi sistemine dönüldü. The Constitution of the Republic of Korea; SORDAN, agm., s. 2.

<sup>189</sup> BUTCHER, agm., s. 7.

<sup>190</sup> Millet Meclisi'nin 03.03.2016 tarihinden önce üye sayısı 299 idi. 03.03.2016 Tarih ve 14073 Numaralı Kanunla, Kamu Resmî Seçim Kanunu'nunda yapılan değişiklikle, Millet Meclisi üye sayısı 300 olarak belirlenmiştir. "Public Official Election Act", md. 21/1, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/05\\_resourcecenter/02\\_01.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/02_01.jsp), (ET: 08.07.2019); CHAIBONG, agm., s.

belirlenmiştir. Anayasa’da seçim sistemine ilişkin hükme de yer verilmiştir. Anayasa’ya göre, Millet Meclisi üyelerinin seçim bölgeleri, nispi temsil ve Millet Meclisi seçimlerine ilişkin diğer hususlar kanunla belirlenir (md. 41/3). Anayasa’daki bu hükme rağmen yasama Meclisi üyelerinin, salt nispi temsil seçim sistemi yerine, iki tür seçim sisteminin bir arada tatbik edildiği “karma sistem”le belirlenmesi usulü benimsenmiştir<sup>191</sup>. Birisi tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi, diğeri nispi temsil seçim sistemidir. Millet Meclisi, mümkün olduğu kadar bölgecilik saikleriyle siyasi iradeyi bloke etmesin ve ülkenin tamamını temsil etsin diye, ağırlıklı olarak (253 Millet Meclisi üyesi) her bir seçim çevresinden bir milletvekilinin seçildiği<sup>192</sup> tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi ile seçilen üyelerden oluşmaktadır<sup>193</sup>. Millet Meclisi’nin 47 üyesi de Ülkenin bütününe tek bir seçim bölgesi kabul edildiği<sup>194</sup> millî düzeyde uygulanan kapalı listeli nispi temsil seçim sistemi ile, partilerin ülke genelinde aldıkları oy oranı esas alınarak, en az %3 veya daha fazla oy almış partiler veya tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemine göre beş veya daha fazla sandalye alan partiler arasında paylaştırılmaktadır<sup>195</sup>. Millet Meclisi üyelerinin %84’ü tek isimli tek turlu basit çoğunluk sistemi ile tayin edildiği ve bu sistem genellikle büyük partiler lehine sonuçlar doğurmaya müsait olduğu için, bu sistemde, bölünmüş

---

128; Kyle POPE & Adam Pepin-HALL, “Can South Korea Enact Electoral Reform in Time”, *The Diplomat*, (April 2, 2019), <https://thediplomat.com/2019/04/can-south-korea-enact-electoral-reform-in-time/>, (ET: 25.06.2019); 2016 seçimlerinde 300 üyeli Millet Meclisi’nde milletvekillerinin Partilere dağılımı şu şekildedir: Saenuri Party: 122; Minjoo Party of Korea: 123; People’s Party: 38; Justice Party: 6; Independents (bağımsızlar): 11. Timothy S. RICH, “Explaining the Success of the People’s Party: An Analysis of South Korea’s 2016 Legislative Elections”, *Asian Politics & Policy*, Vol. 11, Issue 1, Y. 2019, s. 28, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/aspp.12432>, (ET: 25.06.2019); ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

<sup>191</sup> BUTCHER, agm., s. 7; RICH, agm., s. 28; POPE & HALL, agm..

<sup>192</sup> Public Official Election Act, md. 21, 22.

<sup>193</sup> “National Assembly Elections”, [http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/02\\_elections/01\\_04.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp), (ET: 08.07.2019).

<sup>194</sup> Public Official Election Act, md. 20.

<sup>195</sup> Public Official Election Act, md. 189/1; National Assembly Elections; BUTCHER, agm., s. 7; POPE & HALL, agm.; MIŞ & ASLAN & AYVAZ & DURAN, *age.*, s. 72-73; DURMAZ, agm., s. 9.

hükümet durumunun yaşanma ihtimalinin zayıf olduğu belirtilmiştir<sup>196</sup>. Fakat bu ihtimale binaen, yine de özellikle çok partili yapının da<sup>197</sup> etkisiyle bazı dönemlerde bölünmüş hükümet dönemlerinin ortaya çıktığına şahit olunmuştur.

Mevcut seçim sisteminin, büyük partilere Millet Meclisi'nde orantısız sayıda sandalye sağladığı, Mecliste temsil imkânı bulmayan küçük partilerin seslerinin genellikle ihmal edildiği baskın bir parti sistemine yol açtığı, temsil gücü yüksek ve etkili olan bir Millet Meclisi'ne, halkın daha fazla güven duyacağı, kamuoyu yoklamalarına göre, mevcut seçim sistemi sebebiyle, vatandaşların Millet Meclisi'ne duyduğu güvenin, kamu kurumları arasında en düşük seviyede olduğu gerekçesi ile seçim sistemine yönelik eleştiriler getirilmiştir<sup>198</sup>.

Başkanlık sisteminin demokratik devlet özelliğini haiz olabilmesinin zaruri gereklerinden biri de, seçimlerin düzenli, hür, serbest ve hilesiz yapılmasıdır. Tüm seçim işleri bağımsız bir anayasal organ olan Millî Seçim Komisyonu tarafından yönetilmektedir<sup>199</sup>. Milli Seçim Komisyonu, Başkan tarafından atanan üç, Millet Meclisi tarafından seçilen üç ve Yüksek Mahkeme Başsavcısı tarafından atanan üç üyeden oluşur (AY. md. 114). Seçim Komisyonu Kanununa göre, seçimlerin ve referandumların âdil yönetiminden ve siyasi partilerle ilgili işlerin denetlenmesinden Milli Seçim Komisyonu Sorumludur<sup>200</sup>.

## 2. Millet Meclisinin Toplanması ve Faaliyetleri

Millet Meclisi, kanunla öngörülen şekilde her yıl olağan oturumlarını yapar. Meclis'in düzenli oturumlarının süresi yüz günü ve olağanüstü oturumları otuz günü geçmeyecek şekilde yapılır. Millet Meclisi'ni olağanüstü toplantıya çağırma yetkisi

<sup>196</sup> CAN, Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore.

<sup>197</sup> 1988 seçimlerinde 5, 1992'de 4, 1996'da 5, 2000'de 8, 2004'de 10, 2008'de 12 parti Millet Meclisi'ne temsilci göndermiş, ayrıca 2008'de 25 bağımsız milletvekili Millet Meclisi'ne seçilmiştir. JUNG, agm., s. 37.

<sup>198</sup> KİM, Reforming South Korea's 'Imperial Presidency, s. 2.

<sup>199</sup> KALINOWSKI & RHYU & CROISSANT, *age.*, s. 20.

<sup>200</sup> "Election Commission Act", md. 1, 3, [https://elaw.klri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=37417&type=part&key=3](https://elaw.klri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=37417&type=part&key=3), (ET: 08.07.2019).

başkan ve Millet Meclisi üye tamsayısının dörtte biri ve daha fazlasına aittir (AY. md. 47).

İmpeachment usulü kapsamında suçlama kararı, Başbakan ve bakanların görevden alınması için Başkan'a öneride bulunma kararı gibi Anayasa ya da kanunda özellikle belirtilenlerin dışında, Millet Meclisi üye tamsayısının salt çoğunluğunun katılımı ve katılanların salt çoğunluğunun oyu ile karar verir (AY. md. 49).

Millet Meclisi üyeleri, aynı zamanda kanunî olarak başka bir görev üstlenemezler (AY. md. 43). Bu hüküm icabı, bir kişi hem yasamada hem de yürütme ya da yargıda görev alamaz. Bu hüküm, başkanlık sisteminin talî gereklerinden biri olan "bir kişinin, hem yasamada, hem de yürütmede görev alamaması" ilkesi ile uyumludur.

Güney Kore'de kanun önerisi, hem Millet Meclisi üyeleri, hem de yürütme organı (başkan) tarafından verilebilir (AY. md. 52). Bir kanun önerisi en az 10 milletvekilinin imzası ile Millet Meclisine sunulur<sup>201</sup>. Benzer hükümler, Bazı Latin Amerika ülkelerinde de mevcuttur<sup>202</sup>. Bu hüküm kapsamında başkanın kanun önerisinde bulunma yetkisine sahip olmasının fonksiyonlar ayrılığı ile uyumluluğunun mevcut olmadığı söylenebilir.

Başkanlık sisteminin temel gereklerinden biri olan fonksiyonlar ayrılığı ilkesi icabı, dışarıdan atanan başbakan ve bakanların, Millet Meclisi'nde yasama faaliyetlerine katılma yetkilerinin olmaması gerekir<sup>203</sup>. Güney Kore'de Başbakan, kabine üyeleri (bakanlar), Millet Meclisi toplantılarına ya da komitelerine katılabilirler, devlet yönetimi hakkında raporlar hazırlayabilirler, görüşlerini dile getirebilirler ya da buralarda kendilerine yöneltilen soruları cevaplayabilirler. Fakat bunlar yasama faaliyetleri yürütülürken oy kullanamazlar, yasama işlemleri hakkında kürsüde konuşamazlar. Sadece Millet Meclisi veya komiteleri tarafından

---

<sup>201</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>202</sup> Venezuela (AY. md. 204), Uruguay (âciliyet arz eden durumlarda) (AY. md. 168), Peru (AY. md. 107), Brezilya (AY. md. 60), Arjantin (AY. md. 77), Meksika (AY. md. 71), Şili (AY. md. 65) ve Kostarika'da (AY. md. 123, 140) Başkan'ın da kanun önerisinde bulunma yetkisi vardır. KÜÇÜK, *age.*, s. 296-297.

<sup>203</sup> *Ibid.*, s. 25.

talep edildiğinde, başbakan, kabine üyeleri, Millet Meclisi toplantılarına katılırlar, idarenin işleyişi hakkında yasama Meclisi'ne bilgi verirler ve orada kendilerine yöneltilen soruları cevaplarlar (AY. md. 62)<sup>204</sup>. Buradaki katılım, esasen yasama faaliyetlerinin aktif olarak yönlendirilmesi, kararların alınmasına etki edilmesi boyutuna taşınmadığı müddetçe, fonksiyonlar ayrılığı ilkesi ile bir dereceye kadar uyumlu görülebilir. Nitekim burada sözü edilen katılım türünün de, etkilemeden ziyade bilgi verme ağırlıklı olduğu söylenebilir.

### 3. Kanunların Veto Edilmesi ve İlanı

Kanun önerileri (bill), Millet Meclisinde kabul edildikten sonra, onaylanmak üzere yürütme organına gönderilir. Başkan, kendisine gönderilen kanun önerisini 15 gün içerisinde ilan eder. Başkan'ın önüne gelen kanun önerisine itirazı varsa, 15 günlük süre içerisinde veto ederek itiraz gerekçelerini de yazılı olarak belirtmek suretiyle kanun önerisini Millet Meclisi'ne iade edebilir ve Meclis'ten bu önerinin yeniden görüşülmesini talep edebilir (AY. md. 53/1,2, 3). Millet Meclisinde kabul edilen kanun önerisi Yürütme'ye gönderilir. Yasama Bakanlığı ve yetkili bakanlık, Meclis tarafından kabul edilen kanun önerisini aldıktan sonra, öneriyi inceler ve Meclis'in kabul ettiği kanun önerisini veto etme yetkisinin kullanılıp kullanılmayacağına dair bir kararın verilmesi için söz konusu tasarıyı Kabine'ye iletir<sup>205</sup>. Veto kararı, Kabinede müzakere edildikten sonra verilir. Güney Kore'de, Başkan'ın önüne gelen kanun önerilerini kısmî veto etmesi Anayasa'da açıkça men edilmiştir (AY. md. 53/1,2, 3). Millet Meclisi Başkan tarafından iade edilen kanun önerisini yeniden görüşür. Veto yoluyla iade edilen bir kanun önerisinin, Millet Meclisi'nde üye tamsayısının yarısından fazlasının katılımıyla ve katılanların 2/3'nin veya daha fazlasının oyuyla aynen kabul edilmesi halinde, veto aşılmış ve kanun kesinleşmiş olur<sup>206</sup>; bir diğer ifadeyle kanun önerisi kanunlaşmış olur. Bu durumda artık Başkan'ın önüne gelen ve kesinleşen kanunu tekrardan veto etme yetkisi

<sup>204</sup> CAN, Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore.

<sup>205</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

<sup>206</sup> İbid.

yoktur. Başkan, önüne gelen kanun önerisini 15 gün içerisinde ilan etmediği ya da Millet Meclisine iade etmediği takdirde, kanun önerisi kanunlaşarak kesinleşmiş olur (AY. md. 53/4, 5). Başkan, önüne gelen kanun önerisini, 15 gün içinde yayımlamadığı veya bu süre içinde veto ederek Meclise iade etmediği veya vetodan sonra yeterli çoğunlukla aynen kabul edilerek önüne tekrardan geldiği takdirde, kesinleşmiş olan kanunu 5 gün içinde ilan etmemesi halinde, söz konusu kanun, Millet Meclisi Başkanı tarafından yayımlanarak ilan edilir (AY. md. 53/6).

Birleşik hükümetler zamanında genellikle kanunlar yasama ve yürütmenin mutabakatı ile çıkarıldığı için pek veto durumu vaki olmaz. Bölünmüş hükümetler döneminde ise yasama ile yürütmenin mutabık kalmadığı kanun önerileri Mecliste kabul edilebilir. Bu durumda, Başkan tarafından veto edilen kanun önerilerinin tekrardan yeterli çoğunlukla kabul edilebilmesi için katılanların 2/3'nin sağlanması oldukça zordur. Başkan'la aynı eğilimde olmayan üyelerin sayısı vetonun aşılması için yeterli olsa bile, çok partili bir yapıya<sup>207</sup> sahip Güney Kore'de muhaliflerin kendi aralarında uzlaşma sağlamadıkları durumlarda vetonun aşılması güçleşmekte, bu kesimler arasında uzlaşmanın sağlandığı durumlarda ise Başkan'ın veto gücü zayıflamaktadır. Güney Kore'de son durum hariç, yasama faaliyetlerinin, büyük ölçüde yürütmenin belirleyiciliğinde gerçekleşmesi tabii bir durumdur<sup>208</sup> ve yürütmenin yasama üzerindeki sahip olduğu veto yetkisi bu dönemlerde aşılamamaktadır. Bu vesileyle, veto yetkisi, Başkan'a, yasamaya karşı etkisizleştirilmesi çok zor bir güç sağlamaktadır.

#### 4. Millet Meclisi'nin Yetkileri

Anayasa'da Millet Meclisi'nin yetkilerine de yer verilmiştir. Burada Millet Meclisi'nin yetkilerinin iki boyutu mevcuttur. Birisi genel, diğeri de özel yetkilendir. Genel yetki, yasama faaliyetlerine ilişkin olanıdır. Anayasaya göre, yasama yetkisi Millet Meclisi'ne aittir. Soyut olarak belirtilen bu yetkinin kapsamı çok geniştir. Bir

<sup>207</sup> 1988'de 5 parti, 1992'de 4 parti, 1996'da 5 parti, 2000'de 8 parti, 2004'de 10 parti, 2008'de 12 parti Millet Meclisine temsilci göndermiştir. JUNG, agm., s. 37.

<sup>208</sup> Overview of Legislation System of the Republic of Korea.

de, genel yetki haricinde ayrıca belirtilen yetkileri mevcuttur. Burada daha ziyade Millet Meclisi'nin özel olarak belirtilen yetkilerine temas edilecektir.

Millet Meclisi'nin, yüksek devlet memurlarını azletme veya görevden alınmasını teklif etme<sup>209</sup>, Başbakanı, bakanları ve diğer hükümet yetkililerini, ülke yönetiminin gidişatı hakkında rapor sunmak, belli konularda görüş bildirmek ve soruları cevaplamak üzere Millet Meclisi toplantılarına çağırma yetkisi mevcuttur (AY. md. 62)<sup>210</sup>.

Güney Kore'de Bütçe Kanunu önerisi, yürütme tarafından hazırlanarak Millet Meclisi'ne sunulur. Yürütme organının, Bütçe Kanunu önerisini, Meclise sunması belli bir takvime bağlanmıştır. Bu takvime göre, Bütçe Kanunu önerisi, mâlî yılın başlamasından önceki 90 gün içinde Meclise sunulur. Meclis, mâlî yılın başlangıcından önceki 30 gün içinde Bütçe Kanun önerisini müzakere ederek kabul eder. Bütçe Kanunu önerisi, mâlî yılın başlangıcından önce Meclis'te kabul edilmediği takdirde, ABD'dekinden farklı bir usul benimsenmiştir. ABD'de "hükümetin kapanması (shutdown)"<sup>211</sup> olarak da ifade edilen Federal Bütçe Kanunu önerisinin Kongre'de kabul edilmemesi halinde, Kongre'nin Bütçe Kanununu kabul etmesinin beklenmesinden başka bir usul yoktur. Fakat bu ülkede, hükümetin kapanması, fazla uzun sürmediği için, ciddi manada sorunların yaşanmasına sebep olmayabilmektedir<sup>212</sup>. Güney Kore'de ise, Bütçe Kanunu önerisinin reddedilmesinin maliyetlerinin kısmen de olsa hafifletilmesi maksadıyla, başkanlık sisteminin rasyonelleştirilmesi kapsamında, farklı bir usul benimsenmiştir. Buna göre, Güney Kore'de Bütçe Kanunu önerisinin, mâlî yılın başlangıcından önce Meclis'te kabul edilmemesi halinde, bir önceki mâlî yılın Bütçe Kanununa uygun olarak, yeni Bütçe

---

<sup>209</sup> MİŞ & ASLAN & AYVAZ & DURAN, *age.*, s. 77.

<sup>210</sup> *Ibid.*, s. 82.

<sup>211</sup> Başkan ve Kongrenin tam yıl veya geçici finansman önlemleri konusunda anlaşmaya varamaması sebebiyle, bazen bu durumdan etkilenen federal hükümet faaliyetlerinin kapatılmasına sebep olmaktadır. "Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects", *Congressional Research Service*, Updated, (December 10, 2018), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34680.pdf>, (ET: 01.03.2019).

<sup>212</sup> En uzun kapanma, 16.12.1995-06.01.1996 tarihleri arasında 1995 mali yılında 21 gün sürdü. *Ibid.*

Kanunu önerisi Meclis tarafından kabul edilinceye kadar, (1) Anayasa ya da Kanunla kurulan kurum ve kuruluşların bakım ve işletilmesi, (2) kanun tarafından öngörülen zorunlu harcamaların yerine getirilmesi (3) daha önce bütçede onaylanan projelerin sürdürülmesi amaçları ile sınırlı olarak para tahsis edilebilir (AY. md. 54). Bu şekilde yürütmenin uygulayacağı politikalarda büyük ölçüde belirleyici özelliğe sahip olan ve harcamaların kaynağını teşkil eden Bütçe Kanununu kabul etme yetkisi Meclise aittir. Başkan, bütçede kendisine verilen harcama yetkisinin ötesinde bir harcama yapamaz. Bu şekilde, her ne kadar Bütçe Kanununu kabul etmeme yetkisi Millet Meclisi'ne ait ise de, bu hükümle (AY. md. 54), Meclis'in etkinliği kısmen zayıflamaktadır.

Şayet bir mâlî yılı aşan bir süre için ödemelerin yapılması icap ediyorsa, yürütme, mâlî yılı taştan sürede ödemelerin yapılabilmesi için Millet Meclisi'nin onayını almak zorundadır. Yedek fona ihtiyaç hâsıl olduğunda, bu fonun kabulü için de Meclis'in onayına ihtiyaç vardır. Bütçenin değiştirilmesine ihtiyaç duyulduğunda, yürütme ek gözden geçirilmiş bütçe önerisi oluşturarak Meclise sunabilir (AY. md. 55, 56). Meclis bu öneriyi kabul ederek, yürütmenin ihtiyacına cevap vermiş olur. Fakat Meclis bu öneriyi kabul etmediği takdirde, yürütme, Bütçe Kanununun değiştirilmesiyle sağlanacak malî imkânlardan mahrum kalır.

Millet Meclisi, yürütmenin izni olmaksızın, herhangi bir harcama kaleminin toplamını artıramaz veya Yürütme tarafından sunulan bütçede yeni bir harcama kalemi oluşturamaz (AY. md. 57). Yürütme organı, millî tahvil ihraç etmeyi planladığında ya da devletin bütçe haricinde malî yükümlülükleri üstleneceği sözleşmeleri imzaladığında, mutlaka bu işlemleri yapmazdan önce Millet Meclisi'nin onayını alması gerekir (AY. md. 58). Anayasaya göre, vergi türleri ve oranları Millet Meclisi tarafından kanunla tespit edilir (AY. md. 59).

Önemli milletlerarası örgütlerle ilgili antlaşmaların, dostluk antlaşmalarının, ticaret ve seyrüseferle alakalı andlaşmaların, egemenliğin kısıtlanmasına ilişkin andlaşmaların, barış antlaşmalarının, Devlete veya insanlara önemli mâlî yükümlülük yükleyecek antlaşmaların, mevzuat ile ilgili anlaşmaların, karşılıklı yardım veya karşılıklı güvenliği içeren anlaşmaların sonuçlandırılmasına ve



onaylanmasına onay verme yetkisi Meclise aittir. Meclis, savaş ilan etmeye, silahlı kuvvetlerin yabancı devletlere gönderilmesine veya yabancı silahlı kuvvetlerin Güney Kore topraklarında konuşlandırılmasına onay verme hakkına sahiptir (AY. md. 60)<sup>213</sup>. Başkan burada sözü edilen konularda tek başına karar alarak uygulamaya koyamaz. Özellikle bölünmüş hükümetler döneminde, Meclis'in bu tür işlemlerde etkin olabileceği söylenebilir.

Meclis, kamusal işlerle ilgili incelemeler yapabilir veya belirli kamusal işlerle alakalı bazı meseleleri soruşturabilir, bunlarla alakalı belgelerin kendisine gönderilmesini, konu ile alakalı bilgisi olanlarla görüşülmesini ve bu kişilerin beyanlarının ve bilgilerinin alınmasını isteyebilir (AY. md. 61). Burada, Türkiye'deki Meclis Araştırmasına benzer bir şekilde, Meclis'in bazı kamusal meseleler hakkında doğrudan bilgi edinmesi amaçlanmaktadır.

Meclis'in yetkilerinden biri de, başbakan ve kabine üyelerinin görevden alınması için Başkan'a öneride bulunmaktır (AY. md. 63). Ayrıca, başkanın başbakanlığa atama kararı Millet Meclisi'nin onayına tabidir. Özellikle bölünmüş hükümetler zamanında, Başkan'ın başbakanlığa atama yaparken, Meclis'teki çoğunluğun eğilimlerini dikkate alması icap eder.

Millet Meclisi, kanunlarla çelişmemek şartıyla, müzakere usullerine ve yasama faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin prosedürleri ve kuralları içeren içtüzük kurallarını belirleyebilir. Meclis kendi üyelerine yönelik disiplin işlemlerini yapabilir, şartları oluşmuşsa, herhangi bir denetime tabi olmaksızın, üye tamsayısının üçte iki ve daha fazlasının çoğunluğu ile milletvekillerinin Millet Meclisi üyeliğini sonlandırabilir (AY. md. 64).

Meclis'te, başkan, başbakan, kabine üyeleri, yürütme bakanlıkları başkanları, AYM üyesi hâkimler, diğer mahkemelerde görev yapan hâkimler, Merkez Seçim Yönetim Kurulu üyeleri, Denetim ve Denetim Kurulu üyeleri ve kanunla belirlenen diğer atanmış kamu görevlileri, resmi görevlerinin yerine getirilmesi esnasında, Anayasa ya da diğer kanunları ihlal etmeleri halinde, haklarında, impeachment

<sup>213</sup> MARTINEZ, agm., s. 2493-2494.

usulü kapsamında suçlama önerisinde bulunulur ve yapılan görüşmelerden sonra suçlama kararı verilebilir (AY. md. 65).

Başkan'ın, âcil durum ilan kararı ve âcil durum ilan edilen dönemlerde ve sadece âcil durumun lüzumlu kıldığı konularda çıkardığı kanun gücüne sahip âcil durum yürütme emirlerini onaylama yetkisi Millet Meclisine aittir (AY. md. 77)<sup>214</sup>. Başkan'ın âcil durum ilan kararı ve bu dönemde çıkardığı âcil durum yürütme emirleri Millet Meclisi'nin kabulüne bağlı olduğu için, Millet Meclisi'ne rağmen bu yetkiler kullanılamaz.

### C. Yargı Fonksiyonu

#### 1. Yargı Teşkilatı

Güney Kore'de yargı yetkisi, hâkimlerden oluşan mahkemeler tarafından kullanılır. Yargı yetkisini haiz olan yargı organı, AYM, Yüksek Mahkeme, Aile Mahkemesi, İdare Mahkemesi, Bölge Mahkemeleri ve diğer alt mahkemelerden oluşmaktadır (AY. md. 101)<sup>215</sup>. Güney Kore'de Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesi, Bölge Mahkemesi, Patent Mahkemesi, Aile Mahkemesi ve İdare Mahkemesi olmak üzere altı tür mahkeme vardır<sup>216</sup>.

Güney Kore'de yargı teşkilatında temel olarak üç kademeli mahkeme sistemi mevcuttur<sup>217</sup>. En üst kademede Yüksek Mahkeme (Supreme Court), Yüksek Mahkeme ile ilk derece mahkemeler arasında İstinaf Mahkemeleri (High Courts) yer almaktadır. 5 tane İstinaf Mahkemesi, bir tane de istinaf seviyesinde Patent Mahkemesi vardır. İstinaf Mahkemelerinin altında üçüncü kademede bir tane Aile Mahkemesi, bir tane İdare Mahkemesi, 18 tane Bölge Mahkemesi ve Şube Mahkemeleri görev yapmaktadır<sup>218</sup>. Bölge Mahkemeleri ve Şube Mahkemelerinin

<sup>214</sup> İbid., s. 2501; ABEBE & ARBAN & DALY, agm..

<sup>215</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>216</sup> "Introduction", *Supreme Court of Korea*, <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/introduction.jsp>, (ET: 11.07.2019).

<sup>217</sup> Introduction.

<sup>218</sup> Woo-Young RHEE, "Judicial Appointment in the Republic of Korea from Democracy Perspectives", *Journal of Korean Law*, Vol. 9, December 2009, s. 56-57.

yetkisi dâhilinde, pratik olarak basit tazminat taleplerinin görüldüğü mahkemeler olarak işlev gören bir dizi Şehir Mahkemeleri ve İlçe Mahkemeleri vardır. Ayrıca kurumsal ve yetki olarak Yüksek Mahkeme ve alt mahkemelerin hiyerarşik yargı düzenine dâhil olmayan bir de AYM mevcuttur<sup>219</sup>.

Hiyerarşik olarak organize edilmiş yargı bürokrasisi, en üstte baş hâkimin yer aldığı, onun altında Yüksek Mahkeme'nin üye hâkimleri ile O'nun altında yer alan ikinci ve üçüncü kademelerdeki mahkemelerde görev yapan hâkimlerin tamamından oluşmaktadır<sup>220</sup>.

Yargılamanın ve yargılama faaliyetlerine ilişkin iç düzenlemelerin kuralları kanunla belirlenir (AY. md. 64). Yüksek Mahkeme ve alt mahkemelerin teşkilatlanması, hâkimlerin sahip olmaları gerekli nitelikleri ve vasıfları da kanunla belirlenir (AY. md. 101, 102).

## 2. Yargı Bağımsızlığına İlişkin Anayasal Kurumsal Yapı

Güney Kore'de, yargı bağımsızlığı, mahkemelerin anayasal ve kanunî olarak üstlenmiş oldukları yargı işlevini layıkıyla yerine getirilmeleri için olmaz gereklerden biridir. Yargı bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı, Anayasa'nın ihlal edilemez ilkelerinden biridir<sup>221</sup>. Anayasa'ya göre, hâkimler, yargı bağımsızlığının teminat altında olduğu şartlarda, vicdanlarına, Anayasaya ve kanunlara uygun olarak yargılama faaliyetlerini yürütürler (AY. md. 103). Hâkimlik teminatı kapsamında

---

[file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/03\\_Judicial%20Appointment%20in%20the%20Republic%20of%20Korea%20from%20Democracy%20Perspectives\\_Woo-young%20Rhee.pdf](file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/03_Judicial%20Appointment%20in%20the%20Republic%20of%20Korea%20from%20Democracy%20Perspectives_Woo-young%20Rhee.pdf), (ET: 11.07.2019).

<sup>219</sup> Dai-Kwon CHOI, "The Judicial Functions and Independence in Korea", *LAWASIA Comparative Constitutional Law Standing Committee's 4th Conference on Judicial Independence and the Rule of Law held in Bangkok, Thailand, on May 27th-29th, 1999*, s. 54, <https://pdfs.semanticscholar.org/c46a/2426d4f6b57fe3219027444ebd633fd94142.pdf>, (ET: 11.07.2019); "History", *Supreme Court of Korea*, <https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/introduction.jsp>, (ET: 11.07.2019).

<sup>220</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>221</sup> CHOI, agm., s. 55.

hiçbir hâkimin, impeachment veya hapis cezası veya ağır cezalandırma dışında görevi askıya alınamaz, görevine son verilemez, maaşı düşürülemez veya disiplin cezası dışında herhangi bir olumsuz muameleye maruz bırakılamaz<sup>222</sup>. Bir hâkim, resmi görevlerini yerine getiremeyecek derecede ciddî zihnî veya fizikî rahatsızlığa uğraması halinde, kanunlarda öngörülen şartlara göre görevinden emekli olabilir (AY. md. 106). Bu hükümlerle, hâkimler, özlük hakları anayasal koruma altına alınarak, hem teminata kavuşturulmaya, hem de bağımsızlığı güçlendirilmeye çalışılmıştır.

### 3. Yüksek Mahkeme ve Diğer Mahkemeler

Güney Kore'de Yüksek Mahkeme, 13 hâkimden oluşmaktadır<sup>223</sup>. Yüksek Mahkeme baş hâkimi, Millet Meclisi'nin onayına tabi olarak başkan tarafından atanır. Yüksek Mahkeme'nin üye hâkimleri, baş hâkim'in önerisi, Millet Meclisi'nin onayı ile başkan tarafından atanır. Baş hâkim ve Yüksek Mahkeme'nin üye hâkimleri dışındaki Yüksek Mahkeme'nin alt kademesinde yer alan mahkemelerdeki bütün hâkimler, Yüksek Mahkeme Hâkimleri Konferansının onayıyla Yüksek Mahkeme baş hâkimi tarafından atanırlar (AY. md. 104)<sup>224</sup>. Burada, Yüksek Mahkeme ve baş hâkim, Türkiye'deki HSK tarafından icra edilen bazı görevleri de yerine getirmektedir.

Yüksek Mahkeme baş hâkiminin görev süresi 6 yıldır ve sadece bir kereliğine atanır. Üye Hâkimlerin görev süresi 6 yıldır ve kanunda öngörülen şekil şartlarına uygun olarak yeniden atanabilirler (AY. md. 105)<sup>225</sup>.

Yüksek Mahkeme baş hâkimi, Yüksek Mahkeme'nin tüm idarî işleri üzerinde genel denetim ve kontrolü sağlar, Yüksek Mahkeme personelinin, alt mahkemeleri ve yardımcı kuruluşları, adlî ve idarî işler konusunda yönlendirir ve denetler<sup>226</sup>. Baş hâkim, tüm hâkimlerin, hangi mahkemelerde hangi pozisyona gönderileceği

<sup>222</sup> QUINTERO, agm., s. 6; CHOI, agm., s. 55.

<sup>223</sup> RHEE, agm., s. 59.

<sup>224</sup> Constitutional History of Republic of Korea; CHOI, agm., s. 59.

<sup>225</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>226</sup> "Court Organization Act" (Amended December 27, 2007, Act No. 8794), md. 13, <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kr/kro28en.pdf>, (ET: 11.07.2019).

konusunda karar vermede kritik öneme sahiptir. Onların yerleştirilmeleri ve terfi işlemleri, baş hâkimin takdirine bağlıdır<sup>227</sup>.

Son başvuru yeri mahkemesi olarak kurulan Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemeleri, Patent Mahkemesi ve Bölge Mahkemelerinin temyiz kurulu tarafından verilen kararları ile Aile Mahkemesi'nin medenî, ceza, idare, patent ve aile ilişkilerine ilişkin davalarda verdikleri kararlar hakkında yapılan temyiz başvurularını, özel şartlar altında, asliye ceza mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkında yapılan temyiz müracaatlarını kabul eder. Yüksek Mahkeme, Kore Deniz Güvenliği Mahkemesi tarafından verilen kararları gözden geçirme yetkisine sahiptir ve başkanlık veya Parlamento seçimlerinin geçerliliği konusunda münhasır yargı yetkisi Yüksek Mahkemeye aittir. Yüksek Mahkeme, idarî kuruluşlar ve kurumlar tarafından alınan yürütme emirlerinin, kuralların, düzenlemelerin ve eylemlerin anayasallığını ve kanuniliğini gözden geçirme ve belirleme yetkisine sahiptir<sup>228</sup>. Görülmekte olan bir davada, idarî karamamelerin, düzenlemelerin veya faaliyetlerin anayasa veya kanunlara uygun olup olmadığı meselesi söz konusu olduğunda, bunların, anayasaya veya kanunlara uygunluğu meselesini nihaî olarak inceleyerek karara bağlama yetkisi Yüksek Mahkemeye aittir<sup>229</sup>. Yüksek Mahkeme, kanun kapsamında, adli takibat, iç disiplin ve mahkemenin idarî meseleleriyle alakalı kuralların belirlenmesine ilişkin düzenlemeleri yapabilir (AY. md. 108). Güney Kore yargı sisteminde kanunları nihaî olarak yorumlama, karar verme ve uygulama yetkisi Yüksek Mahkemeye aittir<sup>230</sup>.

İstinaf Mahkemeleri, yargılama yetkisini üç hâkimden oluşan heyet halinde yürütür. İstinaf Mahkemeleri, üç hâkimli Bölge Mahkemesi heyeti veya Aile Mahkemesi veya İdare Mahkemesi tarafından verilen kararlar hakkındaki temyiz müracaatlarını kabul eder. İstinaf Mahkemeleri ayrıca, Bölge Mahkemesinde veya şube mahkemelerinde görülen ve miktarı 50 milyon Kore Won'unu (yaklaşık 54.000

<sup>227</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>228</sup> RHEE, agm., s. 58-59.

<sup>229</sup> QUINTERO, agm., s. 10.

<sup>230</sup> RHEE, agm., s. 63.

USD) aşan hukukî ihtilaflarda, tek hâkimle verilen kararlar hakkında yapılan temyiz başvurularını kabul eder<sup>231</sup>.

Üçüncü kademede yargı alanında, Aile Mahkemesi, İdare Mahkemesi, Bölge Mahkemesi ve Şube Mahkemeleri, basit tazminat taleplerinin görüldüğü mahkemeler olarak işlev gören Şehir ve İlçe Mahkemeleri görev yapmaktadır<sup>232</sup>. Askerî görevle alakalı ihtilaflar hakkında yargılama yapmak üzere özel yetkilerle mücehhez olan özel mahkemeler statüsüne sahip sıkıyönetim mahkemeleri de kurulabilir. Sıkıyönetim mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı nihaî temyiz mercii Yüksek Mahkeme'dir (AY. md. 110).

Yüksek Mahkeme baş hâkimi ve üye hâkimler dışında kalan ve Yüksek Mahkeme'nin alt kademesinde yer alan mahkemelerdeki hâkimlerin görev süresi 10 yıldır ve kanunda öngörülen şartlar altında yeniden atanabilirler (AY. md. 105)<sup>233</sup>.

### Anayasa Mahkemesi

Güney Kore'de Anayasa Mahkemesi (AYM), Anayasanın kabulünden bir sene sonra, Eylül 1988'de Anayasanın üstünlüğünün sağlanması ve temel hak ve hürriyetlerin korunması maksadıyla anayasal sistemin kilit taşı olarak kurulmuştur<sup>234</sup>. AYM, dokuz hâkimden oluşmaktadır. Bu üyelerin üçü Yüksek Mahkeme baş hâkiminin önerisi, üçü Millet Meclisi'nin önerisi üzerine Başkan tarafından, diğer üçü de doğrudan Başkan tarafından atanır. AYM Başkanı, Millet Meclisi'nin onayına tabi olarak Başkan tarafından atanır (AY. md. 111)<sup>235</sup>. AYM üyelerinin görev süresi 6 yıldır. Üyeler, kanunun öngördüğü şartlar altında yeniden

<sup>231</sup> Court Organization Act, md. 26-28; RHEE, agm., s. 59.

<sup>232</sup> RHEE, agm., s. 56-57; CHOI, agm., s. 54; History, *Supreme Court of Korea*.

<sup>233</sup> Constitutional History of Republic of Korea.

<sup>234</sup> Leo MIZUSHIMA, "South Korea, Developments in South Korean Constitutional Law", 2016 *Global Review of Constitutional Law*, (Edt: Richard ALBERT & Šimon DRUGDA & Pietro FARAGUNA & David LANDAU), Boston College, Boston, 2017, s. 191, [https://www.academia.edu/34158994/I\\_CONnect-Clough\\_Center\\_2016\\_Global\\_Review\\_of\\_Constitutional\\_Law\\_Edited\\_by\\_Richard\\_Albert\\_%C5%Aoimon\\_Drugda\\_Pietro\\_Faraguna\\_and\\_David\\_Landau](https://www.academia.edu/34158994/I_CONnect-Clough_Center_2016_Global_Review_of_Constitutional_Law_Edited_by_Richard_Albert_%C5%Aoimon_Drugda_Pietro_Faraguna_and_David_Landau), (ET:15.06.2019); ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

<sup>235</sup> MIZUSHIMA, agm., s. 191-192; Introduction; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.

atanabilirler (AY. md. 112). AYM üyelerinin belirlenmesinde, Başkan ve Millet Meclisi ile her ikisinin müşterek iradesi ile belirlenen Yüksek Mahkeme baş hâkiminin iradeleri etkili olmaktadır.

AYM'nin dört tür yetki ve görevi bulunmaktadır. Bunlar, (1) kanunların Anayasaya uygunluğunun denetimi, (2) Anayasa'da belirtilen kişiler hakkında impeachment kapsamında görevden alma işlemi, (3) Anayasa'da belirtilen organlar arasındaki yetki ihtilaflarının giderilmesi ve (4) siyasî partilere ilişkin kapatma davalarını karara bağlamak.

Kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi AYM'ye aittir<sup>236</sup>. Güney Kore'de AYM'nin "*soyut norm denetimi*" yoluyla kanunların Anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi yoktur<sup>237</sup>. AYM, "*itiraz*" yoluyla "*somut norm denetimi*" kapsamında mahkemelerin talepleri üzerine kanunların anayasaya uygunluğunu denetler. Anayasaya göre, görülmekte olan bir davada, uygulanmakta olan bir kanunun anayasaya aykırı olup olmadığı meselesi ortaya çıktığı durumlarda, re'sen ya da taraflardan birinin talebi üzerine, davaya bakmakta olan mahkeme, söz konusu kanunu, itiraz yoluyla AYM'nin önüne getirir. Bu durumda, davaya bakmakta olan mahkeme, "Anayasaya aykırılık" meselesini bir "ön mesele" haline getirir ve AYM'nin, bu konuda vereceği karara kadar davayı erteler ve AYM'den gelecek karara göre önündeki ihtilafı karara bağlar (AY. md. 107)<sup>238</sup>. Güney Kore'de, anayasallık denetiminin sadece AYM tarafından yapıldığı Kelsenci özel mahkeme yapılanması benimsenmiştir<sup>239</sup>. AYM'nin somut norm denetimi kapsamında bir kanun hükmünün anayasaya aykırı olduğu yönünde karar vermesi halinde, bu kanun, AYM Kanunu uyarınca geçersiz hale gelir ve bu karar, bütün mahkemeler, devlet

<sup>236</sup> QUINTERO, agm., s. 10.

<sup>237</sup> MIZUSHIMA, agm., s. 192.

<sup>238</sup> QUINTERO, agm., s. 10-11; Introduction; Tom GINSBURG, "The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics", *New Court in Asia*, (Edt: Andrew HARDING, et al.), Routledge, 2009, s. 2,

[https://www.researchgate.net/publication/40716564\\_The\\_Constitutional\\_Court\\_and\\_the\\_Judicialization\\_of\\_Korean\\_Politics](https://www.researchgate.net/publication/40716564_The_Constitutional_Court_and_the_Judicialization_of_Korean_Politics), (ET: 10.07.2019); LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 8.

<sup>239</sup> GINSBURG, agm., s. 2.

kurumları ve yerel yönetimler için bağlayıcı etkiye sahiptir (md. 47)<sup>240</sup>. Görüldüğü üzere, Anayasa, kanunların anayasaya uygunluğunu belirleme gücünü sadece AYM'ye vermiştir<sup>241</sup>.

AYM, Anayasa ve kanunlarda belirtilen kişiler hakkında impeachment yoluyla yargılama yaparak görevlerini sonlandırma kararı verir (AY. md. 111). İmpeachment yoluyla yargılanan kişiler hakkında mahkûmiyet kararının verilmesi halinde, yargılanan kişilerin görevleri bu mahkûmiyet kararına bağlı olarak sona erer (AY. md. 113).

AYM, kabinede müzakere edildikten sonra, yürütmenin talebi üzerine partilere ilişkin kapatma davalarına da bakar. Temel demokratik düzenin aksine hedefleri veya faaliyetleri bulunan herhangi bir parti için kapatma müracaatı yapılır. Yargılama faaliyeti yürütülürken, ilgili partinin faaliyetleri, AYM tarafından karar verilinceye kadar askıya alınabilir<sup>242</sup>.

Güney Kore'de AYM, merkezî devlet kurumları arasında, merkezî devlet kurumları ile yerel yönetimler arasında ve yerel yönetim kurumlarının birbirleri arasındaki yetki anlaşmazlıklarını çözümleyerek nihaî olarak karara bağlar (AY. md. 111).

AYM Anayasa şikâyeti başvurularını inceler ve karara bağlar (AY. md. 111)<sup>243</sup>. Herhangi bir kişi, anayasayla korunan haklardan herhangi biri, kamu gücünden kaynaklanan bir fiil veya ihmal sebebiyle ihlal edildiği zaman, AYM'ye anayasa şikâyetini içeren dilekçe verebilir<sup>244</sup>. AYM Kanununa göre, AYM'nin başvuru sahibinin lehine karar vermesi halinde, bu karar diğer tüm mahkemeler de dâhil olmak üzere tüm kamu kurumlarını bağlar (md. 75/1)<sup>245</sup>.

<sup>240</sup> LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 8; Introduction; MIZUSHIMA, agm., s. 192; QUINTERO, agm., s. 11.

<sup>241</sup> LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 9.

<sup>242</sup> QUINTERO, agm., s. 13.

<sup>243</sup> MOON, agm., s. 57; ABEBE & ARBAN & DALY, agm.; QUINTERO, agm. s. 5, 9.

<sup>244</sup> QUINTERO, agm., s. 14; GINSBURG, agm., s. 4; CHOI, agm., s. 54.

<sup>245</sup> LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 9.



### 5. AYM Tarafından İcra Edilen Denetim ve Kontrolün Etkinliği

AYM'nin, kurulduğundan bu yana en kritik öneme sahip başarılarından biri de, vatandaşların hak ve hürriyetlerini teminat altına alarak ve kamusal yetkilerin kötüye kullanımını kontrol ederek, anayasal ilkeleri ve değerleri koruma görevini yerine getirmesidir. Anayasallık denetimi yoluyla, geçmiş yıllarda otoriter rejimi sürdürmek veya özel grupların çıkarlarını korumak için bir araç olarak kullanılan kanunlar, AYM tarafından geçersiz hale getirilmektedir. Günümüzde kamuoyunun büyük ekseriyeti, kamusal faaliyetlerin anayasaya uygunluk yönünden incelemesini, bireylerin hak ve hürriyetlerini ve aynı zamanda milletin en üst kanunu olarak Anayasayı korumanın bir yolu olduğuna inanmaktadır<sup>246</sup>. Güney Kore AYM'nin, bölgesindeki en etkili AYM olduğu, Asya'da anayasal siyasetin yargısallaşmasında önemli katkılar sağladığı belirtilmiştir. AYM'nin bu etkinliğe sahip olmasındaki en önemli faktörü, literatürde “zor davalar” olarak nitelenen ve kamuoyunun, hem yoğun ilgi gösterdiği, hem de çok büyük etki altına aldığı, AYM'nin, ciddi manada toplumsal baskı altında kaldığı davalarla karşı karşıya kaldığında, onları, tarafsız ve meşru olarak algılanabilecek bir şekilde çözebilen hâkimlerin karar verme ihtiyatlarının etkili olduğu ifade edilmiştir<sup>247</sup>.

Güney Kore AYM, her ne kadar 1988 yılında kurulduğunda, modern anayasal yargı yetkisinin nitelikli bir şekilde icra edilebilmesi için lüzumlu bilgi ve tecrübelere sınırlı olarak sahip ise de, zaman içinde gelişmiş demokrasiye ve hukukun üstünlüğüne sahip ülkelerdeki anayasallık denetimi kapsamında ortaya çıkan uygulamalar ve zengin içtihadi birikimler, ilk aşamada Kore AYM için istifade edilebilecek önemli kaynakları teşkil etmiştir<sup>248</sup>.

### 6. Yargı Organlarının Başkan ve Üyelerinin Belirlenmesinde Demokratiklik

---

<sup>246</sup> İbid., s. 6.

<sup>247</sup> GINSBURG, agm., s. 1-2; LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 7.

<sup>248</sup> LEE, The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea, s. 11.

Yargının, özellikle de AYM ve Yüksek Mahkeme'nin nasıl oluşturulacağı, Güney Kore'nin temsilî demokrasisinde kritik derecede önemli ve sembolik bir anlama sahiptir. Bununla doğrudan ilgili olan diğer özel konular arasında, hâkimler (mahkeme) heyetinde yer almak, hâkim ve baş hâkim olarak görev yapabilmek için lüzumlu olan nitelikler ve bunların aday gösterilmeleri ve atanmaları için geçerli prosedürler yer almaktadır. Güney Kore'de temel kilit meseleyi, çoğulcu toplumun farklı değerlerini ve bakış açılarını temsil edebilecek ve dengeleyecek mahkeme heyeti üyeleri, hâkim ve baş hâkim olarak kimlerin atanacağı ve bu çeşitlilik ve dengenin tesis edilebilmesinin nasıl fiilen uygulamaya yansıtılacağı ile ilgili kurumsal teminatların sağlanabilmesi teşkil etmektedir<sup>249</sup>.

Güney Kore'de yargının demokratik meşruiyetinin iki türünün mevcudiyetinden söz edilir. *Birincisine* göre, yargı üyelerinin belirlenmesinde halkın iradesinin “dolaylı olarak temsil edilmesi” usulü benimsenmiştir. Bu bağlamda Anayasa'da, hâkimlerin atanması sürecine, üyelerini ve kendisini bizzat halkın seçtiği Millet Meclisi ve Başkan'ın katılımının sağlanması usulü tercih edilmiştir<sup>250</sup>. Yargıda demokratik meşruiyetin dolaylı olarak sağlanması kapsamında, Yüksek Mahkeme baş hâkiminin, başkan tarafından Millet Meclisi'nin onayına tabi olarak atanması, Yüksek Mahkeme'nin üye hâkimlerinin, baş hâkimin önerisi üzerine ve Millet Meclisi'nin onayı ile Başkan tarafından atanması, diğer geri kalan bütün hâkimlerin, Yüksek Mahkeme Hâkimleri Konferansı'nın onayıyla ile baş hâkim tarafından ataması usulü benimsenmiştir (AY. md. 104). Demokratik meşruiyetin *ikinci* türüne göre, Güney Kore'de, yargı, anayasal demokrasideki vazgeçilmez rolünü, kamuoyuna adalet ve uzmanlık temelinde güven vererek ve halkın güvenini artırarak ve güçlendirerek anayasal meşruiyet temelinde yerine getirir<sup>251</sup>. Yargıda demokratik temsil şartının sağlanması yanında, hem toplumdaki her türlü farklı

---

<sup>249</sup> RHEE, agm., s. 63.

<sup>250</sup> *Ibid.*, s. 63-64.

<sup>251</sup> *Ibid.*, s. 64-65.

kesimlerin hak ve menfaatlerinin korunması, hem de yargıda çoğulculuğun sağlanması hususu önem arz etmektedir<sup>252</sup>.

### 7. Genel Olarak Yargının Performansı

Yüksek Mahkeme altındaki mahkemelerde görev yapan hâkimlerin baş hâkim tarafından atanmaları sebebiyle baş hâkim, atamalarda kilit role sahip olduğu için, yargı bağımsızlığının sağlanmasında önemli işlev görmektedir. Bu atama sisteminin iki tür sonucu olabilir. (1) İdareden gelebilecek her türlü müdahalelere karşı savunma duvarı oluşturarak yasama-yürütme ilişkilerinde dengeleyici işlev görebilir. (2) Başkan'ın, baş hâkimliğe, yürütmedeki görevlilerin etkileşimine açık bir kişiyi ataması durumunda, yargı, yürütmeyi anayasal ve hukukî sınırlar içinde tutan değil, yaptıklarını meşrulaştıran, yasama-yürütme ilişkilerinde dengenin yürütme lehine bozulmasını sağlayan, iktidar muhalefet ilişkilerinde iktidar cenahını koruyarak muhaliflerin zarar görmesine sebep olan işlevler görebilir<sup>253</sup>.

Güney Kore'de, bazı kereler yargı bağımsızlığının zarar görmesine sebep olacak fiilî pratiklerin mevcut olduğu belirtilir. Bu ülkede, yargı bağımsızlığına yönelik potansiyel tehditlerin iki kaynağı mevcuttur: (1) baş hâkimin, alt mahkeme hâkimleri üzerindeki atama ve terfi etme gücü, (2) hâkimler için on yıllık görev süresi sonunda yeniden atama işlemi yapılırken kişisel bağların ve sadakatlerin değerlendirmelere esas alınması kültürü<sup>254</sup>.

Güney Kore'de Yüksek Mahkeme altındaki mahkemelerde 10 yıllık süreyle atanan hâkimler, hem yeniden atanabilmeleri, hem de istedikleri yerlere atanabilmeleri maksadıyla, baş hâkim üzerinde her türlü yollarla etkileme ve onun beğenisini kazanma faaliyetlerine girişebilmektedirler. Atanmak ya da terfi ettirmek istenmediği kanaatinde olan hâkimlerin genellikle istifa ederek avukat oldukları belirtilmektedir. Baş hâkimle aynı eğilimde olmayan hâkimlerin, ya 10 yıllık görev süresinin bitiminden sonra atanmalarının yenilenmediği ya da bunlardan

<sup>252</sup> İbid., s. 64.

<sup>253</sup> CHOI, agm., s. 59.

<sup>254</sup> İbid., s. 64.

bazılarının, baş hâkim'den farklı eğilimlerini sürdürebilmek için istifa ettikleri görülmüştür<sup>255</sup>. Bu ortamda, bazı hâkimlerin, yargı bağımsızlığı ile bağdaştırılması zor olan gerekçelerle ve kendi istekleri dikkate alınmaksızın, atma, terfi veya atama işlemlerinin yenilenmesi konularında çeşitli “dezavantajlı” muamelelere maruz kaldıkları görülmüştür<sup>256</sup>.

Güney Kore’de yargı bağımsızlığını önemli ölçüde etkileyen en önemli faktörlerin, anayasal ve kanunî düzenlemelerden ve kurumsal yapıdan çok, siyasî, toplumsal ve kültürel temelli olduğu üzerinde vurgulama yapılmıştır<sup>257</sup>. Kore kültüründe, yargının tarafsızlığını etkileyen kültürel ve toplumsal etkenlerin başında “*kişisel bağlar ve sadakatler*” gelmektedir. Bu tür etkileşimler iki şekilde olmaktadır. (1) Hâkimliğe ilk atama, terfi ve yeniden atama işlemleri aşamasında, (2) yargısal faaliyetlerin yerine getirilmesi aşamasında. Hâkimler, gerek ilk atanmalarında, gerek 10 yıllık görev süresinin sonunda yeniden atanmalarında, gerek atama yerlerinin belirlenmesinde, gerekse terfi işlemlerinde, çeşitli etkileşim kanallarıyla, baş hâkim ile iletişim ve etkileşim içerisini girerek, burada sözü edilen işlemlerde haklı olsun ya da olmasın, netice elde etmeye çabalamaktadırlar. Bir hâkim, bir yakınının ya da arkadaşının belli bir şekilde karar vermesini istediğinde, rahatlıkla onların etkisinde kalabilmektedir<sup>258</sup>.

Hâkimler tarafından, yargı görevinin yerine getirilmesinde, yargı mesleği etiği ve görev duygusu yerine, kişisel bağların etkililiği konusunda Konfüçyüs kültürünün etkili olduğu belirtilir. Konfüçyüs kültürünün iki veçhesi vardır. (1) Kişisel bağlara ve sadakatlere değer verilmesi, (2) hâkimleri kanunlara sıkı bir şekilde bağlı kalmaları. Her ne kadar bu kültürde, hâkimlerin kanunlara sıkı bir şekilde bağlı kalınması nasihat edilmekte ise de, fiilî pratikte, kişisel bağlara sadakatin, kanunlara bağlılığa baskın olduğu belirtilir. Yalnızca Batı resmi hukukundaki malumatlar ve

---

<sup>255</sup> İbid., s. 60.

<sup>256</sup> İbid., s. 61.

<sup>257</sup> İbid., s. 58.

<sup>258</sup> İbid., s. 61.

Amerikan etik kurallarına ve mesleki ahlak kurallarına ilişkin düzenlemeler, Asya kültürü ortamındaki sorunları çözmeye kifayet etmiyor<sup>259</sup>.

Güney Kore'de yargı ile alakalı iki tür değerlendirme mevcuttur. *Birincisi*, yargıda yaşanan sorunların temelinde siyasî etkileşimlerin ve siyasîlere yönelik korumacı yargısal uygulamaların bulunduğu yönündedir. Kamuoyunun en çok dikkatini çeken davalar arasında, seçimlerde usulsüzlükler ve rüşvetle beslenen siyasi finansmanlar yer almaktadır. Seçim usulsüzlüğüne, rüşvet ve siyasî finansmana ilişkin kanunî hükümleri ihlal ettikleri yönünde haklarında şüphe bulunan çok sayıda kişiden sadece az sayıda siyasetçinin, seçim veya finansman usulsüzlükleriyle Cumhuriyet Savcıları tarafından suçlanıyor, suçlananların sadece bir kısmı hafif cezalarla cezalandırılıyor, geri kalanların genellikle berat ettirilerek iktidardaki veya muhalefetteki partilerin üyesi olarak faaliyetlerini sürdürüyor olmaları, ciddi manada yargısal sorunlara yol açmaktadır<sup>260</sup>. Benzer durum, diğer ceza davaları için de söz konusu olmaktadır. Bu vesileyle, yargı teşkilatının, bu tür davalarda yargı mercilerine yönelik kamusal beklentilere yeterince cevap verememesi hayal kırıklığına sebep olmaktadır<sup>261</sup>.

*İkincisi*, yargıya ilişkin getirilen eleştirilere rağmen, olumlu yönde uygulamalar da mevcuttur. Esasen yukarıdaki eleştirilerin istisnasız bir şekilde haklı olduğunu söylemenin, Güney Kore'deki bazı gerçekliklerle bağdaşırılığı yoktur. Yargı üzerinde başta Başkan olmak üzere yürütmenin ve siyasîlerin mutlak etkinliğinin olması halinde, yargı mercilerinin Başkan ve yakınlarını yargılayabilmesi ve görevden alabilmesi pek mümkün ve muhtemel görünmemektedir. Oysa 1987 Anayasası'nın yürürlüğe girmesinden sonra seçilen 6 Başkan arasından üçü yolsuzluk ve gücün kötüye kullanılması sebebiyle cezaî takibata uğramış, diğer üç Başkan, yakın aile üyeleri hakkında, çeşitli yollarla nüfuzlarını kötüye kullandıkları gerekçesiyle suç duyurusunda bulunulmasını takiben yargılanarak mahkûm

<sup>259</sup> İbid., s. 65.

<sup>260</sup> İbid., s. 57.

<sup>261</sup> İbid., s. 57-58.

edilmiştir<sup>262</sup>. 2017 yılının başlarında başkan Park Geun-hye, impeachment kapsamında AYM tarafından iktidarın kötüye kullanılması ve başkanlık görevlerinin ihmal edilmesi sebebiyle mahkûm edilerek görevden alındı. Ayrıca, Seul ceza mahkemesinde çeşitli suçlardan yargılanarak mahkûm edilmiştir<sup>263</sup>. Bütün bunlar birlikte değerlendirildiğinde, yargının bazı aksamalara rağmen hiç de kötü imtihan vermediği söylenebilir.

#### D. Kuvvetler Arası İlişkilerin Değerlendirilmesi

Güney Kore’de yasama ve yürütme ilişkilerine ilişkin iki tür değerlendirmenin mevcut olduğu görülmektedir. *Birinci* değerlendirmeye göre, yasama-yürütme ilişkilerinde denge yürütme lehine bozulmaktadır. Mevcut sistemi eleştirenlere göre, hükümet sistemi bağlamında temel sorun, Anayasa’da güçlü yetkilerle mücehhez olan yürütmeyi kontrol edebilecek ve dengeleyebilecek kurumsal mekanizmaların mevcut olmaması, bu sebeple yetki ve gücün yasama ve yürütme arasında dengeli bir şekilde bölünmüş olmamasıdır<sup>264</sup>.

*İkinci* tür değerlendirmeye göre, Anayasa’daki yasama-yürütme ilişkilerine ilişkin hükümler yorumlamaya müsait soyut hükümlerdir. Dolayısıyla bu durum, Başkan’ın gücünün kısıtlanmasına ve anayasal kurumlar arasında dengenin sağlanmasına izin vermektedir. Mesela eski Başkan Roh Moo-hyun’un yaptığı gibi, Başkan, yürütme gücünü, Millet Meclisi’nin onayına tabi olarak atamış olduğu başbakanla paylaşmayı veya Millet Meclisi üyeleriyle görüşmeler yaparak onlarla uzlaşa sağladıktan sonra kararlar vermeyi seçebilir<sup>265</sup>. Bu da, Başkan’ın yetkilerinin fiilî pratikler itibarıyla sınırlanması neticesini ortaya çıkarabilir.

1987 Anayasası’na göre, Başkan’ın yetkilerinin, önceki Anayasa’lara kıyasla oldukça kısıtlandığı söylenebilir. Fakat bütün bunlara rağmen, uygulamada Başkan’ların fiilen kullandıkları yetkilerle yasamaya karşı çoğu kereler baskın hale geldiklerine, bu belirleme ile uyumlu olarak, çoğu zaman Başkan’ların, anayasal yetki

<sup>262</sup> HAHM, *The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*, s. 3.

<sup>263</sup> South Korea: Former President Park Geun-hye Sentenced to 24 Years in Jail; TAEHO, agm.

<sup>264</sup> KİM, *Reforming South Korea’s ‘Imperial Presidency’*, s. 1-2.

<sup>265</sup> *Ibid.*, s. 2.

ve ayrıcalıklarını, ülkeyi yönetmek için mümkün olduğunca az kısıtlanmasına razı olarak kullandıklarına şahit olunmuştur<sup>266</sup>. Bu bağlamda, yasama-yürütme-yargı ilişkilerinde dengenin yürütme lehine bozulmasına sebep olan anayasal düzenleme ve uygulamalar şu şekilde sıralanmıştır: (1) Başkan'lar, kendi eğiliminde olan partiler üzerindeki fiilî otoriteleri vasıtasıyla, Meclis üzerinde tam kontrolü sağlama yoluna gidebilmektedirler. (2) Yargıda görev yapan yüksek Mahkeme hâkimlerinin Başkan tarafından, diğer mahkemelerde görev yapan hâkimlerin Başkan ve Millet Meclisi'nin ortak iradesiyle atanan Yüksek Mahkeme baş hâkimi tarafından atanıyor olması sebebiyle yargıda tarafsızlık kaybolmakta ya da büyük ölçüde zayıflamaktadır. (3) Denetim ve kontrolü sağlayacak kurumlar mevcudiyetlerini başkana borçlu oldukları için, denetim ve kontrolü sağlayacak kurumlar düzgün ve etkin bir şekilde işlev görememektedir<sup>267</sup>.

Güney Kore'de başkan'ın kuvvetler arası ilişkilerdeki baskın rolünün sorgulanmasının bir sebebi de, bazı Başkan'ların bu baskın rolleri ile birlikte, bazı Anayasa ve kanun dışı işlere yönelmeleri, bu sebeple yargılanıp sorgulanmaları ve bir kısmının bu sebeple görevlerine son verilmesidir. Bütün bu pratik olguların geri planında, mevcut hükümet sistemi içerisinde, Başkan'ın yetkilerinin sınırlandırılmamış olmasının ve pek çok konuda kimseye karşı sorumlu olmadan çok fazla güç kullanabilmesinin olduğu ifade edilmiştir<sup>268</sup>.

### III. Hükümet Sistemi Değişikliği Tartışmaları

Güney Kore'de ilk kurucu Anayasanın (1948) kabulünden itibaren sürekli hükümet sistemi tartışmaları yaşanmıştır. Demokrasiye geçişin sağlandığı 1987 Anayasası'nın kabulünden sonra da hükümet sistemine dair tartışmalar bitmemiştir. Bu tartışmaların odağında, 1987 Anayasası'nda, geçmiş yıllara kıyasla yürütmenin yetkilerinde önemli kısıntılara gidilmesine rağmen, yürütmenin, sistem içerisinde

<sup>266</sup> İbid., s. 2.

<sup>267</sup> İbid., s. 1-2.

<sup>268</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 3.

baskın halini korumasını sağlayan güçlü yetkilere sahip olması yer almaktadır<sup>269</sup>. Bazıları, 1987 sonrası dönemde, yaşanan siyasî istikrarsızlıkların ve yolsuzlukların başkanlık sisteminin bu kurumsal yapısı yüzünden gerçekleştiğini ileri sürmüşlerdir<sup>270</sup>. Başkanlık sistemi bağlamında yaşanan bu tür sorunların kaynağını teşkil ettiği düşünülen mevcut kurumsal yapı sebebiyle, Güney Kore’de son yıllarda, başkanlık sistemin alternatif hükümet sistemi olarak, yarı-başkanlık sistemi fikri üzerinde politikacılar ve yorumcular arasında çekişme olduğu görülmektedir<sup>271</sup>.

Son yıllarda hükümet sistemi bağlamında tartışma konusu olan hususlardan biri, Başkan’ın görev süresi ve en fazla kaç defa seçilebileceğine ilişkin anayasal hükümlerdir. Mevcut Anayasa’daki “sadece bir dönem Başkan seçilebilme” kuralı, bir kişinin sürekli şekilde Başkan seçilmesine mani olduğu için, Anayasa’nın kabul edildiği yıllarda, demokratikleşme yönünde işlev görmesi yönünden önemli görülüyordu. Son yıllarda ise bu kural, Başkan’ın, halktan gelecek talep ve tepkilere karşı kayıtsız kalmasına sebep olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir<sup>272</sup>. Bu eleştirileri bertaraf etmenin yolu olarak, Başkanlık görev süresinin bir yıl kısaltılması ve bir kişinin en fazla iki kez seçilebilmesi kuralının kabul edilmesi görülmektedir. Yeni düzenleme ile başkanın, halkın taleplerine ve tepkilerine karşı daha duyarlı ve halka karşı hesap verebilir hale getirilmesi amaçlanmıştır<sup>273</sup>.

Mevcut hükümet sistemine yönelik bu eleştiriler yapılmakla birlikte, hükümet sistemine yönelik revizyonun mahiyeti ve muhtevası konusunda iki eğilim ortaya çıkmıştır. *Birincisi*, mevcut başkanlık sisteminin kısmen revize edilerek sürdürülmesini savunanlar, *ikincisi*, yarı-başkanlık sisteminin getirilmesini savunanlar.

<sup>269</sup> HAHM & HEO, South Korea: Park Geun-hye’s Leadership and South Korean Democracy, s. 9.

<sup>270</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 2.

<sup>271</sup> İbid., s. 3.

<sup>272</sup> İbid., s. 4-5; Chaihark HAHM, “Symposium: Reflections on South Korea’s Constitutional Future”, (June 22, 2018), <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/22/symposium-reflections-on-south-koreas-constitutional-future>, (ET: 07.07.2019).

<sup>273</sup> KIM, Reforming South Korea’s “Imperial Presidency”, s. 2.



Birinci eğilime göre, Anayasa'da öngörülen başkanlık sistemi, kısmî bir revizyona tabi tutularak korunmalıdır. Mevcut hükümet sisteminin revize edilmesinin temel konusunu, kuvvetlerin adem-i merkeziyetçi olması oluşturmaktadır. Maksat, başkanlıkta ve merkezi hükümette temerküz eden güçlü yetkilerin kısmen de olsa bölünerek zayıflatılmasıdır<sup>274</sup>. Bu eğilim sahiplerine göre, önemli kontrol ve dengeleri sağlayacak düzenlemeler yapılarak mevcut başkanlık sistemi muhafaza edilmelidir<sup>275</sup>. Bu revizyonların, bağımsız ve yetkin olan organlar yoluyla, başkanın yetkilerinin kısmen zayıflatılarak, asıl olması gereken kıvama gelmesini sağlayıcı yönde işlevler göreceği öngörülmüştür<sup>276</sup>.

Diğer eğilime göre, yarı-başkanlık sistemi benimsenmelidir. Bu sistem kapsamında idarî işlevler ve yeterlilikler, halk tarafından seçilen Başkan ve Millet Meclisi tarafından seçilen Başbakan arasında bölünmelidir. Bu önerinin sebebi, böyle bir sistemin, yürütmeyi yasama konusunda daha sorumlu hale getirmesidir<sup>277</sup>. İkinci eğilim taraftarlarına göre, yarı-başkanlık sistemi, genellikle bir bütün olarak hükümetin, artan toplumsal tepkilere karşı daha duyarlı olmasını ve hesap verebilir hale gelmesini mümkün hale getirecektir. Halk tarafından seçilen bir Başkan, şüphesiz halkın taleplerini dikkate almaya çalışacaktır. Ancak mevcut Anayasayla garanti edilen sabit görev süresi (5 yıl) göz önüne alındığında, bu durum, Başkan'ın halkın arzularını yakından takip etmesi için daha az teşvik edicidir. Buna karşılık, yarı-başkanlık sistemi kapsamında, genel seçimler yoluyla Yasama Meclisi içinden çıkan bir Kabine, seçmenlerin isteklerine daha duyarlı olacaktır. Farklı yollardan oluşmuş olsalar da, demokratik meşruiyete sahip iki ofise sahip olmak, halkın görevini üstlenmeye çalışmak açısından sağlıklı bir rekabeti teşvik edecektir<sup>278</sup>. Başkanlık sisteminde, her karar nihayetinde her konuda uzman olamayacak bir kişi tarafından verilmektedir. Buna karşın, yarı-başkanlık modelinde, farklı alanlarda

---

<sup>274</sup> İbid., s. 2.

<sup>275</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 4-5.

<sup>276</sup> KIM, Reforming South Korea's "Imperial Presidency", s. 2.

<sup>277</sup> İbid., s. 2.

<sup>278</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 3.

uzmanlığı olan birden fazla aktör arasında işbirliği ve müzakereyi teşvik eden bir yönetim çerçevesinin sağlanması ihtimali daha yüksektir<sup>279</sup>.

Yarı-başkanlık sisteminin, bazı mahzurlarından da bahsedilmektedir. Buna göre, yarı-başkanlık sisteminin kabulü, başkanlık sistemi geleneğinin uzun süredir uygulanmasından sonra, siyasî sistemin altyapısının baştan ayağa yenilenmesi uzun bir zamanı ve ağır maliyetleri beraberinde getireceği için, bu önerinin sorunsuz şekilde hayata geçirilmesi zor olabilir<sup>280</sup>. Yarı-başkanlık sistemine yönelik bir diğer eleştiri de, Cumhurbaşkanı ile başbakan arasındaki yetki ve sorumluluk dağılımı sebebiyle, özellikle birçok çağdaş sorunun kesiştiği yerlerde karışıklığa veya çatışmalara sebep olabilecek potansiyele sahip olmasıdır<sup>281</sup>. Güney Kore’de, hükümet sistemine ilişkin revizyonlar kapsamında, Fransa’da tatbik edilen yarı-başkanlık sistemi ve uygulamalarında karşılaşılan “kohabitasyon”<sup>282</sup> dönemlerinde yaşanan tecrübeler de sıklıkla referans noktası olarak tartışılmıştır. Bu tartışmalarda, Fransızların kohabitasyon dönemlerinde hoşgörü ve uzlaşmaya prim veren siyasî kültürleri nedeniyle çıkmaza girmekten kaçındıklarına işaret ediliyor. Başkanlık sisteminin revize edilmesini yeterli görenler, Güney Kore’de kohabitasyon dönemlerinde Fransa’dakine benzer bir uygulamanın yaşanmasını sağlayacak karşılıklı saygı temelli demokratik siyasî kültürün kök salmadığını belirtiyorlar. Bu iddia sahipleri, bu sebeple, yarı-başkanlık hükümeti yönünde anayasa değişikliğinin, Cumhurbaşkanı ve Başbakan’ın farklı siyasî partilere mensup olmaları durumunda, hükümetteki baskı ve durgunluğu ortadan kaldırmayacağını iddia ediyorlar<sup>283</sup>.

1987 Anayasası’nda öngörülen hükümet sistemine yönelik memnuniyetsizlikler sebebiyle gündeme taşınan anayasa değişikliği önerileri, sadece

<sup>279</sup> İbid., s. 3-4.

<sup>280</sup> KIM, Reforming South Korea’s “Imperial Presidency”, s. 2.

<sup>281</sup> İbid., s. 2.

<sup>282</sup> Kohabitasyon, güçlü yetkilere sahip olan ve halk tarafından seçilen Cumhurbaşkanı ile demokratik temsil yeteneği olan Başbakan’ın farklı siyasî eğilimde (farklı siyasî partiye mensup) olması durumudur. Doğan KILIÇ, “Türkiye’de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. XX, S. 1, Y. 2016, s. 497.

<sup>283</sup> Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz.: HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 4.

doktrindeki hükümet sistemi tartışmaları bağlamında geliştirilen önerilerle sınırlı kalmadı; bu konuda muhtelif kereler Anayasa değişikliği teşebbüsleri yapıldı.

Güçlü Başkan'ların gücünün sınırlandırılması yönünde geniş kesimlerden gelen talepler sonrasında, Başkan Kim Dae-jung (1998-2003), seçim kampanyalarında başkanlık sistemini parlamenter sisteme değiştirme sözü verdi ve daha sonra konuyla ilgili komisyonlar kuruldu. Fakat ülkede hangi sistemin benimseneceği konusunda bir fikir birliği mevcut olmadığı ve Başkan'lar, yetkilerinde kısıntıya gidilmesi konusunda isteksiz olma eğiliminde oldukları için, hükümet sistemi değişikliğini sağlayacak bir Anayasa değişikliği yapılamadı<sup>284</sup>.

Benzer gelişmeler 2009 yılından sonra da devam etti. 2009 yılını takip eden dönemde, Millet Meclisi'nde oluşturulan iki farklı "anayasa değişikliği danışma komisyonu" tarafından yarı-başkanlık sistemine dayanan anayasa değişikliği taslağı hazırlandı. Bazı sivil toplum gruplarından da, "başkanlığı zayıflatma ve Yasama Meclisi'nin yetki ve sorumluluğunu destekleme" yönünde bazı Anayasa değişikliği önerileri geldi ise de<sup>285</sup>, yasama Meclisinde bu yöndeki kamuoyuna yönelik taleplere olumlu cevap verilmemesi neticesinde, bu çabalar da akim kaldı.

Hükümet sistemi değişikliğini öngören anayasa değişikliğine ilişkin talepler, eski Başkan Park Geun-hye'nin görevden alınmasının ardından yeni bir boyuta ulaştı. Park Geun-hye'nin görevden alınmasından sonraki dönemde yapılan başkanlık seçimlerinde, beş büyük Başkan adayının tümü, seçtikleri takdirde, hükümet sistemini de etkileyecek şekilde Anayasa'da değişiklik yapacaklarına dair söz verdiler. Bunlardan sadece birisi yarı-başkanlık sistemine geçilmesi önerisini özel olarak savundu ve bu aday seçimlerde üçüncü oldu<sup>286</sup>. Mevcut Başkan Moon Jae-in, 1987'den bu yana ilk kez 26.03.2018 tarihinde Anayasa değişikliğine ilişkin önerinin yasama organı tarafından kabul edilmesinin sağlanması yönünde çabalar sarf etti. Hükümet sisteminin yapısına ilişkin değişiklikleri de ihtiva eden Anayasa revizyonu önerisinde, yürütmeye yönelik kontrollerin ve dengelerin sağlanmasının

<sup>284</sup> KİM, Reforming South Korea's 'Imperial Presidency', s. 2.

<sup>285</sup> HAHM, The Allure of Semi-Presidentialism in Korea, s. 3.

<sup>286</sup> Ibid., s. 4-5.

kolaylaştırılması, Başkan'ın yetkilerinin azaltılmasına ilave olarak, yasama organına daha fazla kontrol gücünün verilmesi yoluyla Başkan'ın yasama tarafından dengelenmesi sağlanarak, mevcut başkanlık sisteminin revize edilerek korunması amaçlanıyordu<sup>287</sup>.

Muhalefet partileri, Moon tarafından getirilen bu değişik önerisiyle şekillenecek anayasal yapılanmanın, Başkan'ın dizginlenemez bir güce sahip olduğu "emperyal başkanlık" sistemi ile başa çıkabilmek için yeterli olmadığını savunmuşlardır. Muhalefet partileri, Başkan Moon'un önerisine alternatif olarak, yürütme organı içinde bir güç ayrımının yapılmasını önerdiler. Bu öneriye göre, Millet Meclisi tarafından seçilen Başbakanı bağımsız yürütme yetkileri verilmeli, halk tarafından seçilen Başkan, dışişleri, millî güvenlik ve Güney-Kuzey Kore'nin yeniden birleştirilmesi alanlarında özel olarak belirlenmiş yürütme yetkileri ile mücehhez kılınmalıdır<sup>288</sup>. Başkan Moon ve yardımcıları, muhalefet tarafından getirilen bu alternatif önerileri açıkça reddettiler. Onlara göre, muhalifler tarafından önerilen düalist yürütme sistemi, kararsız ve verimsiz bir yürütmeye yol açabilir ve milletin çoğunluğunun tutarlı bir şekilde itiraz ettiği sahte bir parlamenter sistem olarak ortaya çıkarabilir<sup>289</sup>.

#### IV. Güney Kore'de Demokrasi ve Hürriyetler

Güney Kore'de demokrasiye 1948 Anayasası'yla geçildi. Fakat bu Anayasa'nın uygulanmaya başlamasından sonra çok fazla süre geçmeden Başkan'lar otoriter uygulamalara yöneldiler. Bazı kereler askerî darbeler oldu. Muhtelif kereler Anayasa değişikliği yapıldığı halde, fiili uygulamada otoriter uygulamalardan uzaklaşılması bir türlü mümkün olmadı. Başkan'ın yasama karşısındaki demokratik teori ile uyumlu olmayan otoriter güçlü olma pozisyonu nispeten 1990'lı yıllara kadar sürdü<sup>290</sup>. 1987 yılında yapılan Anayasa ile yeniden demokrasiye geçildi. Mayıs 1988'de

<sup>287</sup> HAHM, Symposium: Reflections on South Korea's Constitutional Future.

<sup>288</sup> İbid..

<sup>289</sup> İbid..

<sup>290</sup> LIM, agm., s. 240-241.

13. Meclis’in seçilerek göreve başlamasıyla birlikte, Kore’de demokratikleşme yönünde yeni bir aşamaya gelindi. Güney Kore tarihinde ilk defa bu seçimlerde Başkan’ın partisi, Millet Meclisi’nde sandalyelerin çoğunluğunu kazanamadı. Bu, Güney Kore’de, iktidarın hür ve serbest seçimler yoluyla yasama meclisinde çoğunluğun muhalefete geçmesi neticesini ortaya çıkarması sebebiyle, demokratikleşme açısından önemli bir aşamayı teşkil etmektedir<sup>291</sup>.

1987 Anayasasının kabulünden sonra Roh’un Başkan seçilmesini müteakiben, eski rejimi en üst konumda temsil eden askerî kuvvetler hızla demokratik sisteme entegre edildi<sup>292</sup>. Şubat 1993’te Başkan Kim Young-sam’ın göreve başlamasının ardından, sarf edilen ciddi çabalar neticesinde demokratikleşmenin ilk aşaması olan demokrasiye geçiş tamamlanarak demokratik konsolidasyon süreci başlatılmış oldu<sup>293</sup>. Başkan Kim, her şeyden önce, askerî kurum ve millî güvenlik kurumu üzerindeki sivil kontrolün üstünlüğünü yeniden kurmayı başardı<sup>294</sup>. Kim, göreve başladıktan hemen sonra, hem askerî, hem de bir millî güvenlik aygıtı olarak görev yapan askerî subayların politika ile olan irtibatlarını kesmek için kararlı eylemler yaptı<sup>295</sup>. Ordu iktidardan uzaklaştırılarak sivil egemenlik tam anlamıyla restore edildi ve prosedürel demokrasinin asgarî kurumsal yapısı kuruldu<sup>296</sup>. Anayasal ve kanunî reformlar yoluyla, siyasileşmiş askerî generaller ordudan tasfiye edilerek ve askerî kuruluşlar içindeki “gizli cuntacı amaçlar taşıyan topluluk”lar dağıtılarak askerî bürokrasi üzerinde sivil kontrol sağlam bir şekilde sağlanmış oldu<sup>297</sup>. Kim, iki eski Başkan olan eski General Chun ve Roh’un, yolsuzluk, askerî isyan, 1979 darbesini gerçekleştirme ihaneti ve Kwangju ayaklanması sırasında sivillerin katledilmesi suçlamalarıyla yargılanmalarını sağladı. Bu tür önlem ve

<sup>291</sup> İbid., s. 243-244.

<sup>292</sup> CROISSANT, agm., s. 242.

<sup>293</sup> JUNG, agm., s. 35, 37-38.

<sup>294</sup> SHIN & PARK, agm., s. 6-7.

<sup>295</sup> JUNG, agm., s. 38.

<sup>296</sup> SHIN & PARK, agm., s. 8-9.

<sup>297</sup> İbid., s. 8.

eylemler Güney Kore'nin otoriter geçmişinden kurtarılması konusunda yardımcı oldu<sup>298</sup>.

Muhalefet cenahında yer alan Lee Myung Bak'ın 2007 yılında yapılan başkanlık seçimlerini kazanmasıyla birlikte, 1987'de demokrasiye geçişten bu yana başkanlık ikinci kez muhalefete geçti. Muhalefetin bu zaferi 9 Nisan 2008 Millet Meclisi seçimleri ile tamamlandı ve muhafazakârlar bu şekilde tekrardan iktidara gelmiş oldular<sup>299</sup>.

Demokratik siyasî zeminde, solcu ve ilericiler olarak bilinen kesimler, demokratik sistem içinde kalarak başarılı bir katılım gerçekleştirdiler, ideolojik spektrumu genişleterek onu daha esnek, açık ve liberal hale getirdiler. Bu dönemde, daha önceleri radikal olarak görülen kesimlerin de demokratik usullerle iktidara gelebilmeleri, bu yolla iktidarın demokratik seçimlerle el değiştirmesi sağlandı. Büyük iç ve dış şoklara rağmen, demokrasiden vazgeçilmemesi, bu şokların başarılı bir şekilde üstesinden gelinmesi neticesinde demokratik sistem konsolide hale geldi<sup>300</sup>. Kim Dae Jung hükümeti (1998-2003), döneminde yapılan reformlarla, Güney Kore'de siyasî sistem, "seçim demokrasi"sinin ötesine geçirildi ve bu şekilde demokratik konsolidasyona yol açan yeni bir sürece girildi<sup>301</sup>.

Güney Kore, Asya'da, siyasî iktidarı muhalefet partisine barış içinde aktaran ilk yeni demokrasi oldu. Batı medyasında ve bilimsel topluluklarda, bu nedenle, Kore'nin, dünyada ortaya çıkmakta olan post-otoriter ülkeler için muhtemel bir demokratikleşme modeli olarak giderek daha fazla bahsedildiği belirtiliyor<sup>302</sup>.

Güney Kore'de, demokratikleşmenin, oldukça iyimser bir aşamaya geldiği, bazı uluslar arası kuruluşların bulguları ve bu tespitleri ile de teyit edilmektedir. The Economist Intelligence Unit's'in Demokrasi Index'ine göre, Güney Kore, 10 puan

---

<sup>298</sup> JUNG, agm., s. 38.

<sup>299</sup> CHAIBONG, agm., s. 128-129.

<sup>300</sup> İbid., s. 129.

<sup>301</sup> SHIN & PARK, agm., s. 6-7.

<sup>302</sup> İbid., s. 9.

üzerinden<sup>303</sup> 2006 (7.88), 2015 (7.97), 2016 (7.92) puanlarla kusurlu demokrasi, 2008 (8.01), 2010 (8.11), 2011 (8.06), 2012 (8.13), 2013 (8.06), 2014 (8.06), 2017 (8.00), 2018 (8.00) puan olarak tam demokrasiler kategorisinde yer almıştır<sup>304</sup>.

## SONUÇ

Güney Kore'de 1948 yılından itibaren (1960 Anayasası dönemindeki 9 aylık parlamenter sistem uygulaması istisna) başkanlık sistemi uygulanmaktadır. Fakat 1960-1987 yılları arasındaki uygulamaların, ya askerî yönetimler, ya da askerî olmayan otoriter rejimler şeklinde gerçekleştiği görülmektedir. 1948-1987 yılları arasında 4 Cumhuriyet Anayasası (1960, 1961, 1972 ve 1980) yapıldığı, her bir Anayasa yapımında hükümet sistemine yönelik kısmî revizyonlar yapıldığı halde, bir türlü demokratik başkanlık sistemine geçilememiştir. 1987 öncesi uygulamaların, Latin Amerika ülkelerindeki uygulamalara benzerlik teşkil ettiği görülmüştür. Bu yıllardaki otoriter rejimlerin, anayasal temelleri olduğu kadar, fiilî pratikler ve demokrasi kültürünün zayıf olması yönü de mevcuttur. Kısa süreli parlamenter sistem tecrübesi hariç tutulacak olursa, bu ülkede, bazı çevrelere göre, uygulanan otoriter rejimlerin müsebbibi olarak başkanlık rejiminin görüldüğüne şahit olunmaktadır.

1987 yılında, toplumdan gelen otoriter uygulamalara yönelik tepkiler ve demokratik rejime yönelik yoğun ve yaygın talepler üzerine, Altıncı Cumhuriyet Anayasası, Millet Meclisinde oybirliği ile referandumda da %93 çoğunlukla kabul edilmiştir. Yeni Anayasa'da da başkanlık sistemi, kısmi revizyonlarla sürdürülmüştür. Otoriterizmin kaynağı olarak görülen başkanın güçlü yetkilere sahip olması ve bu yetkilerin kullanılmasının etkili bir şekilde denetlenememesi, Başkan'ların çoğunun yolsuzluklara karışmış olmaları, 1987 Anayasası döneminde de, sürekli Anayasa revizyonunu gündeme getirmiştir. Fakat revizyonun kapsamı ve muhtevası

---

<sup>303</sup> 0-4 puan aralığı otoriter rejim (Authoritarian regime), 4-6 arası Hybrid (melez) rejim (Hybrid regime), 6-8 arası kusurlu demokrasi (Flawed democracy), 8-10 arası tam demokrasi (Full democracy). "The Retreat of Global Democracy Stopped in 2018", *The Economist*, (January 8th 2019), <https://www.economist.com/graphic-detail/2019/01/08/the-retreat-of-global-democracy-stopped-in-2018>, (ET: 15.06.2019).

<sup>304</sup> İbid.

konusunda iktidar partileri ile muhalefet arasında uzlaşa sağlanamamıştır. İktidar çevreleri, kısmî revizyonla başkanlık sisteminin sürdürülmesi taraftarı oldukları halde, muhalif çevreler, bu öneriyi Güney Kore'deki sorunlar için yeterli görmedikleri için, yarı-başkanlık sistemini önermişlerdir.

Esasen 1987 Anayasası'nın, çoğu Başkan'ların yolsuzluklarının ve dizginsizliğinin kaynağını teşkil ettiği tüm partiler tarafından paylaşıldığı için, Başkan adayları hükümet sistemini de etkileyen Anayasa değişiklikleri vaadinde bulunmuşlar, bazı başkanlar, Anayasa değişikliği için somut adımlar atmışlardır. Fakat, 1987 yılında, Altıncı Cumhuriyet Anayasası'nın muhtevası üzerindeki iktidar-muhalefet uzlaşısı, yeni revizyon önerileri konusunda sağlanabilmiş değildir. Bu uzlaşa sağlanamadığı müddetçe yeni bir Anayasa revizyonunun yapılması pek muhtemel görünmemektedir.

Her ne kadar, 1987 yılında kabul edilen Altıncı Cumhuriyet Anayasası'nın ilk yıllarında demokratik uygulamalar bağlamında bazı sorunlar yaşanmış ise de, zamanla bu ülkede demokratik konsolidasyon yönünde önemli ilerlemelerin kaydedildiğine şahit olunmuştur. Demokrasi ve yargı kültürünün kökleştiği ölçüde, hem hukuk devleti, hem de demokratik başkanlık sisteminin işlerliği ve istikrarı konusunda sorunların zamanla minimize olabileceği söylenebilir.



## KAYNAKÇA

ABEBE, Adam & ARBAN, Erika & DALY, Tom Gerald, "Symposium: Editors' Introduction: South Korea at a Crossroads Reflecting on Constitutional Change", *IACL-AIDC BLOG*, (June 14, 2018), <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/13/editors-introduction-south-korea-at-a-crossroads-reflecting-on-constitutional-change-77wn8>, (ET: 16.06.2019).

AYDOĞDU, Yasin, "Güney Kore'de Uygulanan Hükümet Sistemi Üzerine İncelemeler", *Türkiye Adalet Akademisi D.*, Y. 8, S. 31, Temmuz 2017.

AYDOĞDU, Yasin, *Seçim Sistemleri ve Türkiye*, Adalet y., Ankara, 2015.

BAE, Sun Kwang-, "South Korean Politics in Transition: Democratization, Elections, and the Voters", *Regime Change and Regime Maintenance in Asia and the Pacific*, (Department of Political and Social Change, Research School of Pacific and Asian Studies, Australian National University), 1997, [http://pacificinstitute.anu.edu.au/sites/default/files/resources-links/PSC\\_Regime\\_WP\\_20.pdf](http://pacificinstitute.anu.edu.au/sites/default/files/resources-links/PSC_Regime_WP_20.pdf), (ET: 15.06.2019).

BAUMGARTNER, Frank & BROUARD, Sylvain & GROSSMAN, Emiliano & LAZARDEUX, Sébastien & MOODY, Jonathan, "Divided Government, Legislative Productivity, and Policy Change in the USA and France", *Governance*, Wiley, Vol. 26, Issue 4, Y. 2013, <https://hal-sciencespo.archives-ouvertes.fr/hal-01053724/document>, (ET: 07.07.2019).

"Briefing Report Sister City Donghae, South Korea", August 16, 2018, <https://www.cityoffederalway.com/sites/default/files/Documents/Department/ED/FINAL%20Briefing%20Report%20Donghae.pdf>, (ET.: 28.06.2019).

BUTCHER, Luke, "The Effectiveness of Early Voting – A Case Study of the Republic of Korea", *Draft Paper for the ECPR General Conference*, Oslo, Norway, 6-9 September 2017, <http://www.electoralmanagement.com/wp-content/uploads/2017/01/Luke-Butcher-The-Effectiveness-of-Early-Voting-A-Case-Study-of-the-Republic-of-Korea-ECPR-Conference.pdf>, (ET: 25.12.2016).

CAN, Osman, "Bir Başkanlık Sistemi Örneği Güney Kore", *Star Gzt.*, 16.05.2012.

CHAIBONG, Hahm, "South Korea's Miraculous Democracy ", *Journal of Democracy*, Vol. 19, No. 3, July 2008, [https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reprints/2008/RAND\\_RP1370.pdf](https://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/reprints/2008/RAND_RP1370.pdf) , (ET: 13.06.2019).

CHEIBUB, José Antonio, "Minority Presidents, Deadlock Situations, and the Survival of Presidential Democracies", <https://pdfs.semanticscholar.org/3e60/78d9159c50050d79babebf798df041aa59ca.pdf>, (ET: 01.08.2019).

CHEIBUB, Jose Antonio, *Presidentialism, Parliamentarism, and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, [http://fdjpkc.fudan.edu.cn/\\_upload/article/files/10/bd/dd6bb622400a8cccedde721a4568/8a90b72d-e5bf-477b-aad7-34154990497b.pdf](http://fdjpkc.fudan.edu.cn/_upload/article/files/10/bd/dd6bb622400a8cccedde721a4568/8a90b72d-e5bf-477b-aad7-34154990497b.pdf), (ET: 21.05.2018).

CHOI, Dai-Kwon, "The Judicial Functions and Independence in Korea", *LAWASIA Comparative Constitutional Law Standing Committee's 4th Conference on Judicial Independence and the Rule of Law held in Bangkok, Thailand, on May 27th-29th*, 1999, <https://pdfs.semanticscholar.org/c46a/2426d4f6b57fe3219027444ebd633fd94142.pdf>, (ET: 11.07.2019).

"Constitutional History of Republic of Korea", *IDEA Constitutionnet*, <http://constitutionnet.org/country/republic-korea>, (ET: 22.06.2019).

"Constitution Of The Argentine Nation", [http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file\\_id=282508](http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=282508), (ET: 09.09.2017).

"Court Organization Act" (Amended December 27, 2007, Act No. 8794), <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/kr/kr028en.pdf>, (ET: 11.07.2019).

CROISSANT, Aurel, "Electoral Politics in South Korea", *Electoral Politics in Southeast and East Asia*, (Edt: Aurel CROISSAN & Gabi BRUNS & Marei JOHN) Library of the Friedrich-Ebert-Stiftung, 2002, <https://library.fes.de/pdf-files/iez/01361008.pdf>, (ET: 12.06.2019).

“Democracy Around the Regions in 2017”, *The Economist Intelligence United Limited*, [https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy\\_Index\\_2017.pdf](https://pages.eiu.com/rs/753-RIQ-438/images/Democracy_Index_2017.pdf), (ET: 11.11.2018).

DURMAZ, Taner, “Kore Cumhuriyeti Ülke Raporu-2016 ‘The Republic Of Korea Report’ I”, (10.01.2016), [http://www.academia.edu/30193090/KORE\\_CUMHUR%C4%B0YET%C4%B0\\_RAPO\\_RU\\_-\\_2016\\_1\\_THE\\_REPUBLIC\\_OF\\_KOREA\\_REPORT\\_](http://www.academia.edu/30193090/KORE_CUMHUR%C4%B0YET%C4%B0_RAPO_RU_-_2016_1_THE_REPUBLIC_OF_KOREA_REPORT_), (ET: 15.12.2017).

“Election Commission Act”, [https://elaw.kri.re.kr/eng\\_mobile/viewer.do?hseq=37417&type=part&key=3](https://elaw.kri.re.kr/eng_mobile/viewer.do?hseq=37417&type=part&key=3), (ET: 08.07.2019).

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasal Demokrasi*, 12. B., Siyasal Kitabevi, Ankara, 2015.

ERDOĞAN, Mustafa, *Anayasa Hukukuna Giriş*, Hukuk y., Ankara, 2017.

ERDOĞAN TOSUN, Gülgün & TOSUN, Tanju, *Başkanlık ve Yarı Başkanlık Sistemleri*, Alfa y., İstanbul, 1999.

EREN, Abdurrahman, “İtirazım Var Başkanlık Sistemine”, *Yeni Türkiye*, Y. 9, S. 51, Mart-Nisan 2013.

GINSBURG, Tom, “The Constitutional Court and the Judicialization of Korean Politics”, *New Court in Asia*, (Edt: HARDING, Andrew, et al.), Routledge, 2009, [https://www.researchgate.net/publication/40716564\\_The\\_Constitutional\\_Court\\_and\\_the\\_Judicialization\\_of\\_Korean\\_Politics](https://www.researchgate.net/publication/40716564_The_Constitutional_Court_and_the_Judicialization_of_Korean_Politics), (ET: 10.07.2019).

“Government Organization Act of South Korea”, [https://en.wikisource.org/wiki/Government\\_Organization\\_Act\\_of\\_South\\_Korea](https://en.wikisource.org/wiki/Government_Organization_Act_of_South_Korea), (ET: 30.06.2019).

GÖZLER, Kemal, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, Ekin y., Bursa, 2010.

“Güney Kore”, [https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney\\_Kore](https://tr.wikipedia.org/wiki/G%C3%BCney_Kore), (ET: 25.12.2016).

“Güney Kore: Tarih ve Sistem”, <http://www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/ocak05/tr/aykon3.htm>, (ET: 25.12.2016).

“Güney Kore’nin Siyasî Görünümü”, <http://www.mfa.gov.tr/guney-kore-siyasi-gorunumu.tr.mfa>, (ET.: 25.12.2016).

**HAHM, Chaihark**, “*The Allure of Semi-Presidentialism in Korea*”, *From Big Bang To Incrementalism: Choices and Challenges in Constitution Building*, (Jointly organised by International IDEA and the Constitution Transformation Network Hosted by Department of Political Science, University of the Philippines Diliman) Manila, the Philippines, 3-4 October, 2017, [https://law.unimelb.edu.au/\\_data/assets/pdf\\_file/0010/2536534/Korea-Hahm.pdf](https://law.unimelb.edu.au/_data/assets/pdf_file/0010/2536534/Korea-Hahm.pdf), (ET. 13.06.2019).

**HAHM, Chaihark**, “Symposium: Reflections on South Korea’s Constitutional Future”, (June 22, 2018), <https://blog-iacl-aidc.org/blog/2018/6/22/symposium-reflections-on-south-koreas-constitutional-future>, (ET: 07.07.2019).

**HAHM, Chaihark & KIM, Sung Ho**, “To Make ‘We the People’: Constitutional Founding in Postwar Japan and South Korea”, *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 8, Issue 4, October 2010, <https://academic.oup.com/icon/article/8/4/800/667104> (ET: 22.06.2019).

**HAHM, Sung Deuk & HEO, Uk**, “South Korea: Park Geun-hye’s Leadership and South Korean Democracy”, *Journal of Asian and African Studies*, August 2017, [https://www.researchgate.net/publication/319048942\\_The\\_First\\_Female\\_President\\_in\\_South\\_Korea\\_Park\\_Geun-hye's\\_Leadership\\_and\\_South\\_Korean\\_Democracy](https://www.researchgate.net/publication/319048942_The_First_Female_President_in_South_Korea_Park_Geun-hye's_Leadership_and_South_Korean_Democracy), (ET: 15.06.2019).

**HIX, Simon & JUN, Hae-Won**, “Party Behaviour In The Parliamentary Arena The Case of the Korean National Assembly”, *Party Politics*, Vol. 15, No. 6, November 2009, <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.512.2243&rep=rep1&type=pdf>, (ET: 04.07.2019).

“History”, *Encyclopedia Britannica*, <https://www.britannica.com/place/South-Korea/Economic-and-social-developments>, (ET: 16.06.2019).

“History”, *Supreme Court of Korea*,  
<https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/introduction.jsp>, (ET: 11.07.2019).

HONG, Wan Sik, “Electoral Systems and Constitutional Principles in Korea”,  
<http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/1/35.pdf> (E.T. 12.4.2016).

“Internet Appendix to ‘Political Uncertainty and Corporate Investment Cycles’”,  
[https://afajof.org/wp-content/uploads/files/supplements/IA-Political\\_Uncertainty\\_an.pdf](https://afajof.org/wp-content/uploads/files/supplements/IA-Political_Uncertainty_an.pdf), (ET: 29.06.2019).

“Introduction”, *Supreme Court of Korea*,  
<https://eng.scourt.go.kr/eng/judiciary/introduction.jsp>, (ET: 11.07.2019).

“Investment Climate Statement”,  
<https://2016.export.gov/southkorea/doingbusinessinkorea/investmentclimatestatement/index.asp>, (ET: 01.07.2019).

JUN, Hae Won & HIX, Simon, “The Meaning of Conflict in the Korean National Assembly”, *Political Science and Political Economy Working Paper*, No. 4/2006,  
<http://www.lse.ac.uk/government/Assets/Documents/pdf/research-groups/pspe/working-papers/PSPE-WP4-06.pdf>, (ET: 04.07.2019).

JUNG, Young-Tae, “Democracy And Election After Democratization in South Korea”, *Identity, Culture and Politics*, Vol. 10, No. 2, 2009,  
[file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCk/Downloads/Jung\\_Young-Tae.pdf](file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCk/Downloads/Jung_Young-Tae.pdf),  
(ET: 13.06.2019).

KALINOWSKI, Thomas & RHYU, Sang-young & CROISSANT, Aurel (Koordinator), *South Korea Report (Sustainable Governance Indicators 2017)*,  
[http://www.sgi-network.org/docs/2017/country/SGI2017\\_South\\_Korea.pdf](http://www.sgi-network.org/docs/2017/country/SGI2017_South_Korea.pdf), (ET: 12.06.2019).

KILIÇ, Doğan, “Türkiye’de Bitmeyen Tartışma: Hükümet Sistemi Üzerine Değerlendirmeler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi D.*, C. XX, S. 1, Y. 2016.

KIM, Seonhwa, “Reforming South Korea’s ‘Imperial Presidency’”, *Institute For Security & Development Policy*, Policy Brief, No. 205, (October 10, 2017),  
<http://isdpc.eu/content/uploads/2017/10/2017-kim-reforming-south-koreas-imperial-presidency.pdf>, (ET: 12.06.2019).

**KIM, Soon-yang**, “The Veto Point Politics of the Presidential Impeachment in South Korea: An Analysis of the Parliamentary Impeachment against President Rho Moo-hyun”, *The Korean Social Science Journal*, Vol. 39, No. 2, Y. 2012, <https://pdfs.semanticscholar.org/befd/708552ea30721df83f9785cea2655of87945.pdf>, (ET: 06.07.2019).

“Kore Kültür ve Enformasyon Ajansı”, *Kore Gerçeği*, (Çev: LEE, Nana), Kore, Kültür, Spor ve Turizm Bakanlığı, Seul, 2011, file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCk/Downloads/2011\_facts\_tur.pdf, (ET: 11.09.2017).

“Korea (Republic of)’s Constitution of 1948 with Amendments through 1987”, [https://www.constituteproject.org/constitution/Republic\\_of\\_Korea\\_1987.pdf?lang=en](https://www.constituteproject.org/constitution/Republic_of_Korea_1987.pdf?lang=en), (ET: 17.06.2019).

“Korean Legislative System and Procedures”, *National Law Information Center*, <http://www.law.go.kr/LSW/eng/engAbout.do?menuId=3>, (ET: 30.06.2019).

**KROUWEL, André**, “Measuring Presidentialism of Central and East European Countries”, *Working Papers Political Science*, No. 02/2003, Amsterdam, August 2003, <https://pdfs.semanticscholar.org/e283/238dda0aeddbbcbcf53c6a1f6df2ff4d4298b.pdf>, (ET: 31.07.2019).

**KÜÇÜK, Adnan**, *ABD ve Latin Amerika Ülkelerinde Başkanlık Sistemi ve Uygulamaları*, Adres y., Ankara, 2019.

**LEE, Jung Hwa**, “A Study on the Party System in South Korea after Democratization”, *The University of Michigan* 2016, [https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/120745/junghwal\\_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/120745/junghwal_1.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (ET: 13.06.2019).

**LEE, Kang-Kook**, “The Past and Future of Constitutional Adjudication in Korea”, *Current Issues in Korean Law*, (Edt. Laurent MAYALI & John YOO), University of California at Berkeley Berkeley, California, 2014, <https://www.law.berkeley.edu/files/koreanlaw.pdf>, (ET: 10.07.2019).

LEE, Han Soo & MIN, Hee & SEO, Jungkun, "Legislative Response to Constituents' Interests in New Democracies: The 18th National Assembly and Income Inequality in Korea", *Government and Opposition*, Vol. 53, Issue 2, April 2018, [http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO\\_online\\_version\\_08.15.16.pdf](http://politics.khu.ac.kr/home/khpolitics/www/img/prof/GO_online_version_08.15.16.pdf), (ET: 04.07.2019).

LEHOUCQ, Fabrice, "Constitutional Design And Democratic Performance In Latin America", (December 15, 2005), <http://lanic.utexas.edu/project/etext/llilas/vrp/lehoucq.pdf>, (ET: 19.07.2018).

LIM, Seong-Ho, "Neither Gridlock nor Moderation, but Administrative Recharge: The Irony of Divided Government in South Korea", *The Korean Journal of International Relations*, Vol. 45, No. 5, 2005, [http://kaisnet.or.kr/resource/down/3\\_10.pdf](http://kaisnet.or.kr/resource/down/3_10.pdf), (ET: 01.07.2019).

LİJPHART, Arend, *Çağdaş Demokrasiler*, (Çev: ÖZBUDUN, Ergun & ONULDURAN, Ersin), Türk Demokrasi Vakfı ve Siyasi İlimler Derneği Ortak y., Ankara, 1989.

MARTINEZ, Jenny S., "Inherent Executive Power: A Comparative Perspective", *The Yale Law Journal*, Vol. 115, Issue 9, Y. 2006, <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=5044&context=ylj>, (ET: 27.06.2019).

MIZUSHIMA, Leo, "South Korea, Developments in South Korean Constitutional Law", *2016 Global Review of Constitutional Law*, (Edt: ALBERT, Richard & DRUGDA, Šimon & FARAGUNA, Pietro & LANDAU, David), Boston College, Boston, 2017, [https://www.academia.edu/34158994/I\\_CONNECT-Clough\\_Center\\_2016\\_Global\\_Review\\_of\\_Constitutional\\_Law\\_Edited\\_by\\_Richard\\_Albert\\_%C5%Aoimon\\_Drugda\\_Pietro\\_Faraguna\\_and\\_David\\_Landau](https://www.academia.edu/34158994/I_CONNECT-Clough_Center_2016_Global_Review_of_Constitutional_Law_Edited_by_Richard_Albert_%C5%Aoimon_Drugda_Pietro_Faraguna_and_David_Landau), (ET: 15.06.2019)

MİŞ, Nebi & ASLAN, Ali & AYVAZ, M. Erkut & DURAN, Hazal, *Dünyada Başkanlık Sistemi Uygulamaları (Rapor)*, 2. B., SETA y., Ankara, 2016.

MOON, David, "Hybrid Constitutionalism to Mainstream Human Rights in a Unified Korea", Queen's University Kingston, Ontario, Canada, September, 2013,

[https://qspace.library.queensu.ca/bitstream/handle/1974/8388/Moon\\_David\\_201309\\_LLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://qspace.library.queensu.ca/bitstream/handle/1974/8388/Moon_David_201309_LLM.pdf?sequence=1&isAllowed=y), (ET: 25.06.2019).

**“National Assembly Elections”**,  
[http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/02\\_elections/01\\_04.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/02_elections/01_04.jsp), (ET: 08.07.2019).

**“Overview of Legislation System of the Republic of Korea”**, (05/08/2003),  
<http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/APCITY/UNPAN011552.pdf>,  
 (ET: 28.06.2019).

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, s. 17. B., Yetkin y., Ankara, 2017.

ÖZER, Atilla, *Anayasa Hukuku*, 8. B., Turhan Kitabevi, Ankara, 2017.

PAYNE, J. Mark, “Balancing Executive and Legislative Prerogatives: The Role of Constitutional and Party-Based Factors”, *Democracies in Development*, (Edt.: PAYNE, J. Mark & ZOVATTO, Daniel G., & DÍAZ, Mercedes Mateo), Harvard University, Washington, 2007,  
<https://publications.iadb.org/bitstream/handle/11319/441/Democracies%20in%20Development.pdf?sequence=2>, (ET: 07.04.2018).

**“Peru’s Constitution of 1993 with Amendments Through 2009”**,  
[https://www.constituteproject.org/constitution/Peru\\_2009.pdf](https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf), (ET: 08.01.2017).

POPE, Kyle & HALL, Adam Pepin-, “Can South Korea Enact Electoral Reform in Time”, *The Diplomat*, (April 2, 2019),  
<https://thediplomat.com/2019/04/can-south-korea-enact-electoral-reform-in-time/>,  
 (ET: 25.06.2019).

**“Public Official Election Act”**,  
[http://www.nec.go.kr/engvote\\_2013/05\\_resourcecenter/02\\_01.jsp](http://www.nec.go.kr/engvote_2013/05_resourcecenter/02_01.jsp), (ET: 08.07.2019).

QUINTERO, Rodrigo González, “Judicial Review in the Republic of Korea: an Introduction”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, No. 34, Y. 2010,  
<http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n34/n34a02.pdf>, (ET: 09.07.2019)

RHEE, Woo-Young, “Judicial Appointment in the Republic of Korea from Democracy Perspectives”, *Journal of Korean Law*, Vol. 9, December 2009,  
[file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/03\\_Judicial%20Appoin](file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/03_Judicial%20Appoin)



[tment%20in%20the%20Republic%20of%20Korea%20from%20Democracy%20Perspectives Woo-young%20Rhee.pdf](#), (ET: 11.07.2019).

**RICH, Timothy S.**, “Explaining the Success of the People’s Party: An Analysis of South Korea’s 2016 Legislative Elections”, *Asian Politics & Policy*, Vol. 11, Issue 1, Y. 2019, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/aspp.12432>, (ET: 25.06.2019).

**SARTORI, Giovanni**, *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry Into Structures, Incentives and Outcomes*, New York University Press, Washington Sququare: New York, 1994, [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-22861-4\\_5](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-1-349-22861-4_5), (ET: 02.10.2017).

**SARTORİ, Giovanni**; *Karşılaştırmalı Anayasa Mühendisliği*, (Çev: Ergun ÖZBUDUN), Yetkin y., Ankara, 1997.

**SHIN, Doh Chull & PARK, Chong-Min**, “The Mass Public and Democratic Politics in South Korea: Exploring the Subjective World of Democratization in Flux”, *Asian Barometer*, (Working Paper Series: No.15), Taipei, 2003, <http://www.asianbarometer.org/publications/77c4c98a128d99ad75610decdd187ae4d.pdf>, (ET. 13.06.2019).

**SHUGART, Matthew Soberg**, “Of Presidents And Parliaments”, *East European Constitutional Review*, Vol. 2, No. 1, 1993.

**“Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects”**, Congressional Research Service, Updated, (December 10, 2018), <https://fas.org/sgp/crs/misc/RL34680.pdf>, (ET: 01.03.2019).

**SON, Park Won-**, “Democratization in Korea and Its Influence on the Constitution”, *The Research School of Pacific and Asia Studies (RSPAS)*, Australian National University, <https://core.ac.uk/download/pdf/156615919.pdf>, (ET. 22.06.2019).

**“South Korea: Former President Park Geun-hye Sentenced to 24 Years in Jail”**, (April 6, 2018), <https://www.theguardian.com/world/2018/apr/06/former-south-korea-president-park-geun-hye-guilty-of-corruption>, (ET: 06.07.2019).

**“South Korea President Park Names Kim Byong-Joon as PM”**, (November 2, 2016), <https://www.aljazeera.com/news/2016/11/south-korea-president-park-names-kim-byong-joon-pm-161102051729259.html>, (ET: 03.06.2019).

STEPAN, Alfred & SKACH, Cindy, "Constitutional Frameworks and Democratic Consolidation", *Parliamentarism Versus Presidentialism in World Politics*, Vol. 46, No. 1, October, 1993, [http://www.brooklyn.cuny.edu/web/aca\\_socialsciences\\_polisci/150422\\_IA\\_Comps\\_S\\_tepanSkachParliamentary-V-Presidential.pdf](http://www.brooklyn.cuny.edu/web/aca_socialsciences_polisci/150422_IA_Comps_S_tepanSkachParliamentary-V-Presidential.pdf), (ET: 31.07.2019).

TAEHO, Lee, "Korea's Candlelight Revolution and Participatory Democracy", *Asia Leadership Fellow Program e-magazine*, issue 1, [http://alfpnetwork.net/en/e-magazine001\\_06/](http://alfpnetwork.net/en/e-magazine001_06/), (ET: 06.07.2019).

TETSİAD, "Güney Kore Ülke Raporu", [http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi\\_bankasi/ulke\\_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf](http://www.tetsiad.org/files/downloads/bilgi_bankasi/ulke_raporlari/Guney%20Kore%20Ulke%20Raporu.pdf), (ET: 25.12.2016).

TEZİÇ, Erdoğan, "Başkanlık Rejimini Anlamak", *Yeni Türkiye*, Y. 9, S. 51, Mart-Nisan 2013.

TEZİÇ, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 17. B., Beta y., İstanbul, 2004.

"The Constitution of the Republic of Korea", [https://www.much.go.kr/en/contents.do?fid=03&cid=03\\_14](https://www.much.go.kr/en/contents.do?fid=03&cid=03_14), (ET: 16.06.2019)

TURHAN, Mehmet, *Hükümet Sistemleri ve 1982 Anayasası*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi y., Diyarbakır, 1989.

UĞUR, Meral, "Güney Kore: Tarih Ve Sistem", <http://www.foreignpolicy.org.tr/arkaplan/ocak05/tr/aykon3.htm>, (ET: 03.04.2018).

UK, Heo & YUN, Seongyi, "South Korea in 2017: Presidential Impeachment and Security Volatility", *Asian Survey*, Vol. 58, No. 1, February 2018, <file:///C:/Users/Ak%C3%BC%C3%A7%C3%BCK/Downloads/AsianSurvey2018.pdf>, (ET: 06.07.2019).

ULUŞAHİN, Nur, *Anayasal Bir Tercih Olarak Başkanlık Sistemi*, Yetkin y., Ankara, 1999.

YANG, Eunji, "The Story of Korean Democracy", *Echoes: Democracy*, Y. 2012, <http://mikebrandon.me/Echoes/Korea/Echoes%20book%202%20Democracy.pdf>, (ET: 25.06.2019)

## HAKEMLİ MAKALE

### YAPI ALACAKLISININ TALEBİNE BAĞLANAN YETKİ KURALI HAKKINDA BİR FEDERAL MAHKEME KARARI\*

Dr. Öğr. Üyesi Abdurrahman KAVASOĞLU\*\*

Ar. Gör. Ömer ÇON\*\*\*

#### ÖZET

İsviçre Federal Mahkemesi'nin verdiği bir kararda yapı alacaklılarının taleplerine ilişkin Zürih mahkemelerinin yetkisi tartışılmıştır. Federal Mahkeme'nin kıyas ve yorum yoluyla İsviçre Usul Kanunu'nda yer almayan bir hüküm ihdas ederek karar vermiş olması dikkat çekicidir. Çalışmada öncelikle kararın oluşmasını sağlayan maddi hukuk ve usul hukuku unsurları açıklanacaktır. Federal Mahkeme'nin uyuşmazlığı nitelendirme ve çözüme yöntemi açıklanacaktır. Daha sonra da verilen kararın usul hukukunun karakterine uygunluğu tartışılacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** *Medeni Usul Hukuku, İpotek hakkı, Yapı alacaklısı, Hâkimin hukuk yaratması, Kesin yetki, Nisbi hak, Dava konusu*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 14.05.2019

Kabul Edildiği Tarih: 16.09.2019

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [abdurrahmankavasoglu@sdu.edu.tr](mailto:abdurrahmankavasoglu@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0003-3215-9959

\*\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [omercon@sdu.edu.tr](mailto:omercon@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0002-8982-1336

## PEER-REVIEWED ARTICLE

### THE DECISION OF THE FEDERAL COURT ABOUT THE RULES OF THE MANDATORY JURISDICTION FOR THE CLAIM OF THE BUILDING CONTRACTORS

#### ABSTRACT

In a decision of the Federal Court discussed the local jurisdiction of the Commercial Court of the Canton of Zurich by the building contractors. It is worth noting that the Federal Supreme Court, in the review by comparison and interpretation, has taken a decision providing for a provision that is not included in the Swiss Code of Civil Procedure. In this study, firstly the material and procedural law elements that will lead to the formation of the decision will be explained. The Federal Court's method of characterizing and resolving the dispute will be explained. Then, the relevance of the decision to the character of procedural law will be discussed.

**Key Words:** *Civil Procedure Law, Hypothec, Building Contractors, Mandatory Jurisdiction, made law as legislator by the court, Claim, the Dispute.*

#### ZUSAMMENFASSUNG

In eine Entscheidung des Bundesgerichtes diskutiert die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich. Es ist bemerkenswert, dass das Bundesgericht in der Prüfung durch Vergleichung und Kommentierung eine Entscheidung getroffen hat, die eine Bestimmung vorsieht, die nicht in der Schweizer Zivilprozessordnung enthalten ist. In dieser Studie werden zunächst die materiellen und verfahrensrechtlichen Elemente erläutert, die zur Entscheidungsfindung führen. Die Methode des Bundesgerichts zur Charakterisierung und Beilegung des Rechtsstreits wird erläutert. Anschließend wird die Relevanz der Entscheidung für den Charakter des Verfahrensrechts erörtert.

**Stichwort:** Zivilprozess Recht, Baupfandrecht, Baupfand glaubiger, zwingende Zuständigkeit, Anspruch, der Streitgegenstand.

## I. GİRİŞ

Dava şartları ve konumuz bakımından davaya bakan mahkemenin yetkisi, vakıaların ve tarafların özelliklerine göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile belirlenmiştir. Ancak bazı durumlarda tarafların arasındaki hukuki ilişkilerin birden fazla olması, yetki kuralları hakkında tartışmalara sebep olmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 33'e göre hâkim, Türk hukukunu re'sen uygular. Kural olarak uyuşmazlıklarda taraflarca getirilme ilkesi ve somutlaştırma yükümlülüğü göz ardı edilmemelidir. Fakat bazı usul kuralları, hakimin çoğu zaman onları kendiliğinden uygulamasını gerektirir. Bu çerçevede davanın esasına girilebilmesi için bulunması veya bulunmaması gereken dava şartlarının, kamu düzeni nedeniyle mahkeme ve taraflarca tetkiki gerekmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin (Doktrinde yapılan atıflardan halen güncelliğini koruduğu anlaşılan) kararında<sup>1</sup>, birden fazla kesin yetkinin sözkonusu olduğu iddiaları hakimin hukuk yaratması yoluna gidilerek çözümlenmiştir. Çalışmada bir otelin restore edilmesine bağlı olarak ortaya çıkan taleplerin iş sahibinin iflas etmesinden sonra ileri sürülmesi durumunda, mahkemenin yetkisine ilişkin çıkmış sorunlar ve karardaki ifadeler yorumlanarak tartışılacaktır.

## II. KARARIN ÖZETİ

### A. TARAFLARIN TALEPLERİ

Karara konu olayda, merkezi Zürih'te bulunan W. Fuchs&Co Komandit Şirketi, Lozan'da bir oteli satın aldıktan sonra davacılara restore ettirmiştir. Daha sonra W. Fuchs&Co şirketinin iflası üzerine otel ve otelin üzerinde bulunduğu arazi cebri ihale sonucu satılmıştır. İhale tutarının otelin restorasyon işini yapan yüklenicinin ve alt yüklenicilerin alacağını karşılamaması nedeniyle alt sıradaki

---

<sup>1</sup> BGE 96 III 126 sayı ve 30.10.1970.

ipotekle teminat altına alınmış alacak sahipleri, üst sırada yer alan alacaklılara karşı ZGB Art. 841<sup>2</sup> (karş. TMK m. 897) uyarınca dava açmıştır. Zürih Ticaret Mahkemesi'nde açılan davada davalıların bir kısmı davanın cebri ihalenin yapıldığı Lozan'da görülmesi gerektiğini belirterek yetkisizlik kararı verilmesini talep etmişlerdir.

## B. MAHKEMENİN KARARI

Zürih ticaret mahkemesinin verdiği yetkisizlik kararı kanun yoluna götürülmüştür. Kararın onanma gerekçesi şöyledir: Yapı alacaklısının ön sıradaki ipotek hakkı sahibine açtığı dava, aynı haktan kaynaklanan bir dava değildir. Bu nedenle doğrudan ipoteğin paraya çevrilmesi bakımında yetkiyi belirleyen kurallara gidilemez. Alacaklının talebi doğrudan müflise yöneltilmemiştir. Ayrıca davacının müflisin iflas masasına yönelttiği alacak hakkını kullanmasını engelleyen ön sıradaki alacaklının sırasına bir muhalefet sözkonusu değildir. Daha doğru bir ifadeyle davacının talebinin kabul edilmesi durumunda davalının iflas masasından olan alacağı etkilenmeyeceği gibi sıra cetveli de etkilenmeyecektir. Bu nedenle Zürih mahkemeleri yetkili değildir. Yüksek Mahkeme sözkonusu alacaklar şahsi nitelikte olsa dahi delillere ulaşılmasında kolaylık olacağından taşınmazın bulunduğu yerde bu davaların görülmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca doğrudan ve maddi vakiayı karşılamasa dahi kıyasen yetkiye ilişkin ipoteğin paraya çevrilmesine ilişkin uyuşmazlıklarında yetkili mahkemeyi belirleyen hükümlerin (VZG Art. 132 ve VZG Art 117 birlikte değerlendirilerek) uygulanması gerektiğini belirtmiştir.

## C. KARARDA TARTIŞILAN USULİ SORUN

Karara da yansıtılmış tartışma konusu, birden fazla uyuşmazlık karakterinin kesişim noktası olarak *iflasın açılmasından sonra inşaat ipoteği ile alacağı teminat*

---

<sup>2</sup> Ayrıntılı bir değerlendirme için bkz. Schumacher, Reiner; Das Bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008, s. 45 N. 131.

*altına alınmış alacağın sahibine karşı, bir tazminat talebi ileri sürülmesi durumunda yetkili mahkemenin nasıl tespit edileceğidir<sup>3</sup>.*

Somutlaştırmak gerekirse cebri ihaleden sonra Taşınmazların Cebri Yollarla Paraya Çevrilmesi Hakkında Yönerge [Verordnung des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken (VZG)]<sup>4</sup>’nin verdiği yetkiye dayanılarak on gün içerisinde müteahhitlerin talebi sözkonusu olduğunda aynı zamanda sıra cetveli de etkilenecektir. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte taşınmazın bulunduğu yere göre seçimlik yetki getiren İcra ve İflas Kanunu m. 148 (karş. SchKG Art. 51/2) de konuyu etkileyecektir. ZGB<sup>5</sup> Art. 837/1 ve 3.fıkralarda (karş. Türk Medeni Kanunu m. 895’de) düzenlenen inşaat ipoteği için, Türk hukukundan farklı olarak (TMK m. 897/3 ile birlikte İİK m. 132’nin) ZGB Art. 841 ve SchKG Art. 142’nin yanında VZG m. 117 ile ek bir koruma getirilmiştir. VZG m. 117’ye göre inşaat ipoteğinden kaynaklanan taleplerin –taşınmaz paraya çevrildikten sonra- paraların paylaşılması sırasında karşılanamaması üzerine, icra dairesinin, takibin yapıldığı yer mahkemesinde dava açmak üzere inşaat zanaatkarlarına veya yüklenicilere on günlük süre vermesi gerekmektedir (ZGB m. 841/1). İflâsın açılmasıyla müflisin malvarlığı, bir bütün halinde müflisin yerleşim yerinde iflas masasını oluşturur (İİK m. 184, m. 208 SchKG 197, m. 221).

Davalılardan bir kısmı, uyuşmazlığın konusunun iflâsın açılmasıyla masaya dahil olmuş malvarlığının paraya çevrilmesi sonucu elde edilecek bir hak olduğunu iddia etmektedir. Bu gerekçeyle de müflisin yerleşim yeri olan Zürih’te davanın görülmesi gerektiğini ileri sürmektedir.

<sup>3</sup> Davacıların bir kısmının SchKG m. 260 (T-İİK m. 245)’a göre alacaklı IBZ iflas masasından aldığı yetkiye göre davayı takip ettikleri anlaşılmaktadır.

<sup>4</sup> Metin içerisinde VZG şeklinde kısaltılacaktır. İsviçre İcra ve İflâs Kanunu’nun (SchKG) 15. maddesine göre (kıyaslayınız İİK m. 14) bu kanunun uygulanması için yönetmelikler çıkarılabilmektedir. Bu yönetmeliklerin bir örneği de VZG’dir.

<sup>5</sup> 10 Aralık 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) çalışmada bundan sonra ZGB şeklinde kısaltılarak kullanılacaktır.

Cebri ihalenin taşınmazın bulunduğu yer olan Lozan'da yapılmış olması nedeniyle salt rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibin, ve takibin devamında – ipotek alacaklılarının kendi arasında- bir talebin sözkonusu olması veya bir tür kanuni ipotek olan inşaat ipoteğiyle ilgili olması nedeniyle Lozan'da gerek icra hukuku gerek maddi hukuk bağlamında devamındaki taleplerin ileri sürülebileceği, tartışılan bir diğer husustur. İnşaat ipoteğinin paraya çevrilmesi bakımından ipoteğin paraya çevrilmesine dair hükümler uygulanacağından taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı savunulabilecektir. Diğer bir iddia ise alt derecedeki ipotek hakkı sahibinin, üst derecede yer alan ipotek alacaklılarına göre taşınmazın ihalesi sonrasında ikinci derecede tatmin edilmesi ön sorununa dayalı olarak bir tür şahsi hak talebi sözkonusudur ki, bu durumda aynı hakka ilişkin yetki kuralları uygulanamayacak, davalının yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

### III. YETKİ KONUSUNU ETKİLEYECEK OLAY ÇERÇEVESİNDE İNŞAATÇI İPOTEĞİ VE TALEP HAKKI

İnceleme konumuz olan kararın anlaşılması bakımından paralel düzenlemeler içeren Türk hukukuna göz atmak yerinde olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun arazi ve yapı malzemeleri hakkındaki hükümlerinde bazı ifadeler dikkat çekmektedir: “Bir kimse kendi arazisindeki yapıda başkasının malzemesini ya da başkasının arazisindeki yapıda kendisinin veya bir başkasının malzemesini kullanırsa, bu malzeme arazinin bütünleyici parçası olur.” (TMK m. 722 – ZGB m. 671). “Malzeme sökülüp alınmazsa arazi maliki, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yapıyı yaptıran arazi maliki iyiniyetli değilse hakim, malzeme sahibine uygun bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Yapıyı yaptıran arazi maliki iyiniyetli değilse hakim, malzeme sahibinin uğradığı zararın tamamının tazmin edilmesine karar verebilir.” (TMK m. 723/ I-II, ZGB m. 672). “Yapının değeri açıkça arazinin değerinden fazlaysa, iyiniyetli taraf uygun bir bedel karşılığında yapının ve arazinin tamamının veya yeterli bir kısmının mülkiyetinin malzeme sahibine verilmesinin isteyebilir” (TMK m. 724, ZGB m. 673 Bu hükümlerin devamı



olarak TMK m. 893 ve m. 897 de değerlendirilmelidir. TMK m. 893 ve m. 897'de yapılan iş ile arazinin değeri artırıldıysa bu değer artışı ile inşaat ipoteği sahibinin tatmin edilmesi gerekmektedir. Bu gereklilik cebri ihale sonucu tatmin edilen alacaklıya karşı da ileri sürülebilmektedir.

İpotek, alacaklıya rehin konusu olan şeyi, borcun ifa edilmemesi halinde icra vasıtasıyla sattırıp satış değeri üzerinden alacağının öncelikle tahsil etme hakkı veren bir aynı hak<sup>6</sup>. İnşaat ipoteği, tescile tâbi kanunî ipoteklerdendir (TMK.m.893/III)<sup>7</sup>. İnşaat ipoteklerinin tescilinde tapu kütüğünde rehin haklarına ait düşünceler kısmında "inşaat ipoteği" olduğu belirtilir (Tapu Sicil Tüzüğü m. 35/5)<sup>8</sup>. Yüklenicinin kanunî ipotek hakları, eser sözleşmesine bağlı olarak çalışmayı veya malzeme vermeyi üstlendiği andan başlayarak tapu kütüğüne tescil olunabilir. Tescilin yüklenilen işin tamamlanmasından başlayarak üç ay içinde yapılmış olması gerekir (TMK. m. 895/1, II). Bu süre, hak düşürücü nitelikte olup, üç ayın sonunda tescil isteme hakkı düşer. Ancak tescilin yapılması için alacağın taşınmaz maliki tarafından kabul edilmiş veya mahkemece karara bağlanmış olması şarttır ( TMK m. 895/ III ).

İşe başlarken genellikle yüklenici alacağının miktarı kesin olarak belli olmaması ve taşınmaz mal sahibince de kabul edilmemesi durumunda Türk Medeni Kanunu'nun 1011. ve Tapu Sicili Tüzüğü'nün 51 ve 56. maddeleri hükümleri gereğince, inşaat ipoteğinin tescili ile ilgili geçici şerhin verilmesi istemi, mahkemeye yapılır<sup>9</sup>. Mahkeme, tarafları dinleyerek veya dosya üzerinde inceleme yaparak şerhe konu

<sup>6</sup> Ertaş, Şeref; Eşya Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s. 615.

<sup>7</sup> Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016, s. 977.

<sup>8</sup> Tapu Sicil Tüzüğü RG. 17.08.2013 N. 28738 (Metin içerisinde TST olarak kısaltılacaktır.)

<sup>9</sup> Davanın uzaması halinde, yapı alacaklısının kanuni ipoteğin tesciline ilişkin 3 aylık hak düşürücü süreyi kaçırmaması ve hak kaybına uğraması ihtimali göz önünde bulundurularak, yapı alacaklısının mahkemeden TMK.m.1011 uyarınca geçici tescil şerhi verilmesini talep edebileceği kabul edilmiş ve uygulama bu yönde şekillenmiştir (Kaçaran, Hümeysra; "Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı" MÜHF-HAD Cevdet Yavuz'a Armağan C. II, S. 22 C. 3 2016, s. 1383).

hakkın varlığının kabul edilebileceği kanısına varırsa; şerh kararı verir ve kararda şerhin etki bakımından süresi ve içeriği belirlenir; gerektiğinde mahkemeye başvurulması için bir süre verilir.

Rehnin kesin tescili, terkin olunacak şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ( TST m. 31). Zanaatkârlar ve yüklenicilerin kanunî ipoteklerinin tescilinde, düşünceler sütununa “zanaatkâr ve yüklenici ipoteği” olduğu belirtilir (TST m. 35/5). Türk Medeni Kanunu'nun 1022. maddesi gereğince de, aynî haklar tapu sicil kütüğüne tescil ile doğar; sıralarını ve tarihlerini tescile göre alır. Bu yasal sebeplerle, geçici şerh, Türk Medeni Kanunu'nun 896 ve 897. maddelerine göre yüklenicinin, kanunî ipotekten yararlanma bakımından sıra almasını sağlar.

Yukarıda belirtilen hukuki düzenlemelere göre; inşaat ipoteğinin geçici şerhi de, tescili de, yüklenici ve taşınmaz maliki arasında alacağın varlığı ve miktarı konusunda anlaşma olmasına bağlıdır. Çünkü ipotek hakkı alacak hakkına bağlı bir haktır. Yani ipoteğin varlığı ve geçerliliği, güvencesini oluşturacağı alacağın varlığı ve geçerliliğine bağlıdır<sup>10</sup>. Hukuki ilişkide alacağın asli unsur olması nedeniyle, tescil için TMK m. 851'e göre Türk parası ile gösterilerek alacağın ferdileştirilmesi gerekir<sup>11</sup>. Eğer alacağın varlığı veya miktarı konusunda bir anlaşma yoksa ipoteğin tescili<sup>12</sup> dava yoluyla istenebilir (TMK m. 895). Taraflar, yüklenici alacağının miktarında ve gösterilebilecek teminatta anlaşamazlar ise, yükleniciler ipoteğin tescili davasının görülmesi ve verilecek kararın kesinleşmesi sürecinin uzaması ihtimâlini gözeterek geçici şerh davasını açabilirler. Bu davada geçici şerhe karar verilmesi sonucu tapuya geçici şerh tescil edilir. yukarıda açıklandığı üzere inşaat ipoteğinin mahkemece ya da mal sahibince kabulü hallerinde ipoteğin kesin tescili, geçici tescil tarihinden itibaren terkin olunacak geçici şerhin tarih ve yevmiye numarası ile yapılır ve sıra

<sup>10</sup> Aktepe, Sezin; İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi S. 12 2007/2 s. 180.

<sup>11</sup> Aybay, Rona; Hatemi, Hüseyin; Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 273. Sarı, Suat; Taşınmaz Rehninden Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 964 vd.

<sup>12</sup> Akipek, s. 244.

almasını sağlar. Geçici şerh davası, diğer koşullar bakımından inşaat ipoteğinin tescili davası ile aynı koşulları taşımaktadır<sup>13</sup>.

TMK m. 897/I'de ise satış bedeli zanaatkârlar<sup>14</sup> ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım için satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan paradan tatmin edilmek üzere ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklılara karşı bir hak dermeyanının mümkün olduğundan bahsedilmektedir. Gerçekten inceleme konumuz kararda yetki hususunu belirleyecek maddi hukuk meselesi olarak tartışıldığı üzere yapı alacaklılarının ön sıradaki alacaklılara karşı korunması gerekebilmektedir. Çünkü yapı işlerine başlamadan üçüncü şahıs alacakları lehine kurulan rehinler ile inşaat alacaklılarının taşınmazın değerinden karşılanabilmesinin önüne geçilmek istenmiş olabilir<sup>15</sup>. Böylece inşaat alacaklılarının emekleri ile kazandırdığı değer önceki sıradaki alacaklılara özgülenmiş olacaktır. Bahsi geçen TMK m. 897/I ve ZGB Art. 841'in sağladığı koruma, bu kötüniyetli uygulamayı önlemeye yöneliktir.

#### IV. İFLASIN AÇILMASINDAN SONRA İNŞAAT İPOTEĞİNE DAİR TALEP

İnşaat ipoteğine ilişkin uyuşmazlıklarda hukuki çözüm arayışları çoğu durumda farklı karakterdeki hukuki çarelerle aynı anda ortaya çıkarabilmektedir.

<sup>13</sup> Y. 15.H.D. 18.02.2008 T. ve 2006/6606 E., 2008/960 K, Y. 15. HD E. 2012/4558 K. 2012/7308 T. 21.11.2012 (Kazancı E.T. 05.10.2019).

<sup>14</sup> Madde metninde yer alan zanaatkar ifadesi bilinçli bir tercihtir. Çünkü kanun koyucu bu madde ile taşınmaz malikiyle hizmet sözleşmesi dışında yalnızca taşınmaza yaptığı iş ile bir değer katan kişinin hukuki yararının korunmasını amaçlamaktadır (Duman, İlker Hasan; İnşaatçı İpoteği, Terazi Hukuk Dergisi C. 9 S. 100, 2014, s. 192). Hizmet akdi ile yapı inşaatında çalışanlar yani işçiler yaptıkları işin ücretini günü gününe alırlar. İşçilerin aynı zamanda hacizde ve iş sahibinin iflası halinde alacakları kanunen önceliklidir. Bu nedenle inşaat ipoteğinden faydalanamayacaklardır (Akipek, Jale; Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 240).

Yapılan plan, proje ve benzeri çalışmalar inşaatla bir bütün teşkil etmeyen nitelikte çalışmalardır. Yapılan işin kredi verme vasfı da yoktur. Bu yüzden mimarlar ve mühendisler, yaptıkları işlere ilişkin alacakları bakımından yapı ipoteğinin koruması dışında bırakılmışlardır (Kaçaran, s.1371).

<sup>15</sup> Akipek, s. 249.

Geçici nitelikte olması inşaat ipoteğini diğer ipotek türlerinden ayırmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu, bu farklılığa rağmen mahkeme kararıyla inşaat ipoteğinin tapuya şerh verilebileceğini kabul etmektedir. İsviçre doktrininde inşaat ipoteğinin geçici şerhi hakkında verilen kararın istinaf edilebilmesi onun bir ara karar mı yoksa nihai bir karar mı olması yönüyle tartışılmaktadır. Çünkü inşaat ipoteği bir aynı hak olmasına rağmen, geçici şerhine ihtiyati tedbir karakteri atfedilebilmektedir. Bu yöndeki talebin bir asli talep olduğu yani ihtiyati tedbir niteliğinde olmadığı belirtilmesi durumunda konuyla ilgili istinaf kanun yolu bakımından ara karar mı hüküm mü tartışmaları da inşaat ipoteğinin geçici şerhine farklı bir anlam kazandırmaktadır<sup>16</sup>.

İcra ve İflas Kanunu madde 194'de müflisin dâvacı ve davalı olduğu hukuk davalarının duracağına dair hükme aynı maddede getirilen rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerle ilgili açılmış hukuk davalarına ilişkin istisna ise doğrudan bu davaların durması gerekip gerekmediğini söylemekte zorluklar ortaya çıkarmaktadır. Aslına bakılırsa henüz bir rehnin paraya çevrilmesi yolu ile takipten değil de bir aynı hakkın tesisinden bahsedileceğinden bu kategori kapsamında davanın devam edebilmesi mümkün olmayacağı gibi bir ihtiyati tedbir olan geçici tescil talebinin veya bir işçi alacağının<sup>17</sup> aksine<sup>18</sup> acele işlerden de sayılamayacağından davanın ikinci alacaklılar toplantısından on gün sonraya kadar duracağı iddia edilebilir. Alman

<sup>16</sup> Seiler, Benedikt; Die Berufung nach ZPO, Schulthess, Basel 2013, s. 105; MüKoBGB/Busche BGB § 650e Rn. 37-40, beck-online.

<sup>17</sup> "Dava, ücret alacağı istemine ilişkindir. Davacı, davalı şirket hakkında ödenmeyen ücret alacaklarının tahsili için icra takibi başlattığını, davalının takibe itiraz ettiğini belirterek, itirazın iptaline karar verilmesini istemiştir. Yargılama devam ederken davalı şirketin iflasına karar verildiği, iflas kararının kesinleştiği anlaşılmaktadır. Mahkemece İİK.194. maddesi gözüünde bulundurularak, davaya kayıt kabul davası olarak devam edilmesi gerekirken, bu husus göz ardı edilmek suretiyle yargılamaya devam edilerek karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir." (13. HD E. 2015/42959 K. 2017/12386). Kaldı ki işçi alacaklarının bile İsviçre doktrininde acil işlerden sayılması gerektiği tartışmalıdır. Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs- Wohlfart/Mayer. (2016). Art. 207, 2. Auflage. Helbing Lichtenhahn Verlag Basel. N. 35.

<sup>18</sup> Çabri, s. 383.

hukukunda<sup>19</sup> iflasın açılması durumunda derdest davada hakimin açıkça iflasın açılması nedeniyle davanın durduğuna karar vermesi gerekmektedir<sup>20</sup>. İsviçre doktrininde bir davanın acil işlerden sayılması durumunda genel olarak basit yargılama usulüne tabi olacağı fakat uygulamada bazı istisnaların sözkonusu olduğu bunlardan birisinin de inşaat ipoteği tesciline ilişkin olduğu belirtilmektedir<sup>21</sup>. Zira inşaat ipoteğinin tescili için kesin bir hak düşürücü süre söz konusudur<sup>22</sup>. Bu noktada İİK m. 194/2 ve SchKG m. 207/3'de yer alan davalar durduğu sürece zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerin işlemeyeceği belirtilmelidir. Ancak öncelik hakkının koşulları gerçekleşmesine rağmen hak tapuya tescil ettirilmemişse, bunun ön sıradaki rehinli alacaklılara karşı dahi ileri sürülmesi mümkün olmaz<sup>23</sup>. Bu durumda öncelik hakkının mükellefiyetler listesinde yer alması gerektiğinden ivedi işlerden olması gerektiği belirtilebilir<sup>24</sup>. Eğer üç aylık (ZGB'de yapılan ve 01.01.2012 tarihinden itibaren yürürlükte olan değişiklikten sonra dört aylık) kayıt süresi sadece iflas açıldıktan sonra sona ererse, geçici olarak tescil edilmiş hak iflasın açıldığı anda kayıtlı olmasa bile inşaat zanaatkarının ve yüklenicisinin iflası tescil edilmemişse

---

<sup>19</sup> Kindler/Nachmann, InsO, 2. Teil: Länderberichte Liechtenstein Rn. 169-173, beck-online.

<sup>20</sup> BSK-Wohlfor/Meyer, SchKG 207 N. 35.

<sup>21</sup> SK-Schulthess Kommentar, Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, SchKG Art. 297, 4. Auflage N. 14.

<sup>22</sup> Thurnherr, Christoph; Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs / II. Konkurs des Grundeigentümers / 4. - 8. Zürich 2017, s. 72.

<sup>23</sup> Çabri, s. 398.

<sup>24</sup> HE140187 03.07.2014 Zürich Handelsgericht (Swisslex veri tabanı E.T. 11.09.2018).

hala kaydedilebilmelidir<sup>25</sup>. Çünkü tescili talep hakkı aynı bir alacak<sup>26</sup> oluşturduğundan iflas masasına karşı da ileri sürülebilecektir<sup>27</sup>.

Somut olayda bir inşaat ipoteği tescil edilmiştir. Fakat dava yoluyla ipotek borçlusu ve işi yaptıran arsa sahibine karşı değil üst sırada tatmin edilmiş kişiye karşı bir talep ileri sürülmektedir. Ancak taşınmazın sahibi hakkında iflasın açılmış olması ve taşınmazın tasfiyeye konu edilecek olması durumunda husumetin yöneltildiği kişi önem arz etmektedir. Zira iflas masasına karşı yapılacak talebin sıra cetveli özelinde tartışılması gerekmektedir. İcra ve İflâs Kanunu'na göre muhalefet, bir alacaklının sırasına veya miktarına ait ise bu konuda sıra cetveline karşı itiraz davası açılması gerekmektedir<sup>28</sup>. Fakat inceleme konumuz olan İsviçre Federal Mahkemesi kararında, talep sahiplerinin cebri ihaleden bağımsız olarak şahsi bir hak talebinde bulunduğu iddia edilmektedir. Davacılar davanın tasarrufun iptali davasına kıyasen salt şahsi dava olduğunu aynı zamanda hakkın doğumunun dava ile değil icra takibi (betreibung değil vollstreckung) ile bağlantılı olduğunu ifade etmektedir. Davalılar ise hakkın taşınmaz ipoteğine ilişkin olduğunu ve icra hukuku karakterinin değil usuli karakterinin daha ağır bastığını ifade etmektedir. Her iki taraf da görüşlerinin diğer görüşe göre daha makul olduğu iddiasındadır.

## V. TALEBİN USULİ GÖRÜNTÜSÜ

Hakkın tanımı ve hakkın kazanılması için gerekli objektif şartlar maddi hukuk içerikli mevzuatta ve onun tamamlayıcı hükümlerinde belirlenmiştir. Hakkın

---

<sup>25</sup> CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht- Schumacher, ZGB Art. 839 N. 3.

<sup>26</sup> Kazanma sebebi ile temel borç ilişkisinin varlığı birbirine karıştırılmamalıdır. Kazanma sebebi, tescilin sebebe bağlılığı ilkesi gereği, tescilin yapılabilmesi için aranan hukuki sebep iken, kazanma sebebinden bağımsız onun dışındaki bir borç ilişkisi ipoteğin fer'iliği ilkesi gereği rehnin kurulabilmesi için şarttır (Aktepe, s. 181). Yani inşaat ipoteğinin tescilinin hukuki sebebi MK m. 837 iken, bu rehnin kurulabilmesi için borçlunun alacağı kabul etmesi ya da mahkemenin borcun varlığına dair bir kararı ipoteğin kurulabilmesinin şartıdır.

<sup>27</sup> Akipek, s. 238.

<sup>28</sup> Ayrıntılı tartışmalar için bkz. Meriç, Nedim. (2015). Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları. Yekin Yayıncılık Ankara.

mahkeme önünde ileri sürülmesi de bazı kurallara bağlanmıştır<sup>29</sup>. İnşaat ipoteği ile temin edilmiş hakkın mahkemede ileri sürülmesi üzerine hakim bir karar vermesi gerekmektedir. Çünkü maddi hukuk meselesi, dava dilekçesi ile mahkemeye yöneltilen hukuki koruma talebi olarak usuli bir işlem karakterine bürünmektedir<sup>30</sup>. Usuli işlemlere, usul hukuku kendiliğinden doğacak bazı sonuçlar bağlamıştır. Dolayısıyla esasa ilişkin bir hüküm olarak ortaya çıkacak sonuçlara elverişli bir usuli talebin olup olmadığını da yargı merciinin dava şartı olarak önem atfettiği durumlarda kendiliğinden incelemesi gerekmektedir. Mahkeme bu ön meseleyi incelerken de aslında maddi meseleyi vasıflandırmak zorundadır. Zira dava şartları da davanın açıldığı andaki maddi vakialara ve tarafların özelliklerine göre belirlenmektedir. Konumuz bakımından maddi vakianın tartışıldığı dava şartı ise kesin yetkidir. Aşağıda öncelikle genel olarak yetkiden bahsedilecektir.

#### A. GENEL OLARAK YETKİ

Anayasa m. 142'ye göre mahkemelerin görev ve yetkisi (kuruluşu ve işleyişi, yargılama usulleri) kanunla belirlenir. Mahkemelerin belirli davaları görmek bakımından sahip olduğu iktidar coğrafi alan açısından bir yargı çevresi ile sınırlandırılmıştır<sup>31</sup>. Hukuk mahkemelerinin yetkisinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlendiği HMK m. 5'te belirtilirken farklı kanunlardaki istisnalara da işaret edilmiştir. Kanun koyucu yetkili mahkemeyi belirlerken uyuşmazlık konusu hukuki ilişkide yer alan kıstası veya kıstasları gözetmektedir<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Hakkın ileri sürülmesi için Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku 7. Baskı. İstanbul, 2000, s. 7vd. Ansay, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri. Ankara 1954 s. 3. Lüke, Wolfgang. 2006. Zivilprozessrecht 9. Auflage. Verlag C. H. Beck. München, s. 3vd. Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer. (2015). Medeni Usul Hukuku Dersleri. Vedat Kitapçılık İstanbul, s. 3vd. Kuru, Baki; Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2017, s. 65 vd.

<sup>30</sup> Erdönmez, G., Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 437.

<sup>31</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 111.

<sup>32</sup> Postacıoğlu/Altay, s. 112; Berkin, Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981, s. 310.

Konumuz bakımından önem arzeden seçimlerlik yetki genel yetkinin alternatifini niteliğinde, kesin yetki ise genel yetkiyi bertaraf eder niteliktedir. Aşağıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, mahkemenin tahkikata girmeden yalnızca usuli bir ön meseleyi halletmek için maddi meseleyi nitelendirmesi gerekebilir. Fakat bu nitelendirmenin yapılması, mahkemenin uyuşmazlığın esasına dair bir karar verdiği anlamına gelmez<sup>33</sup>.

## **B. YETKİYİ BELİRLEYEN HUKUKİ İLİŞKİ OLARAK SOMUT OLAYDAKİ ALACAK HAKKININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

Örnek olayda Federal mahkeme, uygulanacak usul kuralını belirleyecek maddi vakianın unsurlarını ortaya çıkararak somutlaştırmıştır. Bu anlamda öncelikle uygulanacak hukuk kuralı bakımından korunan yarar, arsa üzerine yapılan inşaat ve zanaat sonucunda esere değer katan tarafın korunmasıdır. Bu bağlamda talep sonucunun iflas masasına değil iflas masasından alacaklı olan ve hatta iflas masasına diğer alacaklılardan bağımsız olarak ileri sürülebilen bir rehin hakkı sahibine yöneltildiği anlaşılmaktadır. Dolayısıyla sıra cetvelinden kaynaklanan bir uyuşmazlık sözkonusu değildir. Çünkü vakıalar inşaat ipoteği ve iflas merkezli gibi görünse de aslında bu vakıalar talep sonuçlarını haklı kılmaya yarayan koşul vakıalar yani dava sebebidir<sup>34</sup>. Federal Mahkeme kesin yetki ve görev bakımından dava konusunun merkeze alınması gerektiğine işaret etmektedir. Dava konusu ise bir hukuki sonucun kesin biçimde belirlenmesini konu almaktadır. Daha genel çerçevede belirli bir hukuki himayenin sağlanmasını konu alan ve mahkemeye yöneltilmiş bulunan istek şeklinde formüle edilmektedir<sup>35</sup>. Kanaatimizce ilk derece mahkemesi dava sebebine göre mahkemenin yetkisini belirlemişse de Federal Mahkeme dava konusuna göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Gerçekten de

---

<sup>33</sup> Dava şartı incelemesi bakımından maddi vakianın vasıflanması hakimnin subjektif davrandığını gösteren açık bir vakia sözkonusu olmadıkça hakimnin reddi sebebi olarak değerlendirilemeyecektir (Hakimin reddi bakımından subjektif unsur hakkında bir Basel mahkeme (Appelationsgericht) kararı için bkz. BEZ.2016.45 (AG.2017.78) 27. Januar 2017).

<sup>34</sup> Tanrıver, s. 483; Pekcanitez, C. II, s. 1135

<sup>35</sup> Tanrıver, s. 476.



yetki kuralları belirlenirken dava konusu ve yapılan talebin nasıl dermeyan edildiği mutlaka gözönünde bulundurulmalıdır. Türk hukuk doktrininde Üstündağ bu noktada dava şartının tespiti anlamında dava konusunu şekillendiren vakıaların incelemesi yapılırken hükme de etki edebileceğinden konumuz bakımından sırf yetkinin tespiti bağlamında inceleme yapılması gerektiğine dikkat çekmektedir<sup>36</sup>. İlk bakışta hakkın tapu siciline tescil edilmesi meselesi bağlama kuralı olarak akla gelse de kararda tartışılan olay bakımından bu husus usul kurallarını etkileyecek bir durumdan daha çok talebin maddi hukuk bakımından başarı şartı olarak etki göstermektedir<sup>37</sup>. Daha açık bir ifadeyle eğer tapuya tescil şartı somut olay bakımından aranacaksa bile bu bir talep sonucu değildir. Talep sonucunun başarılı olması için bir koşul vakıadır.

Şu halde olay bakımından dava sebebinin ne olduğu irdelenmelidir. Doktrinde inşaat ipoteği hakkı sahibinin ipoteğin paraya çevrilmesi durumunda hak elde etmiş kişiye karşı ön sırada olması nedeniyle doğan hakkının ya kanundan doğan bir borca dayandığı ya da haksız fiile dayandığı ifade edilmektedir. Borcun haksız fiile dayandığının gerekçesi *kanunun bir konuda bir kişiye getirmiş olduğu yükümlülüğün ihlal edilmesinin haksız fiil niteliğinde olduğu, kanunun belirli şartlarda, yapıdan dolayı meydana gelen kıymet fazlasını yapı alacaklılarına tahsis ettiği, önceki sıradaki alacaklılara, taşınmazı yapısız değerinin üzerinde ipotek ettirmemek yükümlülüğü getirdiği, ön sıradaki rehinli alacaklıların bu yükümlülüğe kusurlarıyla aykırı davranmasının haksız fiil niteliğinde olduğu* şeklinde ifade edilmiştir<sup>38</sup>. Diğer bir görüş, *TMK m. 897'nin gerekçesine göre burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesinin söz konusu olduğunu, gerekçeden hareketle burada kendine özgü bir davanın bulunduğu* kabul

<sup>36</sup> Aynı doğrultuda Üstündağ, s. 194.

<sup>37</sup> Schumacher, Reiner; Das bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008, s. 48 N. 139.

<sup>38</sup> Reisoğlu, s. 208 (Aktaran Çabri, s. 402).

*edilebileceği yönündedir*<sup>39</sup>. Federal Mahkeme kararında, ZGB Art. 841 maddesindeki talebin, iflas işlemlerinin önemli bir parçası değil, yalnızca bunun bir devamı niteliğinde olduğuna dikkat çekmektedir.

Yetki belirlenirken dava sebebinin gözönünde bulundurulduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da yer almaktadır. Gerçekten de HMK m. 7/1'de "... Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır. " denilmektedir. Dava sebebine bağlanan bu yetkinin kesin yetki olduğu ifade edilmektedir<sup>40</sup>. HMK m. 11'de terekenin paylaşılmasına ilişkin dava denilmek suretiyle dava sebebinden yola çıkılarak yetkili mahkeme belirlenmektedir. Aynı şekilde dava sebebi bir eşyanın aynından kaynaklandığında da buna göre yetkinin belirlendiği görülmektedir. Ancak davacıların birden fazla olması durumunda olayın mahiyetine göre yetkili mahkemenin belirlendiği bir hüküm doğrudan HMK'da görülmemektedir<sup>41</sup>. Bu konuda belki davaların arasında bağlantı bulunması durumunda davaların aynı mahkemede birleştirilebileceğine dair HMK m. 166 hükmü akla gelebilir. Ancak kanun koyucu bu durumda davaların birinci davanın açıldığı yerde birleştirilebileceğini belirtmiştir (HMK m. 166). Karşı davanın ise ilk davanın açıldığı yerde açılması gerektiği belirtilmektedir (HMK m. 13).

Federal Mahkeme'ye göre talep sahibinin tatmini doğrudan arsa üzerindeki rehin hakkının paraya çevrilmesiyle olmayacaktır. Çünkü alacaklının talebi, kanundan doğan bir şahsi alacaktır.

İsviçre doktrininde konu şöyle açıklanmaktadır<sup>42</sup>: Taşınmazların aynına ilişkin kesin yetki kuralları ZPO Art. 29'da düzenlenirken, yalnızca ipotek hakkının gerçekleştirilmesi için tapuyu etkilemesi de gözönünde bulundurulurak taşınmazın

<sup>39</sup> Ayan, Mehmet; Eşya Hukuku III, 6. Baskı, Konya 2014, s. 239.

<sup>40</sup> Tanrıver, s. 227. Karş. Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 72.

<sup>41</sup> HMK m. 7/2 hakkındaki tartışmalar için bkz. Tanrıver, s. 227-236; Pekcanitez, C. I, s. 300.

<sup>42</sup> ZGB- Schumacher. (2016). Art. 841 N. 13 (swisslex E.T. 15.04.2019).

bulunduğu yerin kesin yetkili olduğu tespit edilmiştir. Bu düzenleme, VZG Art. 117'de yer alan ipoteğin paraya çevrildiği yer olan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesini işaret eden düzenleme ile de paraleldir. Fakat salt ipotek hakkı olarak ileri sürülmeyen zararın değer fazlası ile tazmini amaçlı<sup>43</sup> öncelik hakkına ilişkin farklı bir ifadeyle, taşınmazdan kaynaklanan fakat şahsi hak nitelikli davalar bakımından taşınmazın bulunduğu yerde mi yoksa davalının yerleşim yeri mahkemesinde mi açılması gerektiği hususunda tartışma mevcuttur. Tartışılan hakkın paraya çevrilen taşınmaza kazandırılan değer olduğundan yola çıkıldığında ZPO'da yer alan genel hükümlere göre ya da karşılığı olan HMK m. 6'ya göre belirlenmesi gerekecektir. Fakat İsviçre doktrini bu hususu yetki bakımından haksız fiile kıyasen değerlendirmektedir. İlk bakışta inşaat alacağı sahibinin usulüne göre ipotek ile teminatlandırılmış bir hakka ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ulaşıldığı görünür. Ancak inşaat yapımı sürecinde başta bina yapımı işine dahil olan ve çoğu zaman üst sırada bir ipotekle kendi alacağını teminat altına alabilen alacaklının, alınan inşaat kredisini yanlış kullanması ve meydana getirilecek eseri özen yükümlülüğüne aykırı yapması yani basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kuralara uygun davranmaması (kıyasen TBK m. 471) nedeniyle binadan elde edilecek değer azalması, tazminatın şartını oluşturacaktır. Ön sıraya sonraki tarihli bir alacak için ipotek ihdas edilmesi, sıradaki diğer alacaklıların hakkına zarar vermek kastıyla ise bu talebi tasarrufun iptali davasına yakınlaştıran bir hukuka aykırılığı da içerisinde barındırmaktadır. Bu durumda davacının -yani maddi hukuk bağlamında değerlendirildiğinde zarar görenin- inşaatın yapıldığı veya ihale sonucu zararın meydana geldiği yer mahkemelerinde dava açabileceği belirtilebilir (ZPO Art. 36 karş. HMK m. 16). İnşaat alacağı bakımından taşınmaz değerinin bir parçası olarak binanın değerine ilişkin ayrıcalık için, etkinin ortaya çıktığı dolayısıyla da korunan hakkın doğrudan ihlal edildiği yer taşınmazın bulunduğu yerdir. Aynı şekilde üçüncü kişilerden sağlanacak kredi için taşınmazın gereğinden fazla ipoteğe teminat

<sup>43</sup> Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19. Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016. s. 991.

oluşturması bakımından da eserin meydana getirildiği yer, yine taşınmazın bulunduğu yerdir. Bu noktada yetkili mahkeme bakımından ön görülmüş seçimlik yetkinin farklı davacılar tarafından farklı yerlerde kullanılması durumunda davaların birleştirilmesi aşamasında çıkacak problemlerin önüne geçmek amacıyla taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinde inşaat alacağı ile ilgili şahsi davanın açılması gerektiği kararda ifade edilmektedir.

### C. BİRDEN FAZLA KESİN YETKİ KURALININ AYNI ANDA ORTAYA ÇIKMASI

Federal Mahkeme kararında incelenen konu, komandit şirket hakkında iflas tasfiyesi sürecinde sıra cetveli yapıldıktan sonra, inşaat ipoteğine dair talebin neredeki mahkemede ileri sürüleceğidir. Talebin mahkemeye başvuru olarak görünmesine kadar ki süreçte meydana gelen maddi hukuk ve şekli hukuk vakıalarındaki değişiklikler, hakkın elde edilmesi sürecinde farklılıklar oluşturabilir. Çünkü dava şartları, davanın açıldığı ana göre belirlenecektir.

Federal Mahkeme kararında dikkat çeken değerlendirme şöyledir: *İpotek alacaklısının, ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu kendinden önceki sıradaki alacaklıların tatmin edilmiş olmasına rağmen kendisinin hiç veya yeteri kadar tatmin edilmemiş olması durumunda ileri sürdüğü talebin muhatabı iflas idaresi olmayacağı için talebin sıra cetveline karşı olduğu kabul edilemeyecektir.* Halbuki kararda tartışılan ZGB Art. 837'ye içerik olarak da karşılık gelen Türk Medeni Kanunu madde 895'e göre taşınmaz malikinin borcunu kabul etmesi veya mahkemece bu yönde karar alınması üzerine tescili yapılan ve böylece doğan aynı hak niteliğindeki inşaat ipoteği sahiplerinin diğer üst derecedeki ipotek alacaklılarının sırasına muhalefet etmesi, sıra cetveline itiraz davası niteliğindedir. İcra ve iflas hukuku bakımından inşaat ipoteğinin de ipotek kapsamında değerlendirilmesine kaynak ise mehz SchKG m. 37 ve hukukumuzdaki karşılığı İİK m. 23'te yer alan "İpotek" tabiri; ipotekleri, ipotekli borç senetlerini, irat senetlerini, eski hukuk hükümlerine göre tesis edilmiş taşınmaz rehinlerini, taşınmaz mükellefiyetlerini, bazı taşınmazlar

üzerindeki hususî imtiyazları ve taşınmaz eklenti üzerine rehin muamelelerini, ... ifade eder cümlesidir. İpotek tabirinin kapsamı bakımından ise İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB) taşınmaz rehni başlığının ikinci ayrımı olan ipotek başlıklı m. 824 ile m. 841 ( yine Türk Medeni Kanunu'nun aynı başlıklı m. 891 ile m. 897) arasındaki hükümlerin bu kapsamda değerlendirileceği ve dolayısıyla ZGB m. 839 (TMK m. 895)'da yer alan inşaat ipoteğinin de bu kapsamda bulunduğu belirtilmelidir<sup>44</sup>.

Asliye ticaret mahkemesinin iflasın açılmasına karar vermesi ile borçlunun haczi kabil malvarlığı borçlunun tüm alacaklılarının tatmini amacıyla iflas masasını oluşturacaktır. SchKG m. 199'a<sup>45</sup> göre borçluya ait olup da üzerinde rehin hakkı bulunan malların konumuz bakımından inşaat ipoteği hakkının da, rehin sahibi alacaklının rüçhan hakkı saklı kalmak kaydıyla masaya gireceği belirtilmelidir. İcra ve İflas Kanunu m. 185 ile paralel ve yine m. 185'e atıf yapılan İİK m. 193'de<sup>46</sup> ise, rehlin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takiplere iflastan sonra da takip alacaklıları tarafından iflas masasına karşı devam edilir ve satış bedeli 151. maddeye göre rehinli alacaklılara paylaşılır, artan kısım iflas masasına intikal eder ifadeleri yer almaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin BGE 96 III 126 30.10.1970 sayılı kararı konunun yetkiye ilişkin problemlerini ele almaktadır. Ancak inşaat ipotek hakkının iflasın açılmasından sonra kullanılması akla iflasın etkileri bakımından da farklı tartışmalar getirmektedir. Zira iflasın açılmasından önce, ipotek borçlusunun rızasıyla değil de bir mahkeme kararıyla ipoteğin tesciline karar verilmesi ile kurulması ihtimali ele alındığında kanun yolu aşamasında dahi derdest olan davanın iflasın açılmasından etkilenmesi de gündeme getirilmelidir.

Yetki bakımından İsviçre ve Türk hukukunda, kanunda mahkemenin açıkça kesin yetkili olduğu belirtilmediği sürece kesin yetkiden bahsedilmez. Yetki

<sup>44</sup> BSK SchKG I- Nordman, Art. 37 N. 1.

<sup>45</sup> Karş. İcra ve İflas Kanunu m. 185.

<sup>46</sup> Karş. SchKG m. 206.

bakımından çıkış noktası olması gereken bu kural İsviçre ZPO Art. 9'da açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca ZPO Art. 29 FORUM REI SITAE eşyanın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olması gerektiği ilkesini esas almıştır. Bu gerekçeyle uyuşmazlık konusunun bulunduğu yer mahkemesinin yetkisinin zorunlu değil seçimlik yetki olarak öngörülmesi gerektiği kuralı da gözardı edilmemelidir.

Uyuşmazlık bakımından alacaklıların münferit takip yapmak yerine cebri ihaleye çıkarılan taşınmazda zaten tapuya tescil edilmiş ipotek hakkının karşılama prensibi gereğince (İİK m. 129- SchKG m. 142a atfıyla m. 126 ) teminat altında olduğunu bilerek hareket ettikleri ancak aynı taşınmaz üzerindeki diğer ipotek sahiplerinin haklarını ihlal ettiği iddiaları bulunmaktadır. Alacaklıların rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmaları durumunda SchKG m. 51'de<sup>47</sup> yer alan yetkiye ilişkin hükümler ve devamında da takibe konu taşınmazın paraya çevrilmesi bakımından çıkabilecek uyuşmazlıklarda da taşınmazın bulunduğu yer mahkemelerinin kesin yetkili olduğunu belirten hükümler uygulanır<sup>48</sup>. İcra ve İflas Kanunu m. 219'a göre<sup>49</sup> iflas alacaklıları ve aynı hak iddia eden kimseler bu taleplerini bir ay içerisinde bildirmelidirler. Diğer yandan sıra cetveli yapıldıktan sonra İsviçre hukuku bakımından önem arzeden on günlük sürenin<sup>50</sup> usuli hakkın kullanımına

---

<sup>47</sup> Karş. İİK m. 148.

<sup>48</sup> Türk ve İsviçre uygulamalarının kanun yapım teknikleri karşılaştırıldığında yetkiye ilişkin düzenlemelerin SchKG'de toplu halde takip talebinden önce düzenlendiği fakat Türk hukukunda her bir takip türü bakımından ayrı ayrı düzenlendiği yine taşınmazın bulunduğu yerde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla yapılan takip bakımından İsviçre hukukunda taşınmazın bulunduğu yer icra dairesinin yetkisi kesin iken Türk hukukunda İİK m. 148'de yer alan veya bağlacı nedeniyle kesin bir yetkiden bahsedilirken dahi tereddüt yaşandığı oysa kanunun lafzının kesin yetki bakımından bu tür bir tereddüte mahal vermemesi gerektiği belirtilmelidir. Fakat İsviçre hukukunda birden fazla taşınmaz hakkında ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla nerede takip yapılacağı hususunda taşınmazlar arasındaki değerlerden hangisinin yüksek olduğunun göz önünde bulundurulacağı belirtilmesi de önemli bir istisna olarak görünmektedir (SchKG Art. 51/2).

<sup>49</sup> Karş. SchKG m. 232.

<sup>50</sup> VZG m. 117: İnşaat ustaları- ve müteahhit alacaklılar rehlin paraya çevrilmesi yoluyla tatmin edilirken (yani ipotek konusu taşınmazın ihale ile satılması durumunda), taşınmaz bedelinin alt derecedeki (muaccel) ipotek alacaklıların alacaklarını karşılamaması ihtimalinde icra mahkemesi takibin yapıldığı yer mahkemesinde ihale bedelinden (Verwertunganteil) tatmin edilebilmesi için (ZGB mkadde 837

ilişkindir. Sürenin kaçırılması durumunda adeta iflas hukuku bakımından hakkın hüküm doğurma ihtimali sona erdirilmiştir. Hakkın sıra cetveli bağlamında ileri sürülmesi mümkün olmadığından yetkiye ilişkin şekli hukuk bağlamında öngörülmüş kuralların kapsamından talebin kurtulduğu ifade edilmelidir.

İsviçre Medeni Kanunu m. 841 ve Türk hukukundaki karşılığı TMK m. 897 satış bedeli zanaatkarlar ve yüklenicilerin alacaklarının tamamını karşılamadığı takdirde kalan kısım, ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklıların payına düşen satış bedelinden arsa değeri çıkarıldıktan sonra artan para ile karşılanacaktır. Madde gereğince alacakları karşılanmayan yükleniciler ipotek hakkı elde eden önceki sıradaki alacaklılara nisbi bir talepte bulunacaklardır. Burada dikkat edilmesi gereken Medeni Kanun'da "*...artan para ile*" ifadesinden hareketle üst derecedeki ipotek alacaklılarına karşı ileri sürülecek talebin tapuyu etkilemeyecek nitelikte olmasıdır. Gerçekten yapı alacaklısının önceki sırada bulunan rehinli alacaklıya yapıdan kaynaklanan kıymet fazlasının önceki sıradaki rehinli alacaklıya tahsisi durumunda kıymet fazlası nedeniyle bir tazminat talebi sözkonusudur<sup>51</sup>. Burada davacının talebi, ipotek hak sahiplerinin sırası değil binaya kazandırılan değer onlara geçmesi üzerine müteahhitin uğradığı zararın karşılanması şeklinde sözleşmeye bağlı olmayan ve ihale bedelinden karşılanması gerekmeyen kanundan doğan bir ayrıcalıktan kaynaklanır<sup>52</sup>. Maddi hukuk kaynaklı ayrıcalığın sıra cetveline itiraz prosedürü çerçevesinde tartışılmasının istenmemesi durumunda dahi maddi hukuk kaynaklı hak sona ermeyecektir.

Federal Mahkeme'nin dikkat çektiği diğer bir konu ise, tartışılan alacak hakkına ilişkin İcra ve İflâs Kanunu'nda düzenlenen iptal davasına benzer karakterde bir düzenlemenin sözkonusu olduğudur. İptal davası, icra takibi ile

---

paragraf 1 no. 3) alt sıradaki muaccel ipotek alacaklılarına ön sıradaki (tatmin edilmiş) ipotek sahiplerine karşı dava açması için on günlük süre verir.

<sup>51</sup> Çabri, s. 391.

<sup>52</sup> Handkommentar zum Schweizer- Schumacher, Art. 641-977 2016 N. 1a.

alacaklının tatminini önleyecek borçlunun malvarlığını azaltıcı nitelikteki tasarruf işlemlerinin alacaklıya karşı geçersizliği içerikli şahsi bir taleptir<sup>53</sup>. İptal davasının konusu, iptale tabi tasarrufun konusu olan ve üçüncü kişiye devredilmiş bulunan mal veya hak üzerinde davacının cebri icra yoluyla hakkını alma yetkisinin verilmesidir. Ancak üçüncü kişi malı elinden çıkarmışsa davanın konusu o malın değeri nispetinde tazminat talebi olacaktır (İİK m. 283)<sup>54</sup>. Kanaatimizce Federal Mahkeme kararına konu olmuş inşaat ipoteği alacaklılarının birbirine karşı açacakları davanın iptal talebi karakterine benzetilmesinden anlaşılması gereken, paraya çevirme ve iflas masasına konu olan tasarruflar kategorisinin tamamen dışında tutulması gerektiğidir. Daha açık bir ifadeyle Türk Medeni Kanunu madde 897/T'de tanınan talep hakkı, yalnızca alacağına kavuşmuş fakat alt derecedeki alacaklılara zarar verme kastı anlaşılan ön sıradaki alacaklıya karşı ileri sürülebilir. Pek tabii ki bu davanın başarı şartını gerçekleştirip gerçekleştirmediği maddi hukuka göre yani, TMK m. 897'deki şartların oluşup oluşmadığının tahkikat aşamasında değerlendirilmesi ile anlaşılacaktır.

Federal Mahkeme kararına konu olayda yapılan sıra cetveli yalnızca otelin satışına münhasırdır. Dolayısıyla iflasın tasfiyesine ilişkin değildir. Bu durumda taşınmaz rehninin paraya çevrilmesine dair bir uyumsuzlukta ipoteğe münhasır bir paylaşma sözkonusu olduğundan taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilebilir. Ancak talep sonucunun sıra cetveline kabule sebep olacak ihale bedelinden pay alma şeklinde olmadığına ve devamında da yetkili mahkemenin subjektif hak talebinin somutlaştığı talep sonucundan da etkilenmesi gerektiğine dikkat çekilmelidir.

Olayın farklı bir boyutu aksine hüküm olmadığı durumlarda yetkinin kesin olduğunun belirtilmesi doğru olmayacak denilmesine karşın Federal Mahkeme'nin kesin bir yetki ihdas etmiş olmasıdır. Ancak bu noktada da SchKG'nin atıf yapmadığı durumlarda yetkiye ilişkin ZPO'da yer alan genel kuralların uygulanması meselesi

---

<sup>53</sup> Karşı, s. 54L.

<sup>54</sup> Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özokes, İcra Hukuku, 5. Bası, s. 534.



acla gelmektedir. Zira ZPO Art. 46, SchKG'de yetkiye ilişkin bir hüküm bulunmadığında ancak genel yetki kurallarının uygulanabileceğinden bahsetmektedir. Karara konu dava bakımından bir icra takip işleminden dahi bahsedilmediği için aslında SchKG'de yer alan yetki kurallarının gözardı edilmesi gerekmektedir. Kararda İsviçre doktrinine yapılan atıfta yetkiye ilişkin açık bir düzenleme olmamasına rağmen bazı durumlarda uyumsuzluğun özelliğinin yalnızca yetkili organı (icra dairesini) değil mahkemeyi de belirleyeceği ifadeleri üzerine kurulu bir yönelim göze çarpmaktadır<sup>55</sup>.

Kararda üst sıradaki ipotek alacaklılarından talep edilecek tazminatın şahsi bir alacak olduğu ifade edilmektedir (ZGB m. 841/3, karşı. TMK m. 893/3). Fakat taleplerin, borçlunun iflas masasıyla alakasının olmadığı sıra cetvelinde yahut tapuda herhangi bir değişiklik yapmayacağı gerekçesi, iflas hukuku karakterli olmadığına işaret etmektedir. Oysa iflas masasından talep edilecek bir şahsi alacağın dahi sıra cetveline itiraz niteliğinde olacağı ve bu nedenle de iflasın açıldığı Zürih mahkemelerini yetkili hale getireceği gözden kaçırılmamalıdır.

Mahkeme, kararda, açıkça kanunda yer almamasına rağmen SchKG Art. 263 (İİK m. 249)'de yer alan pay miktarının alacaklılara bildirilmesi keyfiyetinin onların şikayet haklarını kullanmasına yönelik olduğunu tespit etmiştir. Ancak buradaki şikayetin konusuna dahi tarafların tartıştıkları maddi hukuk alacaklarının girmeyeceğini ifade etmiştir<sup>56</sup>. Dolayısıyla buradan, yapılan ihalenin yalnızca taraflar arasındaki şahsi alacağın miktarının taşınmazın paraya çevrilmesinden sonra açıklığa kavuşturulmasına (klarzustellen) zemin hazırladığı ancak hakkın ZGB m. 841/3'den doğduğu çıkarılmaktadır. Ayrıca derdest davanın, kararda sıra cetvelinin kesinleşmesine veya dağıtımına dahi engel olamayacağı da ifade edilmektedir. İflas idaresinin VZG m. 117 gereğince on günlük süre vermesi ve bu süre içerisinde/veya dışında dava açılmasının bu nedenle bir öneminin olmadığı belirtilmektedir. Zira

<sup>55</sup> Guldener, Max; Schweizer Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Zürich 1951, s. 64 Ziffer 4.

<sup>56</sup> BGE 96 III 126, N.3.

VZG m. 117’de tarif edilen müteahhitin açacağı dava masaya karşı alacaklı olarak sıraya girme taleplidir.

İsviçre Medeni Kanunu madde 841’deki yetkili mahkeme ifadesi ile VZG Art. 117’de verilen süredeki talep hakkı arasında bağlantı bulunmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle VZG Art. 117’de belirlenen şekle göre hakkın ileri sürülmesi ve başarı sağlanması durumunda, sıra cetveline karşı bir talep hakkının sözkonusu olabileceği belirtilmektedir. Bu nedenle VZG Art. 117, kararda tartışılan duruma göre daha özel bir sorundur. Davacıların iddia ettikleri gibi bir kısmına somut olay bakımından ilgili maddenin uygulanması görüşü, aslında davalının ikametgahı mahkemesinin yetkili olmasını, diğer yandan da iflasın açıldığı yeri işaret eder.

Olaya dönüldüğünde yapılan satışın ikinci alacaklılar toplantısından önce mi olduğu da farklı bir ihtimaldir. Aslında İcra ve İflas Kanunu madde 224’e ve 229’a göre ikinci alacaklılar toplantısına kadar derdest olan dava var iken böyle bir satışın yapılması da mümkündür. Kaldı ki İİK m. 185’e göre her halde rehin alacaklarının takibi de bir istisna oluşturmaktadır.

İnşaat ipotek sahiplerinden bir tanesi önce rehne müracaat kuralı içerikli bir şikayetle karşılaşmadan takip yapıp taşınmazın cebri ihaleyle satılmasını sağlasa ve tatmin edilemeseydi ZGB Art. 841’de bahsi geçen durum ile VZG Art. 117 bağdaştırılabilecekti.

## VI. USULİ HÜKÜMLER BAKIMINDAN YORUM KAİDELERİ

Somut uyuşmazlıkta İsviçre Federal Mahkemesi’nin Medeni Kanun madde 1’in (ZGB m. 1) Usul Hukukuna uygulaması ve devamında da usuli hükümler için de hukuk yaratması şeklinde bir yol izlediği fark edilmektedir. Kanaatimizce Federal Mahkeme, doğrudan maddeye vurgu yapılmasa da usul ekonomisi ilkesini gözönünde bulundurarak bir hukuk yaratma yoluna gitmeyi kendisi için zorunlu görmüştür. Zira kararda ön sorun olarak görünen arazi değerinin tespitinin her bir davacı için önem arzettiği birkaç yerde ifade edilmiştir. Usul hukuku kaidelerinin

kamu hukukundan oluşu, usul hükümlerinin yorumunda da ağırlığını hissettirir<sup>57</sup>. Gerçekten maddi hukuk, haklar ve mükellefiyetler tesis ettiği halde, bu hakların tespiti ve temini işi ile uğraşmaz iken, usul hukuku hukuki himayenin tarzı, şekli ve tesirlerini konu almıştır<sup>58</sup>. Aslında tartışmaya konu medeni hukuk kaidesi olan Türk Medeni Kanunu madde 1, mahkemenin hukuku uygularken yani hakkı tespit ederken topluluk üzerinde adalet işini üzerine almış yargının mümessilinin<sup>59</sup> uygulayacağı yolu gösterdiğinden maddi hukukla şekli hukuk arasındaki farkın en önemli sonucu olan tarafların tasarrufuna ilişkin bir sonuç oluşturmayacaktır<sup>60</sup>. Şekli hukukun kendi kendine yettiği ve kıyas götürmeyeceği görüşünün karşısında doktrindeki bazı yazarlar kanunun tatbikinin kötürümleşmemesi için nisbeten kıyasın ve boşluğu doldurmanın mümkün olduğunu düşünmektedir<sup>61</sup>. Nitekim 7.6.1935 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da usul hukukunda boşluk doldurma yolunun açık olduğu *Medeni usul kanununun gayesi, özel hukukun tespiti ve nihayet yerine getirilmesi olduğundan tefsirde başlıca nazara alınacak nokta, usul kaidelerinin maddi iddiaların takibini lüzumsuz surette güçleştirmeğe salih bir manayı haiz olmadığı ve usulün de bir ekonomisi bulunduğu ve maddi hukuk vaziyetini tatmin eden bir hükme en sade ve en kısa ve en az masraflı yolda varmağı mahkemeye mümkün kılacak bir şeklin, usul kanununa en ziyade uygun olacağı keyfiyetidir. İşte böylece medeni usul kanunundaki boşluklar da MK m. 1 f. 2 ve 3 dairesinde doldurmak lazım gelir* şeklinde gerekçelendirilmiştir<sup>62</sup>. İsviçre doktrininde de Medeni Kanun'un usul hukukunun maddi karakterli kaynaklarından biri olduğu belirtilmekte ve hakimın hukuku resen uygulaması kapsamında ZGB hükümleri de değerlendirilmektedir<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> Üstündağ, s. 41.

<sup>58</sup> Üstündağ, s. 41.

<sup>59</sup> Ansay, s. 5.

<sup>60</sup> Ansay, s. 4.

<sup>61</sup> Ansay, s. 9.

<sup>62</sup> Ansay, s. 10.

<sup>63</sup> ZPO-Glasl, Art. 57 N. 11.

Hem mukayeseli hukukta hem Alman hukukunda, usuli kaidelere ilişkin boşluk veya kıyas konusundaki tartışmaların başında yetki sözleşmesi gelmektedir. Gerçekten yetki sözleşmesinde, boşluğun tarafların iradelerinin uyuşmasına ilişkin maddi hukuk kaideleriyle doldurulması gerekmektedir<sup>64</sup>. Yine maddi hukuk muamelelerine ilişkin olsa da iflas hukukunda da Alman doktrini boşluk doldurmanın mümkün olduğunu belirtmektedir<sup>65</sup>. Fakat Alman hukuku bakımından söylenenlerin aslında bir kanun boşluğu doldurma faaliyeti olduğuna dikkat çekilmelidir.

## VII. KARARIN YORUMU

İsviçre Federal Mahkemesi'nin uyuşmazlık konusu olayda yetkili mahkemeyi belirlerken izlediği yol, mahkemelerin görev ve yetkisinin kanunla belirlenmesi ilkesi karşısında istisna bir yöntem olarak göze çarpmaktadır. Karar metnine bakıldığında Federal Mahkeme'nin öncelikle olayın tahlilini ve somut normların yorumunu yaptıktan sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun kendisine verdiği yetkiyi kullanarak boşluğu doldurma yolunu seçtiği görülmektedir. İsviçre ZGB m. 1 f.2'yi karşılayan TMK m. 1 f. 2 hatırlanacağı üzere şöyledir: Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim, örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Somut olayda Federal Mahkeme mevcut hükümlerin yorumlanması sonucunda hukuki soruna cevap veren olaya uygulanabilir bir hüküm bulamamıştır<sup>66</sup>. Kaldı ki HMK'da yetki hükümlerinin uygulanmasını hakimın takdirine bırakan bu yönde bir yetki tanıdığı gösteren bir hüküm yoktur. Ancak yetki kurallarının hukuki uyuşmazlıkları kapsar şekilde gerek İsviçre gerek Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer aldığı belirtilmelidir. Zira HMK m. 6'ya karşılık gelen ZPO m. 9 özel bir hüküm bulunmadığında genel yetkili mahkemenin, yani davalının yerleşim yeri mahkemesi olduğunu belirtmektedir.

<sup>64</sup> BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 38 Rn. 1, beck-online.

<sup>65</sup> Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, Kapitel VII. Besonderheiten der Gesellschaftsinsolvenz § 92. Die GmbH in der Insolvenz Rn. 371, beck-online.

<sup>66</sup> Oğuzman/Barlas, s. 95.

Burada Federal Mahkeme'nin boşluk kavramını daha ayrıntılı ele aldığı, tek başına genel bir yetki normunun somut olayın özellikleri bakımından yeterli olmadığından hareket ederek yola devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu bakış açısı ise kanunda lafzı ile ruhu bağdaşan, eşdeğerdeki başka bir hükümle çatışmayan ve uygulanması dürüstlük kuralına aykırı sonuç doğurmayan bir hüküm olsa dahi eğer tatminkar sayılmıyorsa buna gerçek olmayan boşluk denilmekte ve yine bir kanun boşluğu addedilmektedir<sup>67</sup>. Somut olayın özelliğine göre hakkın tespitine elverişli olmadığı durumlarda davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisinin de geçerli olmayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle yetki hususunda bir hukuki boşluk doldurulması yoluna gidildiğinde davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisine dair hükümlerin<sup>68</sup> yeterli gelmediğine veya korunmak istenen yararı tam karşılayamadığına dikkat çekilmelidir.

Taşınmazın paraya çevrilip, elde edilen miktarın ön sıradaki rehinli alacaklıya tahsis edilmesi halinde davalının yerleşim yerinde bu davanın görülmesi gerektiği yönündeki kararda yer alan görüş yerindedir. Çünkü paraya çevirme sonucu elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmesi halinde yapı alacaklısının ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı açabileceği dava tazminatla sınırlı olacak, taşınmazın paraya çevrilmesine rağmen elde edilen miktarın ön sıradaki alacaklıya tahsis edilmediği hallerde kanaatimizce açılacak dava tazminat değil, sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurma niteliğinde olacaktır<sup>69</sup>. İpoteğin paraya çevrilmesinden dolayı elde edilen miktar paylaşılmadığı sürece önceki sıradaki alacaklının yapının taşınmaza kattığı değerden faydalanması söz konusu olmayacaktır. Ancak paraların paylaşılınmaması öncelik hakkının kullanılmasına engel teşkil etmez. Bu halde yapı alacaklısı, İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre sıra cetveline karşı şikâyet veya itiraz yoluna başvurabilecektir.

<sup>67</sup> Oğuzman/Barlas, s. 103

<sup>68</sup> Karş. Pekcanitez-Akkan, C. 1 s. 285.

<sup>69</sup> Çabri, s. 391.

Doktrinde yapı alacaklısının öncelik hakkı talebinin nitelemesi ön sıradaki rehinli alacaklıya karşı dava haksız fiil niteliğinde alacak davası olduğu, İİK m. 151 ve 142 hükümlerine göre sıra cetveline itiraz niteliğinde olduğu İİK m. 280 ile benzerlik gösteren tasarrufun iptali davası sayılabileceği, TMK m. 897'nin gerekçesinde ise burada bir tazminat yükümlülüğü değil, değer artışının öncelikle yapı alacaklılarına özgülenmesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir<sup>70</sup>. Hakkın türü vasıflanırken hükme rağmen borçlunun edimi ifa etmeme rizikosu düşünülmeden hareket edilir. Tartışılan bu alacak davasında ön sıradaki ipotek sahibi kanunen sahip olduğu hakkı kullanmıştır. Bu nedenle hukuka aykırı bir fiil ile haksız fiilin ortaya çıktığı düşünülmemelidir. Dolayısıyla olsa olsa kanundan kaynaklanan denkleştirici adalet gereği bir alacak hakkının sözkonusu olması gerekmektedir. Ancak öğretilde çoğunluk görüşü talebin haksız fiilden kaynaklandığı yönündedir. Zira bu davada yapı alacaklısı, öncelik hakkından yararlanamamaktan dolayı uğramış olduğu zararın tazminini ister<sup>71</sup>. Bu görüşlerin her biri yetki kaidelerine de şüphesiz yön verecektir. Ancak şöyle bir fark ortaya çıkacaktır: Örneğin yapı alacaklılarının arasındaki uyumsuzluğun haksız fiilden kaynaklandığı belirtildiğinde HMK m. 16'ya göre taşınmazın değerini kendi emeğiyle artıran kişi taşınmazın paraya çevrilmesi ile zarara uğrayacaktır. Bu nedenle de yetkili mahkemenin taşınmazın paraya çevrildiği yer mahkemesi olması gerekir. Gerçi iptal davası bir icra hukuku enstrümanı<sup>72</sup> olsa da karakter olarak hukuki işlemin ayakta tutulduğu fakat hak sahibinin yine de işlemin tarafı olan kişinin malvarlığından tatmin edilmesinin sözkonusu olduğu iptal davasına da öncelik hakkına dayanan davanın benzediği belirtilmektedir. Bu haliyle tasarrufun iptali davasına ilişkin yetki kuralları atfı yalnızca HMK'da davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılacaktır. Ayrıca alacaklının yine de davaya konu taşınmaz üzerinde cebri icra yolu ile tatmini sözkonusu değildir<sup>73</sup>. Ancak kanundan

---

<sup>70</sup> Çabri, s. 402.

<sup>71</sup> Çabri, s. 409.

<sup>72</sup> BSK-Staehelin, SchKG Art. 285 N. 8.

<sup>73</sup> Tasarrufun iptaline ilişkin karış. 13. HD 2.6.1980 (Üstündağ, İflas Hukuku, s. 242).

doğan bir denkleştirmenin sözkonusu olduğu durumda yetkiye ilişkin kıyas sözkonusu olacaktır.

## SONUÇ

Federal Mahkeme kararında, ZGB m. 841'e atıfla davanın sadece aynı mülk üzerinde bir ipotek sahibi olmaları nedeniyle ortak yetkili mahkemenin belirlendiğine dikkat çekilmektedir. Dolayısıyla tarafların aynı iflas işlemlerine katılmaları tek başına vakıayı ve dolayısıyla da yetkili mahkemeyi etkilememiştir. Kanaatimizce iflasın açıldığı yer mahkemesinin yetkisi ile kıyaslandığında, ipotekli taşınmazın bulunduğu yer mahkemesinin yetkisi de üstün tutulmayı hak ediyor. Çünkü bu yerdeki hakim halihazırda aynı hakları gözetebilmesi ve uyumsuzluğun çözümü bakımından arazinin değerini belirleyebilmesi mümkün olacaktır. Davalının ikametgah yeri mahkemesi birden fazla davacının subjektif hakkının tespiti bakımından somut olay bakımından elverişli olmayacaktır. Bu durumda iflasın açıldığı yer mahkemesi ve taşınmazın bulunduğu yer mahkemesi arasında bir seçim yapılması gerektiğinde alacaklı müteahhitlerin hakları da gözetilerek taşınmazın bulunduğu yere yakınlığına tercih bakımından önem atfedilmelidir. Dolayısıyla VZG m. 132'de uygun düştüğü ölçüde *mutatis mutandis*<sup>74</sup> VZG m. 117'deki yetkili yer mahkemesinin belirleneceğinden anlaşılması gereken, ayrıcalık hakkı bakımından taşınmazın paraya çevrildiği dolayısıyla taşınmazın bulunduğu yer olmalıdır.

Federal Mahkeme belirtilen gerekçelerle Lozan mahkemelerinin yetkili olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme bu kararıyla maddi hakikatin tespiti ve inşası uğruna devlete ilişkin kanunkoyuculuk yanında, hukuk kaynağı olarak, hakim ve mahkemelere de Usul Hukuku bakımından geniş bir yetki alanı tanınabilmesi gerektiği izlenimi vermiştir<sup>75</sup>. Subjektif maddi hakların korunması tek başına

<sup>74</sup> Somut olaya göre değişiklik gösterebilir= Nach Änderung des zu Verändernden: mit den nötigen Änderungen (Bruß, Jochen; Lateinische Rechtsbegriffe, 1. Auflage, Rudolf Haufe Verlag Freiburg 1997, s. 104)

<sup>75</sup> Üstündağ, s. 7.

yetmeyip, sulhün ve kesinliğin yanında etkin bir yargılamanın da kamu menfaatine hizmet edeceği düşünceleri<sup>76</sup> ile mahkemenin usuli kaidelere ilişkin de hukuk yaratabilmeleri sözkonusu olabilecektir. Federal Mahkeme'nin verdiği bu kararın üzerinden uzun bir süre geçmesine ve hatta 2008 yılında yeni bir usul kanunu yapılmış olmasına rağmen taşınmaza ilişkin şahsi haklar bakımından yetkiye ilişkin özel bir düzenleme yapılmaksızın karardaki uygulama halen devam etmektedir. Yargılamanın konusu olan hakkın tespiti bakımından yorum veya kıyas –şartları varsa- mümkün olsa da, kanaatimizce usul hukuku normları açık hüküm bulunmadıkça daraltılmaya veya genişletilmeye mahal bırakmayacak kesinlikte anlaşılmalıdır. Federal Mahkeme'nin tercih ettiği aksi bir anlayış en azından Kıta Avrupası usul hukuku sisteminde telafi edilemeyecek hak kayıplarına sebep olabilecektir. Bu gerekçelerle Federal Mahkeme'nin yetki konusunda kıyas yolunu seçmesinin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Türk hukuku bakımından da içtihadı birleştirme kararları dışında usulün genişletilmesinin mümkün olmadığı yukarıdaki gerekçelerle bir kez daha ifade edilmelidir.

---

<sup>76</sup> Üstindağ, s. 8.



## KAYNAKÇA

**Akipek, Jale;** Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), Sevinç Matbaası, Ankara 1974.

**Aktepe, Sezin;** “İpoteğin Alacağa Bağlı Hak Olması ve Diğer Özellikler” İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi S. 12 2007/2, s. 177-193.

**Alexandra; Müller-Chen, Markus; Roberto, Vito; Schnyder, Anton K.; Trüeb, Hans Rudolf ;** CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 3. Auflage, Schultess Verlag 2016.

**Amstutz, Marc; Breitschmid, Peter; Furrer, Andreas; Girsberger, Daniel; Huguenin, Claire; Jungo,**

**Annen, Philipp; Häberlin, Walter ; Kren Kostkiewicz , Jolanta; Kuhn, Gerhard; Schober, Roger; Zopfi, Markus** Kurz-Kommentar VZG, Schultess, Wadenswill 2011.

**Ansay, Sabri Şakir;** Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1954.

**Ayan, Mehmet;** Eşya Hukuku III, 6. Baskı, Konya 2014.

**Aybay, Rona; Hatemi, Hüseyin;** Eşya Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009.

**BeckOK ZPO/Toussaint ZPO § 38 Rn. 1,** beck-online.

**Berkin, Necmedddin;** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1981.

**Breitschmid, Peter; Jungo, Alexandra;** Sachenrecht Art. 641-977 ZGB CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht 3. Auflage, Schulthess AG Zürich 2015 (swisslex E.T. 15.04.2019).

**Bruner, Alexander; Gasser, Dominik; Schwander, Ivo;** Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar 2. Auflage, Dike Verlag 2016.

**Bruß, Jochen;** Lateinische Rechtsbegriffe, 1. Auflage, Rudolf Haufe Verlag Freiburg 1997.

**Çabri, Sezer;** “Yapı Alacaklısı İpoteğinin Önceliği”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş Armağanı*, C. 19 Özel Sayı 2017, s. 377-413.

**Duman, İlker Hasan;** İnşaatçı İpoteği, *Terazi Hukuk Dergisi* C. 9 S. 100, 2014: s. 189-200.

**Ertaş, Şeref;** Eşya Hukuku, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.

**Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch,** Kapitel VII. Besonderheiten der Gesellschaftsinsolvenz, beck-online.

Handkommentar zum Schweizer- Schumacher, Art. 641-977 2016.

HE140187 03.07.2014 Zürich Handelsgericht (Swisslex veri tabanı E.T. 11.09.2018).

**Kaçaran, Hümeysra;** “Yapı Alacaklılarının Kanuni İpotek Hakkı” MÜHF-HAD Cevdet Yavuz’a Armağan C. II, S. 22 C. 3 2016, s. 1363-1398.

**Karlı, Abdurrahim;** Medeni Usul Hukuku, Alternatif Yayıncılık, İstanbul 2015.

**Kindler/Nachmann,** InsO, 2. Teil: Länderberichte Liechtenstein, beck-online.

**Kuru, Baki;** Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayıncılık Ankara 2017.

**Lüke, Wolfgang.** 2006. Zivilprozessrecht 9. Auflage. Verlag C. H. Beck. München.

**Meriç, Nedim;** Türk-İsviçre İcra Hukukunda Paylaşırma Kuralları ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları, Yekin Yayıncılık, Ankara 2015.

MüKoBGB/Busche BGB § 650e Rn. 37-40, beck-online.

**Oğuzman, M. Kemal; Barlas, Oğuzman;** Medeni Hukuk, 19. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2013.

**Oğuzman, M. Kemal; Seliçi, Özer; Oktay-Özdemir, Saibe; Eşya Hukuku 19.** Baskı, Filiz Kitabevi İstanbul 2016.

**Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Sungurtekin Özkan, Meral; Özekes, Muhammet; İcra İflas Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2018.**

**Pekcanitez, Hakan; Medeni Usul Hukuku C. I. 15. Bası Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.**

**Pekcanitez, Hakan; Atalay, Oğuz; Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.**

**Postacıoğlu, İlhan; Altay, Sümer; Medeni Usul Hukuku Dersleri. Vedat Kitapçılık İstanbul 2015.**

**Reisoğlu, Safa; Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanunî İpotek Hakkı, Ankara 1961.**

**Sarı, Suat; “Taşınmaz Rehninden Belirlilik (Muayyenlik) İlkesi”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 963-1011.**

**Schumacher, Reiner; Das Bauhandwerkerpfandrecht Systematischer Aufbau, 3. Auflage, Schultess 2008.**

**Seiler, Benedikt; Die Berufung nach ZPO, Schulthess, Basel 2013.**

**SK-Schulthess Kommentar, Brigitte Umbach-Spahn, Stephan Kesselbach, Stefan Bossart, SchKG, 4. Auflage.**

**Stahelin, Adrian; Bauer, Thomas; Stahelin Daniel; Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, 2. Auflage, Basel 2017.**

**Sutter-Somm Thomas, Hasenböhler Franz, Leuenberger Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) 3. Auflage Basel 2016.**

**Tanrıver, Süha; Medeni Usul Hukuku C. I, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.**

**Thurnherr, Christoph;** Das Bauhandwerkerpfandrecht im Konkurs / II. Konkurs des Grundeigentümers / 4. - 8. Zürich 2017.

**Üstündağ, Saim;** Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.

**Üstündağ, Saim;** İflas Hukuku, 6. Bası İstanbul 2002.

## HAKEMLİ MAKALE

### DEMOKRATİK TOPLUMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI,İÇERİĞİ VE SINIRLARININ BELİRLENMESİ SORUNU\*

Dr. Öğretim Üyesi Murat TUMAY\*\*

#### ÖZET

İnsan hakları kavramı özellikle 20 yy'm ilk yarısından itibaren bir değer olarak yükselmiş ve genel anlamda tüm dünya devletlerince kabul görmüştür. İfade özgürlüğü insan hakları kavramı içerisinde yer alır ve günümüzde pek çok devletin gerek ulusal mevzuatında, özellikle ve öncelikle anayasalarında, gerekse uluslararası ve bölgesel örgütlenmelerin insan haklarına ilişkin sözleşmelerinde kendisine yer edinmiş önemli bir haktır. İfade hürriyetinin özellikle demokrasi, hukuk devleti kavramları ile yakından ilişkili olduğu çok açıktır. İfade özgürlüğü öncelikle insan için varlığı ile ilgili temel haklardandır. Çünkü insan diğer canlılardan farklı olarak akıl ile donatılarak yaratılmış, düşünen ve konuşan bir varlıktır. İfade özgürlüğü'nün insanın varlığını geliştirmesi ve varoluş amacını gerçekleştirmesi açısından sahip olması gereken vazgeçilmez haklardan olduğu kabul edilir. Bu çalışmada kısaca ifade hürriyetinin kökeninden söz edilecek, ifade hürriyetine ilişkin mevzuat düzenlemeleri genel hatları ile ortaya konacak ve nihayetinde ifade hürriyetine ilişkin olarak günümüzde tartışılan temel sorunlara yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** *İfade Hürriyeti, İfade Hürriyetinin İçeriği, İfade Hürriyetinin Sınırları*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.09.2019

Kabul Edildiği Tarih: 21.10.2019

\*\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [murat.tumay@medeniyet.edu.tr](mailto:murat.tumay@medeniyet.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0002-6092-8914

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**THE PROBLEM OF DETERMINING CONTEXT, CONTENT AND LIMITATIONS OF  
FREEDOM OF EXPRESSION ON DEMOCRATIC SOCIETY**

**ABSTRACT**

The human rights concept has been risen as an value specially at the beginning of 20th century and is accepted almost by all states. Freedom of expression is accepted as one of the most important human rights and is regulated and guaranteed in national constitutions and almost in all universal and regional human rights conventions.

It is obvious that freedom of expression is specially related with the rule of law and democracy. Freedom of expression firstly is a fundamental right that rleated with existence of the human being. Because human being has been created with intelligence who can think and speak differently from other creatures. It is accepted that freedom of expression is necessary fort he human being to realise aim of his/her creation and improve his/her existence.

This study will look at briefly to origin of freedom of expression, regulations on freedom of expression and will analyse the discussions on freedom of expression that is going on recently.

**Key Words:** *Freedom of Expression, Content of Freedom Expression, Limittaions of Freedom of Expressio*

## GİRİŞ

Bütün insanların akıl ve irade sahibi varlıklar olmaları sebebiyle bir takım haklara doğuştan sahip oldukları düşüncesi oldukça köklü bir geçmişe sahiptir. İnsanı diğer canlılardan ayıran bu temel özelliklerden hareketle insanın onurlu bir varlık olduğu sıkça dile getirilir ve bu sebeple insanların doğuştan gelen vazgeçilmez ve devredilmez haklara sahip olduğu düşüncesi kabul edilir. İnsan hakları kavramının düşünsel temelleri ilk insanın ortaya çıkıp hayata dair sorgulamalarda bulunması anına kadar geriye götürülebilecekken; kavramın somutlaşması ve dünya çapında hem ulusal hem de uluslararası alanda kabul görmesi birinci ve ikinci dünya savaşı sonrası döneme tekabül etmektedir. Bu dönemlerde yaşanan büyük katliam ve acılar insanlara bu hakların varlığının kabulü yanında korunması ve geliştirilmesi yönünde bir adım atmaları gerekliliğini göz önüne sermiştir. Bu bakımdan kavramın yazılı bir metin halinde ve akabinde bağlayıcı sözleşme ve hukuk kuralları şeklinde düzenlenmesi düşünsel tarihine göre nispeten yakın bir zaman dilimini gösterir. 1948 tarihli insan hakları beyanamesi bu gereklilikler altında ortaya çıkmış ve bağlayıcılığı olmayan bu bildiri zamanla uluslararası, bölgesel ve ulusal örgütlenmelerde temel alınacak yazılı kurallar olarak benimsenmiştir.<sup>1</sup> 1948 tarihli insan hakları beyanamesi insan hakları sisteminin kurulmasına öncülük etmiş ve insan hakları sisteminin temel ilkelerinin dayanışma, hürriyet ve eşitlik olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda düşünce, vicdan, din özgürlüğü, fikir ve ifade özgürlüğü ve benzer özgürlükler insan hakları kavramının temel ilkelerine uygun olarak korunmaktadır.<sup>2</sup>

Allah, öncelikle bir yandan insanı belli imkân ve potansiyellere sahip kılmış, gözlem ve akıl yürütme yoluyla anlayabileceği bir düzen içindeki kâinatı onun

<sup>1</sup> TEZCAN, Durmuş, ERDEM, SANCAKDAR, ÖNOK, 'İnsan Hakları El Kitabı' Seçkin Yayınları, Ankara, 2011, s.41,42.

<sup>2</sup> BENEDEK, Wolfgang (Yayına Hazırlayan), 'İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı', Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi (ETC), s.32.

hizmetine vermiştir. Yine Allah, insanın özgürlük bilincini geliştireceği akıl, vicdan gibi yetenekler var etmiş, vahiy yoluyla da bilinci aydınlatarak, katı gelenekçilik, cehalet, arzuların peşine düşme gibi bağlardan özgürleşmesini sağlamıştır. İslam'ın temel kaynaklarına göre bir ahlâk toplumu oluşturmak üzere insanın yeryüzüne halife ve varis kılınması, adaleti hâkim ve kaim kılabilme olanaklarının bahşedilmesi, bu imkân ve yetkilerin yaratılış özelliğinde (fitrat) mündemiç olması da insanın özgürlüğünü gösterir. Eğer Allah hakîm bir varlık ise, insan tabiatında içkin özellikler de abes, boşuna ve anlamsız değildir. İnsanın ihtiyar ve hürriyetinin bilincine varması, yaratılışın bir sırrı, ilâhî imtihanın gereğidir. Bu gereğin en önemli unsuru ise fikir, ifade, inanç ve din alanıdır.

## DEMOKRATİK TOPLUMLARDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE KAPSAMI

Bireyin kendini ifade ve emellerini gerçekleştirme yeteneğinin iletişimsel faaliyete bağlı olduğu konusunda neredeyse bir oydaşma/consensus bulunmaktadır. Zira iletişim, bireyin kendini ifadesiyle olanaktır. İfade, bireyin kendisini ifade etmesinin, başka bir deyişle düşündüklerini diğerleriyle paylaşmasının bir aracı ise, düşündüğünü açıkça söyleme özgürlüğü (daha geniş anlamda "ifade özgürlüğü"), bireysel özgürlüğün doğrudan bir parçası demektir. Kant'ın söylediği biçimde "*özgürlük bir kendinden iyi*" olduğuna göre<sup>3</sup>, ifade özgürlüğü de bu bağlamda, ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararında belirttiği gibi *bir kendinden iyi* olmaktadır.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Kant'ın çalışmalarında özgürlüğe vermiş olduğu anlamlar konusunda bkz. Karoly Kokai, "*What is Freedom*", <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Mode/ModeKoka.htm> (Çevrimiçi: 06/07/2006); Bireysel özerklik kavramının Kant'la birlikte liberalizme kazandırılmış olduğunu Schauer de belirtmektedir. Bkz. Schauer, *İfade Özgürlüğü*, s. 98; Ayrıca bkz. Sadurski, *İfade Özgürlüğü*, ss. 17–18.

<sup>4</sup> Yüksek Mahkemenin T.I. Emerson'dan etkilenmiş olabileceğini belirtmek gerekir, zira aynı görüş Mahkemenin kararından on dört yıl önce yazılan eserde aşağı yukarı karardaki aynı cümlelerle ortaya konulmuştur. Bkz. Emerson, *General Theory*, s. 6; ABD Yüksek Mahkemesinin bu görüşü için bkz. *Bose Cors. v. United States Consumers*, 466 US 485, 503 (1984).



Burada ifade özgürlüğünün dayandığı tez, bireylerin kendilerini ifadesinin bireysel değerlere içkin bir kendi kendini ifade (self-expression) tezi olmaktadır. Tez, bu yönüyle ampirik olarak kanıtlanmaya muhtaç değildir. İfade özgürlüğünün gerçekleştirilmesiyle örneğin hakikatin ortaya çıkıp çıkmayacağı, demokrasinin ya da başka bir rejimin daha iyi işleyip işlemeyeceği gibi konular bu tezi çok ilgilendirmezler. Ancak bireyin kendisini ifade etme fırsatına sahip olmasının, insanın ahlaki doğasıyla bağlantılı diğer bireysel değerleri (insanın potansiyel olarak sahip olduğu olanaklarını) gerçekleştirmesinin bir aracı olması tezi başlı başına entrümantalist (araççı) bir tez haline getirmez; zira burada gerçekleşecek olan potansiyeller insanın insan olması hususiyetlerinden ayrılabilir arzi özellikler değildir.<sup>5</sup> Bu durumda ifade özgürlüğünün sınırlanması ile insan onurunun korunması arasında kuvvetli bir bağ olduğu sonucuna varılabilir.

İfade özgürlüğü, temel hak ve özgürlükler rejimi içerisinde en çok tartışmalı alanlardandır. Siyasi arenada yapılan tartışmalar, mahkeme kararlarında da aynı şiddette ve bölünmüşlük içerisinde devam etmektedir. İfade özgürlüğü hakkının kapsamı ve sınırları konusunda uluslararası ve ulusal yargı organları tarafından verilmiş sayısız karar ve içtihadı karşın, bu konu güncelliğinden hiç birşey kaybetmemektedir.

İfade özgürlüğü özellikle anayasal demokrasinin yönetim şekli olarak benimsendiği sistemlerde temel kavramlardan biri olarak karşımıza çıkar. İfade özgürlüğü demokrasi ile iç içe geçmiş bir kavramdır.<sup>6</sup> Demokratik nitelikte olduğunu iddia eden sistemlerin gerçek anlamda demokratik yönetimlere ulaşabilmelerini sağlamak için ifade hürriyetinin tanınması ve geliştirilmesi için gerekli düzenlemelerin yapılmış olması gerekir. 1993 tarihli Viyana Bildirisi İnsan Hakları ve demokrasinin birbirlerine bağlı ve karşılıklı olarak birbirini destekler nitelikte

---

<sup>6</sup> ERDOĞAN, Mustafa, 'İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku', Orion Kitapevi, Genişletilmiş İkinci Baskı, s.216

olduğunu ortaya koymaktadır.<sup>7</sup> İfade özgürlüğü aynı zamanda insanın kendini gerçekleştirip geliştirebilmesi için gerekli kavramlardan biridir. Akıl ve irade sahibi olan insanın varlığının amacını sorgulayıp bu amaç doğrultusunda faaliyette bulunması insan olmanın temel gerekliliklerinden biridir.<sup>8</sup> Özellikle uygarlık kavramının ortaya çıkışı ancak ifade hürriyeti ve benzer nitelikte insanın varlığını geliştirebilmesine imkân tanıyan hakların tanıdığı ve güvence altına alındığı bir sistemde mümkün olabilecektir. İfade hürriyeti bir yandan insanın kendi varlığını geliştirmesine imkân tanırken öte yandan farklılıkların ortaya çıkmasına ve bu bağlamda farklı düşüncelerden oluşan ve gelişime imkân tanıyan bir hoşgörü ortamı yaratmak fonksiyonunu da ortaya koymaktadır. Her insanın varlığını geliştirmek ve gerçekleştirmek için seçtiği yol farklı olabilir. Belirlediğiniz yol başka insanların özgürlük alanları ile temas ettiğinde yıkıcı ya da ortadan kaldıran bir yaklaşım yerine hoşgörü ve uzlaşma temeline dayanan bir ortamın oluşturulması da bu özgürlüğün işlevleri arasında yer alır.

Düşünce ve ifade özgürlüğü insan hakları kategorisi içinde sayılır ve insanın varlığını gerçekleştirebilmesi ve geliştirmesi için vazgeçilmez bir biçimde korunması gereken haklardan biri olarak düzenlenmiştir. İnsan hakları evrensel bildirisinin 19. Maddesinde: *'Her ferdin fikir ve fikirlerini açıklamak hürriyetine hakkı vardır. Bu hak fikirlerinden ötürü rahatsız edilmemek, memleket sınırları mevzubahis olmaksızın malûmat ve fikirleri her vasıta ile aramak, elde etmek veya yaymak hakkını içerir.'* şeklinde düzenlenmiştir. Yine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 10 maddenin birinci fıkrasında İfade Hürriyeti: *'Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar'* şeklinde düzenlenmiştir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sında ise 25. Maddede *'Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse,*

<sup>7</sup> FREEMAN, Micheal, 'İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım', Birleşik Yayınları, 1. Baskı, Ekim 2008, Ankara, Cantekin Matbaası, s.82.

<sup>8</sup> ERDOĞAN, Mustafa, 'İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku', Orion Kitapevi, Genişletilmiş İkinci Baskı, s.217

*düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz*' şeklinde yer almaktadır. Ve devamında Anayasanın 26. Maddesi bu hakla bağlantılı olarak *'Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir. Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir. Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz. Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir.'* şeklinde ifade edilmiştir. Yukarıdaki yazılı metinlerin ortak bir yorumunu ortaya koyacak olursak ifade hürriyeti; düşünce hürriyeti ile doğrudan bağlantılı bir haktır. Bilgi hürriyeti, basın ve medya özgürlüğünü de içinde barındırır. Bu özgürlük, hem dar anlamda "ifade özgürlüğü"nü, hem de "haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü" kapsar. İfade özgürlüğünün bir ögesi olarak kanaat özgürlüğü, haber alma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü, bilgi ve fikir aktarma özgürlüğü olarak ifade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün iletişim araçlarının özgürlüğü biçimini alması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Komisyon kararlarından hareketle ortaya konan unsurlarıdır.<sup>9</sup> Ayrıca İfade hürriyetine getirilecek sınırlamalara ilişkin bir takım kriterler de ortaya konmuştur: sınırlamaların kanunla öngörülmüş ve ifade hürriyetinin özüne hizmet

<sup>9</sup> DUTERTRE, Gilles, 'Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler', Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, Almanya, s.253 vd

eder nitelikte ve demokratik toplum düzeni için mutlaka gerekli (meşru amaç, ölçülü ve orantılı) olması gerekmektedir.

İfade özgürlüğünün günümüzde bazı konu ve kavramlarla ilişkisi öne çıkmakta ve tartışmalar bu başlıklar üzerinden ilerlemektedir: Şiddet, terörizm ve ifade özgürlüğü, İfade özgürlüğü ve kutsal değerler, akademik özgürlük, sanat, basın ve internet. Bu alanlarla ilgili olarak, ifade hürriyetinin kapsamı ve sınırları konusundaki tartışmalar devam etmektedir.<sup>10</sup>

Medyanın ifade özgürlüğü ile olan ilişkisine değinecek olursak bu bağlamda medyanın çift yönlü bir etkisi mevcuttur: Medya ifade hürriyetinden yararlanan veya bu hakkı destekleyen faaliyetlerde bulunabilir ancak aynı zamanda ifade özgürlüğünün ihlalcisi de olabilir. Medya insanların doğru bilgiye ulaşmalarını sağlayarak olayları düşünüp değerlendirme ve fikir oluşturup açıklama faaliyetine imkân tanıyıp bu özgürlüğü destekleyici fonksiyon üstlenebilir. Örneğin: Silahlı bir çatışmayı ya da devletlerin başka devletlere müdahalelerini ekrana getiren basın, ifade hürriyetinin gerçekleşmesi açısından önemlidir. Çünkü demokrasilerde kamuoyunun fikirleri oldukça önemlidir ve temel ekonomik ve siyasi politikaların belirlenmesinde başrodedir. Öte yandan ifade hürriyeti devletlerin propagandalarını haklılaştırmak veya toplumu manipüle etmek için de kullanılabilir. Gerçeklikten ziyade belli bir kurgudan hareketle düşünce ve bu bağlamda ifade hürriyetini ortadan kaldıracaktır. Özellikle medyanın tekelleşmesi ifade özgürlüğünü tehdit eden başlıca sorunlar arasında yer alır.<sup>11</sup> Ayrıca medyanın sansürlenmesi vb. kavramlar da bir başka açıdan öne çıkmakta ve tartışmaya değer konular arasında yer almaktadır.

<sup>10</sup>[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&catid=25](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=49&catid=25): 'İfade Özgürlüğü: İlkeler ve Türkiye' başlıklı uluslararası konferansta vurgu yapılan temel konulardır. Ve günümüzde çoğu yazar başlıca sorunların bu kavramlarla ifade hürriyeti arasındaki ilişkinin nasıl olması gerektiği sorunundan kaynaklandığını kabul eder.

<sup>11</sup>BENEDEK, Wolfgang (Yayına Hazırlayan), 'İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı', Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi(ETC), s.408.

Sanatsal ve akademik, dini ve ahlaki konulara ilişkin ifadeler bakımından da ifade özgürlüğü tartışılmaktadır. Kimi zaman bazı sanatsal ifadeler belirli bir din ya da inancı hedef alabilmekte ve belirli kişilere yönelik saldırgan bir tutum içinde bulunabilmektedir.<sup>12</sup> Yakın tarihte Fransa’ da gerçekleşen ve bir karikatür dergisinin düzenli olarak İslam dinini ve temel değerlerine yönelik ifadelerinin temel neden olarak belirtildiği baskında görüldüğü üzere ifade hürriyeti ve sınırları konusunda tartışmalar oldukça önemlidir. İfade özgürlüğünün diğer temel haklar ile birlikte ele alınması ve sınırları konusundaki düzenlemelerin açıklığa kavuşturulması bir zorunluluk olarak doğmaktadır. İfade hürriyeti tek yönlü bir kavram değildir. Diğer hak ve özgürlüklerle uyumlu bir şekilde ele alınmalıdır. Belirttiğimiz olayda düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkı ile ifade hürriyetinin birlikte ele alınması gerekmektedir. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin dini değerlere yönelik ifade hürriyeti kapsamında verdiği kararların ve günümüzdeki yaklaşımının, laik kesimin fikirlerine yönelik ifadelerde izlenenden farklı bir yaklaşım sergilemesi eleştirilmektedir.<sup>13</sup>

Akademik ifade özgürlüğü bağlamında da benzer sorunlarla karşılaşabilmektedir. Örneğin; Türkiye de araştırma yapan bir akademisyenin yayınladığı bir çalışma Kürt ve Ermeni sorunlarına yönelik açıklamalardan oluşmaktaydı. Akademisyenin bu sebeple Türkiye’ye girişi yasaklanmıştı. AİHM bu davada ulusal mahkemelerin ileri sürdükleri gerekçelerin, başvuranın ifade özgürlüğü hakkına müdahale edilmesi hususunda yeterli ve ilgili bir gerekçe olarak kabul edilemeyeceği kanaatine varmıştır. Başvuranın devlet için tehlike arz eden herhangi bir eyleme dâhil olduğuna ilişkin bir gösterge bulunmadığını ve Türkiye’ye

---

<sup>12</sup> İNCEOĞLU, Sibel ( Editör), ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme’, KARAN, Ulaş, ‘İfade Özgürlüğü Hakkı’, Beta Yayınları, 3. Baskı, Haziran 2013, İstanbul, s.360

<sup>13</sup>İNCEOĞLU, Sibel( Editör), ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme’, KARAN, Ulaş, ‘İfade Özgürlüğü Hakkı’, Beta Yayınları, 3. Baskı, Haziran 2013, İstanbul, s.363.

yeniden girmesine getirilen yasağın amacının ifade özgürlüğünü kısıtlamak ve görüşlerini yaymasını engellemek olduğu yönünde karar vermiştir.<sup>14</sup>

### İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ'NÜN SINIRLANDIRILMASI SORUNU

Dört uluslararası insan hakları antlaşmasından üçünde (BM, Amerika ve Avrupa) ifade özgürlüğünün kısıtlanabileceği sebeplerin kapsamlı listesi mevcuttur. Bununla birlikte çoğu uluslararası antlaşma kapsamında bu türden kısıtlamalar kanunlarca öngörülmesi, yasal bir amaca hizmet etmeli (başkalarının hakkına ve ismine saygı, ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu ahlakının ya da sağlığının korunması) ve yüksek bir gereklilik standardını karşılamalıdır. Kısıtlamalarla ilgili testin gereklilik kısmı en karmaşık ve kanunlara en fazla dayandırılan kısımdır. Farklı uluslararası yargılamalardaki çeşitli faktörleri kapsar ve bunların tamamını burada listelemek mümkün değildir. Buradaki iki temel faktör herhangi bir kısıtlamanın acil bir toplumsal ihtiyaca hizmet etmesi gerekliliği ve kısıtlama sebeplerinin konuyla ilgili ve yeterli olması gerekliliğidir.

Sözleşme Madde 8-11'in ikinci paragraflarının ve Protokol No. 4 Madde 2'nin üçüncü paragrafının yapısı neredeyse aynıdır. Bu paragraflarla hükümlerin birinci paragrafı kapsamında garanti edilen hakların kullanımının sınırının belirlenmesi amaçlandı. Bu paragraflardaki Sözleşme haklarının kullanım sınırının tanımlanmasında 'müdahale', 'sınırlandırma', 'kısıtlama', 'formalitelere, şartlar, kısıtlamalar veya cezalar' gibi çeşitli isimler kullanılmasına rağmen bunların tamamı 'sınırlamalar' şeklinde sınıflandırılabilir.

Sözleşme Madde 8-11 ve Dördüncü Protokol Madde 2 kapsamındaki sınırlandırılma şartları gereğince Sözleşme hükümlerinin şartlarına yapılacak müdahalenin uygunluğunun değerlendirilmesinde aynı ilkeler uygulanır. Mahkeme bu hükümlerde öngörülen bir hakka yapılan müdahaleyi belirlediğinde, bu türden bir müdahalenin Sözleşmede belirtilen ve içtihat hukuku bakımından ele alınan üç

<sup>14</sup>Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi , İkinci Daire, Coxvs Türkiye Kararı, Başvuru No: 29933/ 03 Karar Tarihi: 20.05.2010, <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29933-03.pdf>.

standart temelinde gerekçelendirilip gerekçelendirilmeyeceğini belirlemek için daha fazla inceleme gereklidir. Birinci standart Sözleşmeye yapılacak herhangi bir müdahalenin kanuna uygun olması veya kanunda gösterilmiş olmasını gerektirir.

İkincisi, bu türden bir müdahale Madde 8-1'de ikinci paragraflarda etraflıca belirtilen yasal amaçların herhangi birini takip etmelidir. Üçüncüsü, müdahale edici önlem 'demokratik bir toplumda gerekli' görülmelidir. İçtihat hukukunda yerleşmiş olan metodoloji üç standardın art arda incelenmesi şeklindedir. Ancak, bu standartlarla ilgili konuların niteliğinin bununla bağlantılı olarak inceleme gerektirecek şekilde olması durumundaki oldukça spesifik koşullar hariç olmak üzere birinci ya da ikinci standardın ihlal edildiğine dair herhangi bir bulgu ortaya çıkması durumunda bu durum üçüncü standarda dayalı gerekliliği geçersiz kılacağı açıktır.

Teknolojik gelişmelerin ortaya çıkardığı yeniliklerin bir sonucu olarak İnternete erişim, internette bilgi paylaşımı ve aktarımı ifade özgürlüğü bağlamında yeni tartışmaları başlatmıştır. Özellikle Youtube, Twitter vb. sosyal ağlar ve bu sistemler üzerinden açıklanan görüşlerin içeriği ve sınırlarının ne olması gerektiği başlıca sorunlar olarak önümüze çıkmaktadır. Irkçılık, Yabancı düşmanlığı ve çocuk pornografisi benzeri alanlarda yapılan yayınlar diğer önemli sorunlar olarak gündeme gelmektedir. Demokratik toplum olmanın yüklediği sorumluluklar nedeni ile ifade özgürlüğünün içeriğini boşaltmadan bu alanda orantılı ve amaçla sınırlı düzenlemelerin yapılması önemli bir tartışma konusudur<sup>15</sup>. Çünkü çoğunlukla sınırlamaların asıl amaçları, belli bir muhalif grubun düşünce açıklamalarını ortadan kaldırmak olarak karşımıza çıkabilmektedir.

Şiddet terörizm ve ifade özgürlüğü ise bir başka önem arz eden konu başlığıdır. Özellikle Türkiye'de doğu sorunu olarak da adlandırılan, çözümsüzlükten ileri gelen durum bu bağlamda tartışılan öncelikli başlıktır. Örneğin, Zana-Türkiye

---

<sup>15</sup>BENEDEK, Wolfgang(Yayına Hazırlayan), 'İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı', Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi(ETC), s.408.

kararında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğü yönünden yapılan itirazı değerlendirirken devletin müdahalesinin demokratik toplum düzeni açısından zorunlu görülmesi, kanunla düzenlenmiş meşru bir amaca yönelik olması sebebiyle ihlal olmadığına hükmetmiştir.<sup>16</sup> İnsanları şiddete davet eden ve diğer temel hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmaya yönelik çağrıların ifade hürriyeti kapsamında ele alınmayacağı yukarıda ifade edilen insan hakları evrensel beyannamesi, Avrupa insan hakları sözleşmesi ve anayasa ile yasaklanmıştır. Ancak asıl sorun düşünce açıklamalarının ne noktada diğer hakları ihlal eder duruma geldiğini belirlemek ve sınırların orantılı olarak çizilmesi konusunda yaşanmaktadır.

## SONUÇ

İfade özgürlüğü demokratik bir toplumda vazgeçilmez bir unsurdur. İnsanın varlığını tam anlamıyla gerçekleştirebilmesinin sağlanması ve demokrasinin gerçek anlamına ulaşabilmesi için ifade özgürlüğü hakkı tanınmalı ve korunmalıdır.<sup>17</sup> İfade özgürlüğü tıpkı insan hakları kategorisi altında yer alan diğer haklarla bir bütün teşkil eder ve bu bağlamda diğer hak kategorileri ile uyum içinde olması gerekir. Hakkın varlığının kabul edilmesi hakkın sınırsız şekilde kullanılabileceği sonucuna ulaştırmaz. Yine gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde kabul edilen anlaşma ve mevzuat hükümleri gereğince sınırlanabilmesi mümkündür. Sınırlandırmaların içeriğinin kapsamının belirlenmesi konusunda ise bir takım sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Sorunlar din, kültür, siyaset vb. alanlarda ortaya çıkabileceği gibi gelişmekte olan teknolojinin ortaya çıkardığı yeni araçların kullanılması ile de ilgili olabilir. Netice itibarıyla ifade özgürlüğü içeriği kapsamı ve sınırları açısından sürekli olarak gündemde kalan ve tartışılan konulardan biridir. İfade hürriyeti çoğulculuk göz önünde tutularak, herkesin mümkün olan en üst seviyede kullanılabilmesine

<sup>16</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Zanavs Türkiye Kararı, Başvuru No: 69/1996/688/880 Karar Tarihi:25.11.1997, [http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69\\_1996\\_688\\_880.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf)

<sup>17</sup> TEZCAN, Durmuş, ERDEM, SANCAKDAR, ÖNOK, 'İnsan Hakları El Kitabı' Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ağustos 2011, Ankara, s.321.



imkân tanıyacak ve diğer haklarla menfaat dengelerini sağlayacak şekilde yorumlanmalıdır.

## KAYNAKÇA

**BENEDEK, Wolfgang**(Yayına Hazırlayan), ‘İnsan Haklarını Anlamak: İnsan Hakları El Kitabı’, Avrupa İnsan Hakları ve Demokrasi İçin Eğitim ve Araştırma Merkezi(ETC).

**DUTERTRE, Gilles**, ‘Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler’, Avrupa Konseyi Yayınları, Kasım 2003, Almanya.

**ERDOĞAN, Mustafa**, ‘İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku’, Orion Kitapevi, Genişletilmiş İkinci Baskı,Mart 2011, Ankara.

**FREEMAN, Micheal**, ‘İnsan Hakları: Disiplinlerarası Bir Yaklaşım’,Birleşik Yayınları, 1. Baskı, Cantekin Matbaası,Ekim 2008, Ankara.

**İNCEOĞLU, Sibel**( Editör), ‘İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında bir İnceleme’, KARAN, Ulaş, ‘İfade Özgürlüğü Hakkı’, Beta Yayınları, 3. Baskı, Haziran 2013, İstanbul.

**TEZCAN, Durmuş, ERDEM, SANCAKDAR, ÖNOK**, ‘İnsan Hakları El Kitabı’Seçkin Yayınları, 4. Baskı, Ağustos 2011,Ankara.

## İnternet Kaynakları

[http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com\\_content&view=article&id=49&catid=25](http://www.ihop.org.tr/index.php?option=com_content&view=article&id=49&catid=25)

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi , İkinci Daire, Coxvs Türkiye Kararı, BaşvuruNo:29933/03KararTarihi:20.05.2010,<http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/29933-03.pdf>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Znavs Türkiye Kararı, Başvuru No: 69/1996/688/880KararTarihi:25.11.1997,[http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69\\_1996\\_688\\_880.pdf](http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload/69_1996_688_880.pdf)

## HAKEMLİ MAKALE

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDE ŞİRKET DEĞERLEMESİ İLE İLGİLİ İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 5A\_387/2010, 5A\_405/2010 NO.'LU KARARININ ÇEVİRİSİ VE GENEL BİR DEĞERLENDİRME\*

Dr. Öğretim Üyesi Nagehan KIRKBEŞOĞLU\*\*

Av. Fatih KARAMERCAN, LL.M.\*\*\*

### ÖZ

Mal rejiminin tasfiyesinin, bir şirketin tasfiyesinden zor olduğu dile getirilmektedir. Doğal olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminde, dava konusu malvarlıkları arasında bir şirketin olması durumunda, mal rejiminin nasıl tasfiye edileceği hususu, hem mehzamızın oluşturan İsviçre Hukuku'nda hem de uygulamamızda tereddütlere yol açmaktadır. Gözlemleyebildiğimiz kadarı ile bu konuda daha önce İsviçre Federal Mahkemesi Kararı ışığı altında böyle bir çalışma yapılmamıştır. Literatürde de, bu çalışmada yer alan Medeni Hukuk alanındaki birkaç eser dışında, mal rejiminin tasfiyesinde şirketlere ilişkin hususlar detaylıca ele alınmamıştır. Bu yüzden çalışmadaki kaynakçanın büyük bir kısmını İşletme Bölümü alanında yazılan eserler oluşturmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesi Kararı'nın ele alındığı ve irdelendiği bu çalışmanın, Türk Hukuku'na da ışık tutacağından kuşku duymamak gerekir.

**Anahtar Kelimeler:** *Mal rejiminin tasfiyesi, şirket değerlendirme, Berliner yöntemi, net aktif değeri, işleyen teşebbüs değeri.*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 01.10.2019

Kabul Edildiği Tarih: 25.11.2019

\*\* Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi Fethiye İşletme Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

E-Mail: [nagehank@mu.edu.tr](mailto:nagehank@mu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0001-8243-3034

\*\*\* İzmir Barosu.

E-Mail: [fatihkaramercan@gmail.com](mailto:fatihkaramercan@gmail.com)

ORCID-ID: 0000-0003-1135-8756

## PEER-REVIEWED ARTICLE

### TRANSLATION OF THE SWISS FEDERAL COURT DECISION OF NO. 5A\_387 / 2010, 5A\_405 / 2010 AND GENERAL OVERVIEW ABOUT VALUATION OF THE COMPANY IN THE REGIME OF LIQUIDATION OF THE PARTICIPATION OF ACQUIRED GOODS

#### ABSTRACT

It is stated that the liquidation of goods regime is more difficult than the liquidation of a company. Naturally, in the regime of participation of acquired goods in the case of a company exists among the assets subject to liquidation the question how to liquidate the goods regime leads to hesitations both in Swiss law and in our practice. As far as we can observe no such study has been done in the light of the Swiss Federal Court Decision. In the doctrine, apart from a few works in the field of Civil Law, the issues related to companies in the liquidation of property regime are not discussed in detail. Therefore most of the bibliography in the study consist of Works written in the field of Business Administration It shouldn't be doubted that this study, in which the decision of the Swiss Federal Court was dealt with and examined, will also shed light on Turkish Law.

**Keywords :** *Liquidation of regime of the goods, company valuation, Berliner method, net asset value, going concern value.*

## KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	: bakınız
E.	: Esas
ERÜHFSD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sempozyum Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
m.	: madde
s.	: sayfa
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Y	: Yıl
Y.	: Yargıtay

## 1. Kararın Çevirisi

5A\_387/2010, 5A\_405/2010 (Boşanma ve mal rejimi tasfiyesi)

### Davanın Esası;

A.- 1949 doğumlu X (erkek) ve 1950 doğumlu Y (kadın), 1973 yılında evlenmişlerdir. Çiftin 1976, 1977 ve 1980 doğumlu iki kız ve bir erkek çocukları vardır. Eğitimli terzi olan kadın eş, ev işlerini yürütmüş ve çocuklara bakmıştır. Kendisi evlilik süresince yarı zamanlı olarak çalışmış ve eğitimine devam etmiştir. Koca da mimarlık diploması alarak üniversiteden mezun olmuştur. Koca, tüm nama yazılı hisse senetlerini kendi elinde tutarak, 1985'de mimarlık bürosunu anonim şirketi haline getirmiştir. Çift 2002'de ayrılmıştır. Kadın eş 1 Haziran 2007'den itibaren %60 zamanlı olarak banka görevlisi olarak çalışmaktadır. Kocanın iş performansı son yıllarda oldukça düşmüş olup, şu katmülkiyeti konusu iki katlı taşınmaz ile eşine ait bi taşınmazın yönetim işlerine asli olarak devam etmektedir.

B.- Davalı koca X tarafından da muvafakat edilen boşanma davası davacı kadın Y tarafından 26 Ekim 2007'de açılmıştır. Boşanma davası süresince X'in Nrn. 3786 ve 692, Tapu Kaydı B.\_\_\_\_\_, ve Nr. 420, Tapu Kaydı G.\_\_\_\_\_ olan taşınmazlarına ve mimarlık şirketi hisselerine kadın eşin yazılı izni olmaksızın tasarrufta bulunması tedbiren yasaklanmıştır.

C.- İlk derece mahkemesi tarafların boşanmalarına karar vermiş olup, boşanmanın sonuçlarını düzenlemiştir (31 Ekim 2008 tarihli kararlar). Boşanma, kadın eşin yoksulluk nafakasından feragati, malların (tarafların meslekleri dikkate alınarak) paylaşılması ve sanat eserleri üzerindeki mal rejimi hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar ayrı bir davada görülmek üzere, 15 Mayıs 2009'da kesinleşmiştir.

D.- Uyuşmazlık, mimarlık şirketinin ve boşanan çiftlerin paylı mülkiyetinde olan yazlık evin tasfiyesi noktasında ortaya çıkmaktadır.

D.a.) İlk derece mahkemesi Y'nin mülkiyetinde bulunan taşınmazlarının tamamını tek başına malik olarak ona tahsis etti. İlk derece mahkemesi Y'nin talebi üzerine, gayrimenkul yatırım şirketi olarak kabul ettiği mimarlık şirketinin net aktif değerinin 2009 sonu (karar tarihi: 31 Ekim 2008) itibariyle 441.119.50 Fr- olduğunu ve bu değer üzerinden tasfiye edilmesi gerektiğine karar vermiştir.

D.b.) X, bu kararı istinafa götürmüştür. Taraflar 27 Şubat / 8 Mart 2009 tarihinde bir anlaşmaya vararak, yüksek mahkemeye sunmuşlardır. Buna göre, 1-) Mimarlık şirketi, çiftin kızına vergi değeri 595.000 Fr- olan bir konut satmıştır 2-) Kız da babasının yararına olarak boşanma davasında uyuşmazlık konusu olmayan 233'000 Fr. denkleştirme bedelini annesine havale etmiştir. 3-) Y'ye ait katılma alacağının hesabında vergi değeri olan 595.000 Fr- dikkate alınacaktır.

D.c.) Thurgau Kantonu Bölge Adliye Mahkemesi, yazlık evin tek başına malik sıfatıyla Y'ye tahsisini onaylamıştır. Mahkeme mimarlık şirketinin sürüm değerini net aktif değeri ve gelir değerini dikkate alarak Y'nin mal rejiminden kaynaklanan alacağının 30 Haziran 2010 itibariyle 233.000 Fr'ı mahsup ederek 374.938. Fr- olduğuna karar vermiştir. Eyalet mahkemesi, ilk derece mahkemesinin tarafların ödeyeceği yargılama masraflarına ilişkin kararın yerinde olduğuna karar vermiştir.....(yargılama masraflarına ilişkin kısım)

E.) Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına her iki tarafın da temyiz itirazları mevcuttur:

E.a.) X ..(itiraz eden), 18 Mayıs 2010 tarihinde Federal Mahkeme'ye yaptığı itiraz ile yazlık evin tek başına malik sıfatıyla kendisine tahsisini, borçlu olduğu denkleştirme bedelinin Fr. 102'986.50 olarak kabul edilmesini, ilk derece mahkemesinin kararına konu husumetin yeniden incelenmesine yönelik olası talebin reddedilerek, mal rejiminden kaynaklı denkleştirme bedelini ödemesi için 5A\_387/2010 sayılı kararı açısından makul bir süre tayin edilmesini talep etmiştir.

E.b.) Y.. (itiraz eden), 26 Mayıs 2010 tarihinde Federal Mahkeme'ye yaptığı itiraz ile, 233.000 Fr mahsup edilmiş olarak X'in 413.199.50 Fr- ödemesine, ikinci yargılamadaki masrafların da ona yükletilmesine,.....karar verilmesini talep etmiştir.

### **Kanaatlar:**

1.- Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin hükümler (Art. 120 i.V.m. Art. 196 ff. ZGB) çerçevesinde mal rejiminin tasfiyesinin yapılması ve 249.213 Fr dava değeri ile kanuni asgari dava değerini aşan (Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG) malvarlığına ilişkin bir özel hukuk meselesi (Art. 72 Abs. 1 BGG) uyuşmazlık konusudur. Kanton yargılamasına müracaatın kısmen kabulü ve son derece mahkemesi olan (Art. 75 Abs. 1 BGG) Bölge Adliye Mahkemesince yeni bir mal rejimi tasfiyesi yapılmış olması, tarafların hukuken korunan menfaatlerini ilgilendirmekte olup, kanton yargılamasını da sona erdirmektedir (Art. 90 BGG). Tarafların süresi içinde itirazlarını sunmaları (Art. 100 Abs. 1 BGG) üzerine, şekle ilişkin hususlar görüşülmelidir. Her iki tarafça itiraz edilen noktalar ve davanın esası gerektiriyorsa, her iki itiraz birleştirilmeli ve ayrı bir karar ile sonuçlandırılmalıdır (Art. 71 BGG i.V.m. Art. 24 BZP).

2.- Her iki taraf Kanton yargılaması aşamasında her iki tarafın paylı mülkiyetlerinde bulunan yazlık evin 72.000 -Fr takdiri bedel ödeyerek kendisine tahsis edilmesini talep etmişlerdir. Bölge Adliye Mahkemesi de söz konusu malvarlığını Y'ye tahsis etmiştir. X de Art. 205 Abs. 2 ve Art. 651 Abs. 2 ZGB'de öngörülen delil sunma hakkının, keyfi işlem yasağının (Art. 9 BV) ve eşit davranma yasağının (Art. 8 BV) ihlal edildiğini ileri sürmüştü; 72.000 -Fr takdiri bedel karşılığında yazlık evin kendi kişisel malvarlığına aktarılmasına karar verilmesi talebini yenilemiştir.

2.1.- Malvarlığı rejimi tasfiye edilecek (Art. 204 ZGB) ve her eş diğer eşte bulunan mallarını geri alacaktır (Art. 205 Abs. 1 ZGB). Paylı mülkiyet ilişkisi eşya hukuku kurallarına göre ortadan kaldırılır. Anlaşma sağlanamadığı durumda buna



göre hâkim, husumet konusu malın bölünmesine veya açık artırmada satılmasına karar verebilir (Art. 651 Abs. 2 ZGB). ZGB 205 f.2 hükmüne göre; tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri daha üstün bir yarar olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Üstün yararın varlığı, eşlerden birinin husumet konusu mal ile herhangi bir sebeple özel sıkı bir bağı olduğunu ispatlaması ile mümkündür. Mahkeme somut olayda taraflar arasındaki menfaat dengesini göz önünde tutarak, hakkaniyete göre karar verecektir.

2.2- Tarafların gösterdikleri deliller dikkate alındığında, X'in söz konusu malvarlığı ile ilgisinin 1998 ile 2004 yılları arasında kesildiği, 2005 ile 2008 arasında tekrar yalnız veya çocukları ile tatil yapmak üzere gittiği, evde birtakım çalışmalar yaptığı tespit edilmiştir. Buna karşılık Y'nin ev ile bağlantısı büyük bir kesilme olmaksızın aktif olarak devam etmiş, tatillerini büyük sıklıkla orada yapmıştır. Y'nin ziyaret sıklığından daha güçlü bir bağlantı içinde olduğu anlaşılmaktadır. Yazlık evin Y'ye tahsis edilebilmesi hususunda, X'in kızına konut devrettikten sonra E.....denizinin yanında tatil evi kabilinden bir ev satın almasına rağmen, Y'nin söz konusu yazlık ev dışında herhangi bir malvarlığının bulunmadığının göz önünde bulundurulması gerekir. Bu sebeple, söz konusu yazlık evin Y'ye tahsis edilmesi gerekmektedir.

2.3.- Yüksek mahkeme davalının F şehrinde bulunan mülkle daha sıkı bir ilişkisinin olduğunu tespit etmiş, davalı da buna ilişkin deliller sunmuştur. Davalı delil sunma hakkının ihlal edildiğine ilişkin bir itiraz ileri sürmüştür.

2.3.1.- ....X'in delil sunma hakkı ancak esas ve usul açısından Kanton hukukuna uygun, iddia edilen vakiyaya münhasır delil listesini sunmasına izin verilmemesi halinde ihlal edilmiş sayılır. Ancak X usule uygunluk arz eden maddi vakiyayı aydınlatacak delil göstermemiştir. X'in iddiasına göre, kendisinin yazlık evle bağının son derece azalmış olmasının sebepleri konusunda aydınlatıcı bir

soruşturma yapılabilir. Davacı, kantonal prosedürüne göre süre ve şekle uygun resmi bir sorgulama yapılması için başvuruda bulunduğunu iddia etmemektedir. Bu açıdan, davalının delil sunma hakkının hangi ölçüde ihlal edilebileceği açık değildir.

**2.3.2.-** Üstün yararın ispatı, Art. 205 Abst. 2 ZGB anlamında bölünmeksizin tahsis için belirleyicidir. Bölge Adliye Mahkemesi de, X'in kendi beyanlarına göre son yıllarda yazlık evle ilgilenmediğini ve daha fazla ilgilenemeyeceğini de tespit etmiştir (E.5.4.2 S.18).. Söz konusu mahkeme kararı ile tespit edildiği üzere, X'in yazlık ev ile bağı 1998 ile 2004 yılları arasında son derece zayıflamış olup, bundan dolayı söz konusu durum Art. 99 Abs. 1 BGG uyarınca yeni bir delil ileri sürülmesine sebebiyet vermez. Bugün sunulan 7 Mayıs - 25 Ağustos arasındaki e-mail yazışmalarının yerel mahkeme içtihatları göz önünde bulundurulduğunda hali hazırda özellikle Bölge Adliye Mahkemesi önünde de sunulması imkanı mevcuttu.

**2.3.3.** Bundan sonraki yeni sunulan e-mail yazışmaları ise 1 Eylül 2009 tarihinden sonra yapılmış olup, bu da itiraz edilen 1 Eylül 2009 tarihli mahkeme kararından sonrasına isabet etmektedir. Bu da Art. 99 Abs. 1 BGG uyarınca izin verilen yeni bir delil olarak kabul edilemez.

**2.4.-** Taraflar arasında menfaat dengesinin kurulmasında Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararında esas alınan bağlayıcı maddi tespitler (Art. 105 Abs. 1 BGG) isabetsiz görülemez. X'in yazlık evle bağının kesilmesinin sebeplerinden biri olarak, X o dönemdeki evlilik sorunlarını da göstermektedir. Ancak aynı durum Y için de geçerli olmakla birlikte, Y buna rağmen hiçbir kesintiye uğramaksızın yazlık evle bağlantı içinde olmuş ve tatillerini orada geçirmiştir. Y'nin yazlık evle daha sıkı bir bağının olması sonucuna varılması hiçbir anayasal hakkı ihlal etmez. Bunun, Yüksek Mahkeme'nin varsaydığı gibi eğlence değeri olan mülklerin kullanılabilirliğine bağlı olup olmadığı açık bırakılabilir. Menfaatler dengesi dikkate alındığında, yazlık evin tek başına mülkiyetinin davacıya tahsis edilmesine itiraz edilemez.

**2.5.-** Yazlık evin Y'ye tahsis edilmesine gerekçe olan temel maddi vakıalar karşısında, yazlık evin kendisine tahsis edilmesini talep eden X'in hukuken eşit

davranılmadığını ileri sürmesi dayanaksızdır. (Art. 8 BV; karşı. BGE 134 I 257 E. 3.1 S. 260 f.). Medeni Kanun'un 205 (2) maddesinin serbestçe uygulanmasına ek olarak, kanunun keyfi uygulanmasına ilişkin şikâyetin değerlendirilmesi için herhangi bir kavramsal kapsam bulunmamaktadır (Art. 9 BV; karşı. BGE 133 III 462 E. 4.4.1 S. 470). Yazlık ev için hesaplanan mahsup değeri olan 72.000 Fr. tartışmasızdır.

3.- Şirketin tasfiyesi meselesinde X'e ait olan 100 adet nama yazılı hisse senedi de bulunmaktadır. Şirketin değerinin nasıl tespit edileceği hususu tartışmalıdır. Bu konuda taraflardan hiçbiri Bölge Adliye Mahkemesi'nden bilirkişi tespiti için müracatta bulunmamıştır. Bölge Adliye Mahkemesi de re'sen bilirkişi tayin etmekten kaçınmıştır ve böylece şirketin değeri Vergi Dairesince yapılan değerlendirme ile belirlenmiştir. Buna göre, şirketin net aktif değeri, gelir değeri ve işletme değeri tespit edilmiştir (E. 4d und E. 4e S. 9 ff. İtiraz edilen karar).

3.1.- Tüm malvarlığı ile beraber mimarlık şirketinin sürüm değeri bilirkişi yoluyla tespit edilmeliydi. Şirketin 400.000 Fr değerinde konutu, 210.000 Fr değerinde daire ve 665.000 Fr değerinde evi vardır. Ev yargılama sürecindeyken vergi değeri üzerinden satılmıştır. Tarafların anlaşmasına göre, mal rejiminin tasfiyesinde vergi değeri olarak 595.000 Fr dikkate alınacaktır. X'in söz konusu değerlemeyi yapan bilirkişiye itirazını Bölge Adliye Mahkemesi reddetmiştir. Dava sürecindeki değerlendirmelere bakıldığında bütün malvarlığı değeri 1.205 milyon Fr. olarak hesaplanmıştır.

3.2.- Mimarlık şirketinin net aktif değeri hesaplanırken Bölge Adliye Mahkemesi 31 Aralık 2006 tarihli bilançosu incelenmiştir. Buna göre, özsermaye (= 295.235 Fr: hisseler bölünmüş sermaye + yedek akçeler) gizli yedek akçeler (= Fr. 546'750 -: sürüm değeri./ defter değeri) toplanarak (= Fr. 841'985) gizli yedek akçelerin %20'si oranında saklı vergi (= Fr. 109'350.--) çıkarılır ve Fr. 732'650 tutarında şirketin net aktif değerine ulaşılır.

3.3.- Şirketin gelir değerini Bölge Adliye Mahkemesi 41'935.19 Fr. olarak belirlemiştir (E. 4e S. 11 itiraz edilen karar).

3.4.- Bölge Adliye Mahkemesi mimarlık şirketinin değerini ilk derece mahkemesi (Bezirkgericht) mahkesinden farklı olarak substanzwert (defter değeri, özvarlık değeri) ile eş tutmak istememiştir. Buradan çıkan sonuç şudur ki, mimarlık şirketi bir gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketi olarak kabul edilemeyeceği için, sürüm değeri net aktif değerine denk düşmeyecektir. Mimarlık şirketi 2006 yılında sağlanan işletme kazancı ile beraber taşınmazlarından kaynaklanan şerefiye geliri de kaydetti. Şerefiye geliri elde etmesi süresince, bir gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketi olduğundan bahsedilemez. 2000 yılından itibaren şerefiye gelirinin düşmesinin sebebi olarak X kendisinde depresyona benzer etkiler yaratan evlilik sorunlarını göstermiştir. Bölge Adliye Mahkemesi ona inanmış olup, boşanmayla ve ilişkilerin düzenli hale gelmesiyle beraber gelecekte tekrar yüksek şerefiye gelirlerinin kaydedileceğini ve şirketin değerinin hesaplamasında bu nispette dikkate alınacağına karar vermiştir. Net aktif değer ve gelir değeri arasında dengeleme konusunda Bölge Adliye Mahkemesi, net aktif değeri ile X'in elde ettiği gelir arasında açık bir dengesizlik olması sebebiyle mutata formül olan:  $\text{Net aktif değeri} + [2 \times \text{Gelir Değeri}] : 3$  kullanılamaz. Aksine 732'650 Fr olan net aktif değer 41'930 Fr olan gelir değerinden sekiz kat fazla olduğu için, bu da X Architektur AG'nin şirket değeri olan yaklaşık 655.903 Fr'lık bir değere ulaşmasına neden oldu (E. 4e S. 11 f. itiraz edilen karar).

3.5.- Mukayeseli hesaplama noktasında Bölge Adliye Mahkemesi de aynı sonuca varmıştır. Şirketin sürdürülebilirlik değeri belirlenirken, şirketin işleyişi için zorunlu malvarlığının hesaptan hariç tutulacağı, likiditasyon değerinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği, ayrı olarak toplam değere dahil edileceği kabul edilmektedir. İşletme için zorunlu olmayan malvarlığı olarak hariç tutulan ve kıza satılan evin tasfiye değeri yaklaşık olarak 440.000 Fr tutmaktadır. Bu malvarlığının bilançodan ayrılmasından sonra mimarlık şirketinin net aktif değeri 552.000 Fr olmaktadır. Böylece İsviçre metoduna göre; 552.000 Fr olan net aktif değer – bir kat

ve 41.930 Fr olan gelir değeri iki kat ağırlıklandırılarak, şirket malvarlığı da yaklaşık olarak 212.000 Fr tutmaktadır, -- 440.000 Fr tutarındaki şirketi için zorunlu olmayan varlık olan ev de (kızı için satın aldığı) eklenerek, şirketin işletme değeri yaklaşık olarak 652.000 Fr olarak ortaya çıkar (temyiz edilen kararın E. 4e s. 11).

4.- İtiraz edilen işletme değeri Vergi Dairesinin hesaplama ve beyanlarına dayanmakta olup, 2006 yılı sonunda bilanço ve X'e ait Mimarlık şirketinin sahip olduğu mülkün değeri hakkındaki mahkeme kararına dayanmaktadır. Her iki taraf da değerlemenin başlangıç noktasına ve esaslarına karşı şikayette bulunmuştur.

4.1.- Art. 211 ZGB hükmünde öngörüldüğü üzere, mal rejiminin tasfiyesinde malların sürüm değeri esas alınır. Mevzuat çerçevesinde söz konusu malvarlığı, hukuken ve ekonomik bütünlük arz edecek şekilde değerlendirmeye alınır; mevzuat çerçevesindeki sürüm değeri de, malların serbest piyasada satımı karşılığı bulabileceği değerdir. Değerleme yapılırken cevaplanması gereken sorun, işletmenin sürdürülebilir nitelikte olup olmadığıdır. Verilecek cevaba göre ya tasfiye değeri ya da sürdürülebilirlik değeri hesaplanacaktır. Sürdürülebilirlik değeri olarak yılsonu kapanışında tedarik piyasasındaki fiyatlar (zorunlu amortismanlar indirilerek) esas alınır; tasfiye değeri olarak devir piyasasındaki fiyatlar esas alınacaktır. Sürdürülebilirlik değeri olarak, güncel net aktif değeri ile bağlantılı olarak şirketin gelecekte elde edeceği kazançlar esas alınır ([BGE 136 III 209](#) E. 6.2.1 ve E. 6.2.2 S. 215 f.'deki hususlarla karşılaştırmız).

4.2.- Bölge Adliye Mahkemesi mevcut sorunu isabetli bir şekilde tespit etmiş ve sürdürülebilirlik değerinin tasfiye değeri karşısındaki farklı hesaplama usulünü ortaya koymuştur. Buna göre, şirketin gelecekte sürdürülebilir nitelikte olduğu varsayılmıştır. Bilançonun tahkik edilmesinden tasfiye amacına ilişkin herhangi bir emareye rastlanmamıştır (yerel mahkemenin act. 6.7 numaralı bendi), bilirkişi incelemesi de göstermiştir ki; normal koşulların altında ve kişisel ilişkiler dikkate

alınmaksızın hedef satım fiyatı esas alınır (act. 35.1-3). Y'nin iddialarının tam tersine (S. 18 f. Ziffer. 3.3), Bölge Adliye Mahkemesi'nin uygulaması makul ve isabetlidir.

4.3.- X, mahkeme bilirkişilerinin şirketin devrinde orta ve uzun vadeyi esas olarak ulaştığı değeri haksız bularak itiraz etmektedir. Kısa dönem satışta elde edilebilecek, böylece zorunlu olarak daha düşük olacak olan değer belirleyicidir. Bu nedenle mahkeme bilirkişisinin hesaplaması ulaşılan sonuç azaltılmak/düşürülmek suretiyle düzeltilmelidir (S. 6 f. itiraz dilekçesi). Söz konusu kanaat, mülk sahibi eş, değerlendirilmesi yapılacak maldan faydalanma ile değil onun satışı ile ilgileniyorsa veya katılma alacağının ödenmesi için satış zaten kaçınılmaz ise geçerlidir. Bu durumda kısa dönem satışta elde edilebilecek değer yanısıra likidasyon veya kullanım değeri belirleyicidir. Bir başka değerlendirme de, evlilik mallarına dahil olan malvarlığının uzun bir süre devredilmeyeceği ya da –burada olduğu gibi- bir işletmeye ait olup da tasfiye edilmeyip sürdürülebilir olduğu kabul edilmekte ise söz konusu olur. Bu durumda, uzun süreli kullanılacak olan söz konusu malvarlığına dahil olan işletmenin gelir ve/veya net aktif değeri üzerinden değerlendirme yapılır. Normal şartlar altında ve kişisel ilişkilerle hedeflenen satım parasını dikkate alınmaksızın yapılan değerlendirme anayasal herhangi bir hakkı ihlal etmez. (vgl. BGE 125 III 1 E. 5c S. 7 DRUEY'e atıfla, Die Bewertung von Vermögenobjekten im ehelichen Güterrecht und im Erbrecht, FS Hegnauer, Bern 1986, S. 15 ff., S. 26 Ziffer 5 und S. 31; Şirket için bkz: DRUEY, a.a.O., S. 28 ff. Ziffer 7).

4.4.- X, -daha önceden Kanton yargılamasında olduğu gibi- mahkeme bilirkişilerinin yaptığı değerlemeden şüphe duyarak, Vergi Dairesinin yaptığı değerlemenin geçerli olarak kabul edilmesini talep etmiştir (S. 7 f. İtiraz dilekçesi). Federal Mahkeme değerlendirme yöntemini tayin etme hususunda takdir hakkına sahip olduğu halde (bkz:yuk. E. 4.3), temyiz yargılaması aşamasındaki maddi verilerin değerlendirilmesi bağlayıcıdır (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 125 III 1 E. 5a S. 6). (Temyiz eden) X, istisnai olarak geçerli bir bilirkişi itiraz dilekçesi (Art. 97 Abs. 1 BGG) sunmamıştır. Bölge Adliye Mahkemesi kararının gerekçesi ile, Vergi Dairesinin değerlemesi delil niteliğinde sayılmadığı (E. 4d/aa S. 9 f.) ve X de ayrı bir gerekçe ortaya koyamadığı

(Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 134 V 53 E. 4.3 S. 62 und 138 E. 2.1 S. 143) için, yapılan – bugün de kısmen tekrarlanan- itirazın isabetsiz olduğu belirtilmiştir (E. 4d/bb S. 10 itiraz edilen karar). Bu sebeple Bölge Adliye Mahkemesi'nin mahkeme bilirkişilerinin yaptığı değerlemeye göre hüküm tesis etmeye yetkisi vardı.

4.5.- Net aktif değeri tespit ederken Bölge Adliye Mahkemesi isabetli olarak 2006 sonu yayınlanan bilançoyu esas almıştır. X tarafından 23 Nisan 2010 tarihinde imza edilip, Federal Mahkeme'ye sunulan (İtiraz dilekçesi eki- Nr. 4) Mimarlık şirketine ait 31 Aralık 2009 tarihli bilançodaki yıllık hesaplamalar, Art. 99 Abs. 1 BGG hükmü çerçevesinde istinaî nitelikte sayılan geçerli yeni delil niteliğinde görülemez; kaldı ki bu husus daha önce itiraz edilen 1 Eylül 2009 tarihli kararın gerekçesinde de belirtilmiştir (vgl. BGE 133 IV 342 E. 2 S. 344; 135 I 221 E. 5.2.4 S. 229). Bölge Adliye Mahkemesi 2006 sonu bilançosunu esas alarak hüküm tesis etmiştir.

4.6.- Y, Bölge Adliye Mahkemesi'nin şerefiye gelirlerinin gelecekte tekrar yükseleceği faraziyesiyle yapılan hesaplamalara itiraz ederek, mimarlık şirketinin ne faal olabileceğini ne de X'in mesleki faaliyetlerinin sürdürülebilir olacağını ileri sürmüştür. X'in Bölge Adliye Mahkemesi'nde ileri sürdüğü 2000 yılından itibaren şerefiye gelirlerinin aşırı şekilde düşmesinin evlilik sorunları ile bağlantılı olduğu; boşandıktan sonra ilişkilerin stabil hale gelmesiyle yükselecek olan şerefiye gelirleri dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiği yönündeki iddialarını destekleyecek herhangi bir delil bulunmamaktadır (S. 12 Ziff. 3.1b/cc und S. 18 f. Ziff. 3.3 itiraz dilekçesi). Gelir getirici faaliyetlerin gelecekteki durumu ile ilgili Bölge Adliye Mahkemesi'nin karşı yöndeki kabulü, evli çiftlerin boşandıktan sonra bazen daimi bir depresyona girdikleri, erkeklerin sefilliğe eğilimli oldukları ve işten el çektikleri yönünde tecrübeye dayanan olgulara dayanmaktadır (vgl. VETTERLI, FamKomm Scheidung, 2005, N. 32 zu Art. 176 ZGB). Boşanma sayesinde yaşamsal ilişkilerin düzene girmesiyle birlikte gelir getirici faaliyetlerde tekrar artış olabilmektedir ki; nitekim Y de boşandıktan sonra yoksulluk nafakası almıştır. Y, daha önce yoksulluk

nafakası almaktan feragat etmiş olmasına rağmen, X'in anonim şirketi ile daha yüksek gelir elde edeceğine yönelik ortaya koyduğu somut talebin sonucunda oluşan karar değişikliği sonrasında yaptığı başvuru ile X'in kendisinin aslında hak ettiği nafakaya yetecek gelire sahip olamayacağını tespit edilmesini talep etmiştir. Her ne kadar nafaka hakkında feragat etmiş olsa da, daha sonraki bir karar değişikliği uyarınca, şikayetçinin anonim şirketinden daha yüksek bir getiri elde etme niyetine dayanarak, gerekli bakımın karşılanmasına yetecek bir emekli maaşının tespit edilemeyeceğini belirtmiştir. Yerel mahkeme bu başvuruyu kabul ederek; sadece nafaka hakkında feragatin X açısından farazi bir gelir elde etmesi sonucuna sebep olmayacağına karar vermiştir (E. 2.1 S. 3 ve E. 4.3.2 S. 16 ilk derece mahkemesi kararı). Bölge Adliye Mahkemesi'nin kanaati ise, gerek tarafların üzerinde uzlaştıkları bir husus olmasından gerekse de hayatın doğal akışına uygun olmasından dolayı mimarlık şirketinin gelirlerinin gelecekte tekrar yükseleceği meselesine ilişkin delil toplama sürecinin yargılamada gereklilik arz etmediği yönündedir (BGE 112 II 172 E. I/2c S. 181).

4.7.- Ara bir sonuç olarak, X'e ait mimarlık şirketinin değerlemesinde sürdürülebilirlik değerinin esas alınması gerektiği ve tüm malvarlığı değerinin (1.205 Mio. Fr.), net aktif değer (Fr. 732'650.--) ve gelir değerinin (Fr. 41'935.19) olarak tespitinde bir sakınca görülmediği hususunda karara varılabilir. Tarafların şirket değerlendirme esaslarına karşı yönelttikleri itirazlar yerinde değildir.

5.- İtiraz edilen şirket değerlemesi, net aktif değer sekiz kat ve gelir değerinin bir kat hesaplandığı net aktif değer ile gelir değerinin ağırlıklandırılması yöntemine dayanmaktadır. Buna göre işletme değeri yaklaşık olarak 655'903 Fr. tutarındadır. Her iki taraf da hem değerlendirme yöntemine hem de ağırlıklandırmaya itiraz etmişlerdir.

5.1.- Bir ticari işletmenin veya ticari faaliyetin değerlendirilmesi ancak işletme ekonomisi biliminin ilkeleri çerçevesinde yapılabilir. İşletme ekonomisi bilimine göre, değerlendirme çeşitleri aktif bazlı, gelir bazlı ve piyasa bazlı olarak üçe ayrılır. Her bir değerlendirme çeşidi; bilhassa da gelir bazlı değerlendirme yöntemi mal



rejimlerinde –somut olaydaki istisnaları göz ardı etmeksizin- dikkate alınarak, tasfiye değeri alt sınır olarak kabul edilir. Aslolan objektif bir değerlendirme yapılmasıdır; bundan dolayı gelir değerinin tasfiye değerinin üzerinde olması halinde de şirketin gerçekten tasfiye edilip edilmeyeceği veya sürdürülebilir olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır (karş. BGE 136 III 209 E. 6.2.2-6.2.4 S. 215 ff.).

5.2.- Y, mimarlık şirketinin aslında bir yatırım danışmanlığı şirketi olduğunu; bu nedenle de yalnızca net aktif değeri dikkate alınarak değerlendirme yapılabileceğini ve gelir değerinin değerlendirme yapılırken hiçbir rol oynamayacağını belirterek Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına itiraz etmektedir (S. 10 ff. Ziff. 3.1b/bb-cc itiraz dilekçesi).

5.2.1.- Vergi Hukuku açısından bakıldığında, eğer bir şirketin amacı yalnızca veya en azından arazi vb. gayrimenkuller üzerinde tapuya tescil edilebilen bağımsız ve sürekli aynı haklar, kuru mülkiyet ya da paylı mülkiyet (Art. 655 ZGB) elde etmek, bunları idare etmek, kullanmak ve devir etmek ise, bu durumda yatırım danışmanlığı şirketinin varlığından söz etmek gerekir. Bilindiği üzere, böyle bir şirketin aktiflerinin 2/3'ü gayrimenkullerden müteşekkil olmalı ve kazancının 2/3'ü de gayrimenkullerden sağlanmalıdır. Buna karşılık, gayrimenkule ilişkin faaliyetler üretim, alım-satım ya da buna benzer işlemlerden ibaret ise, bu durumda gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketinden değil de ticari bir işletmeden bahsetmek gerekir (vgl. BGE 104 Ia 251 E. 3a S. 253; Urteil 2C\_641/2009 vom 21. Januar 2010 E. 5.1, in: Steuer Revue / Revue fiscale, 65/2010 S. 578). 21 Ağustos 2006 tarihli İsviçre Vergi Konferansı'nda yayınlanan "*Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer*" başlıklı 28 numaralı bildiriye göre (Ziff.50); yatırım danışmanlığı şirketinin değerlemesinde net aktif değer esas alınır (vgl. BGE 135 III 513 E. 3.4.3 S. 517). Y'nin daha önce verdiği itiraz dilekçesinde de belirtildiği gibi, şirketin malvarlığını kiraya vermesi, o şirketin yatırım danışmanlığı şirketi niteliğini ortadan kaldırmaz. Kiralamak şirketin işlerinin doğal gelişmelerinden

birdir. (vgl. Wolfgang Maute/Jakob Rüttsche, Die Übertragung von Beteiligungen an Immobiliengesellschaften, in: Der Schweizer Treuhänder, ST 63/1989 S. 264 ff., S. 265 bei Anm. 8).

5.2.2.- Vergi Hukukunda gelişmekte olan çeşitli kavramsal tanımlamalara karşın, Özel Hukuk çerçevesinde gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketi denilince belli bir gayrimenkulü ya da istisnai olarak belli başlı birden çok gayrimenkulü kazanma amacı taşıyan bir şirket anlaşılmaktadır (Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel, Schweizerisches Aktienrecht, 1996, § 62 N. 114 S. 974) veya –bir başka ifadeyle- yegane kurulma ya da faaliyette olma amacı, belli bir gayrimenkule ya da belli başlı birden çok gayrimenkule bağımsız şekli bir tüzel kişilik oluşturacak şekilde sahip olan ve bunlarla faaliyette bulunan bir şirket anlaşılmaktadır. Yegane faaliyet konusunun malvarlığı yönetimi (yapı idaresi veya kiralama) olduğu durumlarda kural olarak gayrimenkul yatırım şirketinin varlığından söz etmek gerekir. (Peter Jäggi, Die Immobilien-Aktiengesellschaft, ZBGR 55/1974 S. 321 ff., S. 323 und S. 327).

5.3.- Y, tasfiye değerinin altında hesaplanan şirket değerinin (Fr. 655'903.--) alt sınır olarak kabul edilmesini talep etmiştir. Y söz konusu talebini bilirkişi tarafından hesaplanmış özvarlık değerine ve bilançoya dayandırmaktadır (S. 14 f. bent. 3.1b/ee S. 14 f. İtiraz dilekçesi). Söz konusu yasal itiraz Federal Mahkeme'ye yöneltilecek ve ancak mimarlık şirketinin fiili tasfiye değerinin hesaplanmasındaki eksiklik nedeniyle incelenemeyebilecektir (vgl. BGE 134 III 643 E. 5.3.2 S. 651; 135 I 91 E. 2.1 S. 93). Bilançoda belirtilen değerler ve bilirkişilerin tespit ettiği malvarlığı değerlerinden, Y'nin itirazındaki kabulün aksine tasfiye değerinin değil, sürdürülebilirlik değerinin esas alındığı görülmektedir (E. 4.1 ve E. 4.3 devamı). Y'nin ölü rezervlerin yerine malvarlığının defter değeri üzerinden gizli vergileri esas alınarak yaptığı hesaplama yanlışlığa sebebiyet verecektir (vgl. Wegleitung, a.a.O., Ziff. 38). Bilanço tasfiye bilançosu gibi değerlendirilemeyeceği gibi, özellikle de Firmanın X'e karşı olan alacağının elde edilebilirliği belirlenemez (aksi yönde bkz: BGE 136 III 209 E. 6.4.3 S. 221). Y'nin malvarlığı değerlerini esas alarak yaptığı hesaplamadan görüleceği üzere, Bölge Adliye Mahkemesince tespit edilen 655.903

Fr- tutarındaki işletme değeri, Y'nin esas aldığı tasfiye değerinin %10 oranında altında kalmaktadır. Bölge Adliye Mahkemesi'nin şirket değerlemesi, bilirkişilerin de kendi değerlemelerinde takdir ettiği dalgalı bir alan içerisinde (act. 42: efektif satım fiyatının +/- 10 %) bulunmaktadır. Her değerlemede mal rejimi hukukunda tasfiye değerinin alt sınır olarak kabul edildiği bir durumda, Bölge Adliye Mahkemesi'nin şirket değerlemesinde herhangi bir hakkı ihlal ettiği söylenemeyecektir.

5.4.- Y'nin (S. 13 Ziff. 3.1b/dd und S. 16 f. Ziff. 3.2) ve X'in (S. 5 f.) itirazları, Bölge Adliye Mahkemesinin yaptığı net aktif değer ve gelir değeri ağırlıklandırılmasının makul olmadığı ve federal yasalara aykırı olduğu yönündedir. Bölge Adliye Mahkemesi tasarruf edilebilir aktifleri ile X tarafından elde edilebilir gelir arasındaki açık dengesizliği hesaba katarak, net aktif değeri sekiz kat ve gelir değerini bir kat ağırlıklandırmıştır (E. 4e S. 11 f. itiraz edilen karar). Gerekçe anayasal gerekliliklere uygun olup (Art. 29 Abs. 2 BV; vgl. BGE 134 I 83 E. 4.1 S. 88; 135 III 513 E. 3.6.5 S. 520), federal yasalara aykırı görünmemektedir; öyle ki Bölge Adliye Mahkemesi ağırlıklandırmayı yaparken tasfiye değerinin alt sınır olması ilkesini göz önünde bulundurmalıydı. Y'nin iddia ettiği ve E.5.3'de yaklaşık bir hesaplama olarak gösterildiği gibi, eğer Bölge Adliye Mahkemesi gelir değerini daha yüksek ağırlıklandırsaydı temel ilkeyi ihlal etmiş olacaktı. Bu şartlar altında net aktif değer ile gelir değerine oranla yapılan ağırlıklandırma yerindedir.

5.5.- Sonuçta Bölge Adliye Mahkemesince yapılan şirket değerlemesi isabetsiz görülemez. Buradan yola çıkarak, X'in de Bölge Adliye Mahkemesince yapılan mukayeseli hesaplama (E. 3.5 bkz.) karşı yaptığı itiraz (S. 6) isabetsiz kalmaktadır. Tarafların federal mahkemelerde gündeme getirdiği soruların çoğu, resmi olarak şirketin değerinin bir değerlendirmesini talep etmemeleri ve yüksek mahkemenin, bilirkişi raporunu tartışmasız bir şekilde elde etme konusunda isteksiz olması gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Her iki taraf bununla birlikte – bilirkişi

raporunda belirtildiği gibi- şirketin satım değerine dayalı değerlemeyi uygun görmektedir.

213 sayılı ZGB ihlallerine ek olarak, anayasa hükümlerinin, yani Madde 8 BV'nin (yasal eşitlik) ve Madde 9 BV'nin (keyfiliğin yasaklanması) ihlal edildiğini ileri sürmelerinin yanı sıra, E. 2.5'te belirtilenlere atıfta bulunulabilir. Şirket değerlemesine karşı yapılan şikâyetler ve dolayısıyla şikâyet sahibinin varlıkların payına ilişkin katılma alacağının tespiti ile ilgili şikâyetler, başvuruları tamamlanıncaya kadar reddedilmelidir.

6.- Y'nin -233.000 Fr indirilerek ulaşılan tutar olan- 374.938 Fr tutarındaki katılma alacağı talebine karşılık X, denkleştirme tutarını ödemeye yetecek likiditeyi sağlamak üzere kendisine uygun bir süre verilmesini talep etmiştir. X, Y'ye karşı olan bakiye alacağını 30 Haziran 2010 tarihine kadar ödemek üzere yeterli süre veren Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararına itiraz etmiştir (S. 7 f. İtiraz dilekçesi).

6.1.- Katılma alacağının ve değer artış payının borçlu eş tarafından acil bir şekilde ödenmesi ciddi zorluklar göstermektedir; bu nedenle o, ZGB Art. 218 Abs.1 hükmüne göre makul bir ödeme süresi tanınmasını talep edebilir. Ödeme güçlüğüne delil olarak X, mimarlık şirketinin 31 Aralık 2009 itibariyle yıllık bütçesine dayanmaktadır ki, bu da geçersiz bir ispat vasıtası olarak görülemez (E. 4.5 bkz.). X, Bölge Adliye Mahkemesi'nin tespitinin aksine, Y'nin evlilik malvarlığından olan bakiye alacağını ödemek için yeterli likiditeye sahip olmadığını belirtmiştir. X, birçok defa mimarlık şirketten ödünç almak zorunda kaldığını ifade etmiştir (S. 7 itiraz dilekçesi).

6.2.- Şikâyetçi, X'e ait mimarlık şirketinin nama yazılı hisse senetlerinin tek başına mülkiyetini elinde bulundurmaktadır. X'e ait mimarlık şirketinin bir taşınmazının satım bedelinden Y'nin mal rejiminden doğan 233.000 Fr tutarındaki alacağını karşılamak için bloke hesaptan 212.000 Fr tutarındaki meblağı ödeyerek, Y'nin mal rejiminden doğan bakiye alacağını kapatmayı amaçlamıştır. X'in, kişisel borçlarını da şirket üzerinden karşılaması, kendisini şekli olarak şirketine borçlu

konuma getirmiştir. X, şirketin tek sahibi olduğu için kendisinin alacaklı ve borçlu sıfatlarına eş zamanlı olarak sahip olması, finansal anlamda bir değişikliğe sebep olmayacaktır. Bu noktada, yüksek mahkeme, şikayette bulunanın 30 Haziran 2010 tarihinden itibaren kalan tutarı ödemek için yeterli kaynağa sahip olduğunu varsayma hakkına sahiptir (E. 6b S. 14 itiraz edilen karar).

6.3.- Tüm açıklamalar dikkate alındığında, Bölge Adliye Mahkemesi'nin X'e ödeme yapmak için hiçbir süre tanımadığı söylenemez. Zira mal rejimi tasfiyesi Mahkeme tarafından inşai bir kararla sonuçlandırılmıştır ve itirazın da mevzuata göre süreyi durdurucu bir etkisi bulunmaktadır (Art. 103 Abs. 2 lit. a BGG), bu esnada Bölge Adliye Mahkemesi tarafından yaklaşık iki ay olarak tespit edilen ve işlemekte olan ödeme süresi re'sen yeniden tespit edilmelidir.

7.- Bölge Adliye Mahkemesi'nin taraflara ilişkin yargılama masraflarının tespiti de X tarafından m. 8 ve Art. 29 f. 1 BV Art. 13 AİHS hükümlerinin ihlali olarak görülmektedir (S. 8 ff. Ziff. 3 itiraz dilekçesi). X, Bölge Adliye Mahkemesi'nin karar kısmında (Dispositiv-Ziffer 4) masrafların ve tazminata ilişkin sonuçların davalıya yüklenmesine "ilişkin kısmın değiştirilmesini talep etmiştir (Ziff. 3 dava dilekçesi). Bölge Adliye Mahkemesi bu konudaki sonuca, Y'nin ilk yargılamada yaklaşık olarak % 62 oranında ve ikinci yargılamada da yaklaşık olarak % 73 oranında davayı kazanmış olmasından ulaşmaktadır. Yargılama masrafları da bu orana uygun şekilde tesis edilmiştir (E. 7 S. 14 ff. İtiraz edilen karar).

7.1.- Federal Mahkeme tarafların taleplerinin ötesine geçemez (Art. 107 Abs. 1 BGG). Bundan dolayı davacının davada numaralı taleplerde belirtilen parasal taleplerini ileri sürmesi gerekmektedir (BGE 133 III 489 E. 3.1; 134 III 235 E. 2 S. 236 f.). Bu ilkeler aynı zamanda kantonal masraf ve tazminat kalemlerine ilişkin sonuçlar bakımından da müstakil yargılama için geçerlidir. Numaralı dava masrafları için gösterilmek üzere bkz (yargılama masrafları için): Urteil 4A\_43/2008 vom 4. März

2008 E. 2, in: Praxis 97/2008 Nr. 121 S. 757 f.; Taraf masrafları için: Urteil 5A\_34/2009 vom 26. Mai 2009 E. 11.3).

7.2.- Davalıya yargılama masraflarının yükletilmesi caiz olmasına rağmen, bir gerekçeyle desteklenmez. Şikayetçi kısmen başarısız olduğu kısımlara ve her iki tarafın başarılı olduğu kısımların anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla itiraz etmektedir (s. 8 ve devamı). Bu ilk durumda, şikayetçinin, hukuki yargılamada taraflara ait adli ve taraf masraflarının payları numaralandırılmıyordu. Temyiz bildirimindeki ifadelerle dayanarak bu rakamların yapılması Federal Mahkeme'nin (Madde 106 (2) BGG) görevi değildir. Şikâyetçinin, anayasaya aykırı olduğu yönündeki itirazları kısmen üst mahkemeden bozularak geldiği belirtilmelidir. Şikayetçi Federal Mahkemeye verdiği dilekçede, Yüksek Mahkeme'nin, itiraz sahibinin tahsis için talep edilen tatil evinin değerine ilişkin taleplerinin Fr. 233'757'dan Fr. 161'757'a toplam Fr. 72'000 azaltıldığını belirtmektedir (Temyiz dilekçesi E. 7c S. 15). Davalının dilekçesinde 547'266. Fr. talebinin 374'938 Fr kabul edilmesi ve 161.757 Fr. talebi olduğu dikkate alındığında, davalının talebinin kabulü noktasında davacıya göre miktar bakımından daha başarılı olduğu anlaşılmaktadır. Geri kalanlar için, davacı Federal Mahkemeye kendi mahkeme ve taraf masraflarının ertelenmesi için resmi şartları karşılamamaktadır (S. 9 f.). Bunun nedeni de sonuçta anayasaya aykırılıktır (Madde 106, paragraf 2 BGG, BGE 131 I 217 E. 2.1 s. 219), yani mahkemenin maliyetleri başarı prensibinden farklı bir şekilde belirleyebileceği aile hukuku kaynaklı anlaşmazlıklardır. (§ 75 Abs. 3 ZPO/TG).

7.3.- Sonuç itibarıyla, X'in masraflar ve tazminata ilişkin sonuçların tamamıyla Y tarafından yüklenilmesine ilişkin talebi haklı görülmez.

8. Yukarıda izah edilen gerekçeler çerçevesinde birarada sunulan itirazların reddedilmesi gerekmektedir. Taraflar masraflardan sorumlu olmakla beraber (Art. 66 Abs. 1 BGG), buna karşılık tazminatla sorumlu değildirler, zira bu hususta duruşma yapılmamıştır (karş. Art. 68 BGG).

## 2. Olayların Kronolojik Olarak Sıralanması

TARİH	OLAY
26.10.2007	Taraflar arasında boşanma davası açılmıştır.
31.10.2008	Tarafların boşanmalarına karar verilmiştir.
31.10.2008 - 27.02.2009	Kararda, ilk derece mahkemesinin mal rejiminin tasfiyesine karar verme tarihi belirtilmediğinden bu tarihin, boşanmaya karar verilme tarihinden sonra ve tarafların istinaf yargılaması aşamasında anlaşma tarihinden önce bir tarihe denk gelmesi gerekir.
31.10.2008 - 27.02.2009	İlk derece mahkemesi, şirket değerlemesini, boşanma karar tarihi olan 31.10.2008 tarihi itibarı ile “net aktif değeri” yöntemi ile hesaplamıştır.
27.02.2009 - 08.03.2009	Taraflar istinaf yargılaması aşamasında anlaşmaya varmışlar ve bu anlaşma çerçevesinde protokol sunmuşlardır.

15.05.2009	Boşanma davası kesinleşmiştir.
30.06.2010	İstinaf yargılaması sırasında Bölge Adliye Mahkemesi, 30.06.2010 tarihi itibarı ile “net aktif değeri” ve “gelir değeri” üzerinden şirketin 2006 yılı sonu bilançosunu esas alarak şirket değerlemesini gerçekleştirmiştir.

Federal Mahkeme önüne gelen uyuşmazlık, erkek eş X'in sahibi olduğu mimarlık şirketinin ve eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan yazlık evin mal rejiminin tasfiyesine konu olmasıdır. Çalışma konumuz itibarı ile eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan yazlık evin, TMK m. 226/2 (İMK m. 205/2) hükmü uyarınca diğer eşe özgülenmesi talebi ve son olarak erkek eş (X)'in TMK m. 239/2 (İMK m. 218/1) hükmü uyarınca erteleme talebi inceleme konusu yapılmayacaktır.

Mal rejiminin tasfiyesi davasının konusu bir şirket olduğu takdirde, İşletme Bölümü çerçevesinde konu incelenmeye çalışılacaktır. Bu yüzden, konuya hukukî açıdan bakmak yeterli olmamakla birlikte, şirket, aynı zamanda Hukuk, Mühendislik, Ekonomi, İşletme<sup>1</sup> gibi birçok bilim dalı ile ilgili olduğundan, şirket değerlemeleri çoğu kez bir muhasebe uzmanı gözetiminde ve çeşitli konularda uzmanlaşmış kişilerce bir ekip çalışması içinde gerçekleştirilir<sup>2</sup>. Çalışmamızın anlaşılabilmesi

<sup>1</sup> Kararın 5.1.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, bir ticari işletmenin veya ticari faaliyetin değerlendirilmesi ancak, işletme ekonomisi biliminin ilkeleri çerçevesinde yapılabilir.

<sup>2</sup> SAĞMANLI, s. 1.



için şirket değerlemesi ile ilgili olan birtakım kavramların ve yöntemlerin de açıklanması gerekir<sup>3</sup>.

3. Şirket Değerlemesinde Başlıca Değer Kavramları ve Bunların Kullanıldığı Durumlara Göre Avantajları ve Dezavantajları

### 3.1. Defter Değeri (Book Value)

Defter değeri, basit bir yaklaşımla şirketin aktif toplamından borçlarının düşülmesi ile bulunan özsermayedir<sup>4</sup>. Başka bir tanıma göre, defter değeri, duran varlıklardan amortisman düşüldükten sonra kalan değerdir<sup>5</sup>. Özsermayenin çıkarılmış toplam hisse senedi sayısına bölünmesiyle hisse başına defter değeri bulunur<sup>6</sup>. Diğer bir tanıma göre ise, bir şirketin defter değeri ya da özvarlığı (net worth), hissedarların bilançodaki (sermaye ve yedek akçeler) özsermayelerinin (equity) değeridir<sup>7</sup>. Bu nedenle defter değeri, muhasebe değeri ya da özsermaye (özvarlık) değeri olarak da isimlendirilmektedir<sup>8</sup>.

Defter değeri, muhasebe ölçütleri ile hareket ederken, piyasa değeri, piyasa ölçütleriyle hareket etmektedir. Bu yüzden defter değeri asla piyasa değeriyle denk düşmez ve arada önemli bir fark oluşur. Bu fark, bugünün fiyatları ile tarihsel fiyatlar arasındaki uyumsuzluktan kaynaklanmaktadır. Özellikle enflasyonun yüksek olduğu ülkelerde, enflasyonun fiyatlar üzerindeki hızlı yükselme baskısı yüzünden tarihi defter değeri şirketlerin gerçek finansal durumunu ve faaliyet sonuçlarını

<sup>3</sup> Mal rejiminin tasfiyesi açısından şirket değerlendirme konusundaki bilgiler için bkz. KARAMERCAN, s. 768-793. Mal rejiminin tasfiyesi açısından sermaye ortaklıklarındaki payların değerlendirmesi için bkz. CİVELEK ACAR, s. 134-202.

<sup>4</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 13; ÖZTÜRK, s. 21.

<sup>5</sup> CHAMBERS, s. 5.

<sup>6</sup> ÖZTÜRK, s. 21.

<sup>7</sup> YALÇIN, s. 237.

<sup>8</sup> ÖZTÜRK, s. 21; YALÇIN, s. 237.

vermemektedir<sup>9</sup>. Bilineceği üzere, şirketlerin değeri maddi ve maddi olmayan varlıklardan oluşmaktadır. Fakat ne yazık ki maddi olmayan duran varlıkların defter değerinde gösterilmesi oldukça yetersizdir. Maddi olmayan duran varlıklar içerisinde patentler, haklar, şerefiye, yazılım programları, kuruluş ve örgütlenme giderleri, Ar&Ge maliyetleri, isim hakkı, müşteri ve tedarikçilerle kurulmuş ilişkiler, müşteri sadakati, pazar payı ve pazarlama hakları gibi kalemler yer almaktadır. Oysa var olan muhasebe sistemine göre bu unsurların ancak bazıları ölçülüp varlıklar arasında gösterilebilmekte ve yalnızca bir kısmı gider olarak kaydedilebilmektedir. Geriye kalan kısım ise ölçülüp finansal tablolara aktarılamamaktadır<sup>10</sup>.

Defter değerinin en sağlıklı sonuçları vereceği kurum tipleri banka ve diğer finansal kuruluşlar gibi sermayenin nakit ve menkul kıymet ağırlıklı olduğu şirketlerdir<sup>11</sup>.

### 3.2. Net Aktif Değeri (Net Asset Value)

Net aktif değeri, varlıkların defter değerinden borçların düşülmesiyle elde edilir. Başka bir deyişle bu, bütün varlıklar satılıp borçların tümü ödendikten sonra elde kalan tutara verilen addır<sup>12</sup>. Net aktif değeri hesaplanırken defter değerleri kullanılırsa bulunan değer, şirketin defter değeri ile aynı olur<sup>13</sup>. Bu nedenle, söz konusu yaklaşım, uyarlanmış defter değeri<sup>14</sup> (Adjusted Book Value) şeklinde de isimlendirilmektedir. Zira net varlık değerinde bilançoda kaydedilen maddi ve maddi olmayan<sup>15</sup> duran bütün varlıklar yeniden piyasa değerlerine göre

---

<sup>9</sup> YALÇIN, s. 64; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 146, 147.

<sup>10</sup> YALÇIN, s. 64.

<sup>11</sup> YALÇIN, s. 38, 65.

<sup>12</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 14; ÖZTÜRK, s. 22

<sup>13</sup> ÖZTÜRK, s. 22.

<sup>14</sup> Net aktif değeri, düzeltilmiş defter değeri yöntemi olarak da adlandırılmaktadır. (SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 148)

<sup>15</sup> Burada gayri maddi varlıklardan kastedilen şirketin yapısı, müşteri portföyü, Know-How'ı, marka gücü, pazar payı, büyüme potansiyeli ve entelektüel sermayesi gibi şirketin gelecekteki nakit yaratabilme gücünü belirleyen temel unsurlardır. (ÇIRAK, s. 31)

uyarlanmalıdır. Bu değerlendirme yöntemi, yalnızca muhasebe değerini dikkate alan defter değeri yönteminin eksikliklerini ortadan kaldırmayı hedeflemektedir<sup>16</sup>.

Bu yaklaşım işletmenin gelecekte elde edebileceği potansiyel gelirlerini ve yaratacağı değeri dikkate almamaktadır ve işletmenin olası tasfiye değerine veya yenileme değerine yaklaşarak, şirketin minimum değerine yönelik bir tahminde bulunmaktadır. Şirketin işleyen teşebbüs değerini hesaba katmaması, karlı şirketlerin oldukları değerden daha düşük değerde tahmin edilmelerine yol açabilmektedir. İndirgenmiş nakit akımlarıyla değerlendirme yöntemi ile net varlık yöntemi arasındaki fark, net varlık yönteminin şirketin şerefyesini ve geleceğe ilişkin beklentilerini göz önüne almıyor olmasıdır<sup>17</sup>. Net varlık yöntemi genellikle indirgenmiş nakit akımlarıyla değerlendirme yönteminden sağlıklı sonuçlar alınmayacağına inanılan, şirketin çok değerli maddi ya da maddi olmayan varlıklara sahip olduğu durumlarda uygulanmaktadır. Yine şirketin faaliyetine son vereceği ve aktiflerinin değerlendirileceği durumlar için de uygun bir yöntemdir<sup>18</sup>. Kısa bir faaliyet geçmişi olan ve kâr elde etmeyen şirketlerin de değerlendirilmesinde net aktif değeri yaklaşımını kullanmak daha makul görülebilir<sup>19</sup>. Özellikle değerli iştirak ve bağlı ortaklıklara sahip banka ve sigorta şirketlerinin değerlendirilmesinde yaygın şekilde kullanılmaktadır<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> YALÇIN, s. 66. Aynı şekilde, gerek uygulanan muhasebe politikaları gerekse vergi mevzuatı çerçevesinde şirkette varlıkları ve yükümlülükleri, pazar (piyasa) değerlerinden uzak olduğu için net aktif değer yönteminde şirketin varlıklarının ve yükümlülüklerinin piyasa değerlerine getirilmesi gerekmektedir. (ÇIRAK, s. 233)

<sup>17</sup> YALÇIN, s. 67; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 148.

<sup>18</sup> YALÇIN, s. 67; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 148.

<sup>19</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 14.

<sup>20</sup> YALÇIN, s. 67; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 148.

### 3.3. Tasfiye Değeri (Liquidation Value)

Tasfiye değeri, bir varlığın bütünüyle ya da parçalar halinde elden çıkarılma değeridir<sup>21</sup>. Tasfiye durumunda, şirket varlıklarının belirli bir süre içerisinde nakde çevrilmesi zorunluluğu ve satışların ivedi şekilde gerçekleştirilmesi gerekliliği, şirket varlıklarının piyasa değerlerinden daha düşük seviyelerde elden çıkarılmasına yol açmaktadır. Bu kayıplar yüzünden tasfiye değeri, bir şirketin olabilecek minimum değeridir<sup>22</sup>. Net aktif değeri ile tasfiye değeri arasındaki fark şu şekilde açıklanabilir: Tasfiye değeri bulunurken şirketin artık devam etmeyeceği varsayılarak, bütün varlıklarının tek tek elden çıkarılacağı düşünülür. Bu varlıkların ayrı ayrı satışı işlemi ise çoğu kez topyekün satışa göre daha az avantajlıdır ve sonuçta daha az bir tutar elde edilmektedir. Buna karşılık, net aktif değeri belirlenirken, şirketin yeniden kurulmuş olsaydı kaç mal olacağı veya kurulu şirketin devam etmesi halinde kullanım değerinin belirlenmesi gibi düşüncelerden yola çıkılır ve net aktif değeri, genelde tasfiye değerinden daha yüksek olur<sup>23</sup>.

Tasfiye değeri hesaplanırken, şirketin tasfiye edildiği varsayımından yola çıkıldığı için, şirkete faaliyetine devam eden şirketlere eklenen işletmenin işleyen değeri eklenmemektedir. Yani şirket hem elindeki varlıkları mevcut piyasa fiyatlarından daha ucuza elinden çıkarmakta hem de işletmenin işleyen değerinden yoksun kalarak değer kaybına uğramaktadır<sup>24</sup>.

### 3.4. İşleyen Teşebbüs Değeri (Going Concern Value)

İşleyen teşebbüs değeri, bir şirketin çalışır halde devredilmesi ya da satılması durumunda hesaplanan değerine karşılık gelmektedir<sup>25</sup>. Daha açık bir ifadeyle, halihazırda ticari faaliyetlerine devam eden, nakit akışı yaratan ve gelecekte de faaliyetlerine devam etmesi ve nakit akışı yaratması beklenen bir işletmenin

---

<sup>21</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 15.

<sup>22</sup> YALÇIN, s. 68; SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 15.

<sup>23</sup> SAĞMANLI, s. 65; ÖZTÜRK, s. 23.

<sup>24</sup> YALÇIN, s. 68.

<sup>25</sup> YALÇIN, s. 40.

değerine işleyen teşebbüs değeri denir<sup>26</sup>. Genellikle parçalar halinde elden çıkarılan tasfiye değerinden farklı olarak, işleyen teşebbüs değerinde şirkete ait varlıkların tümünün bir bütün halinde elden çıkarılması söz konusudur<sup>27</sup>. Bu değer, bir şirketin maddi varlıkları ve patent değeri, marka değeri, şerefîye değeri ve müşteri listeleri gibi maddi olmayan varlıklarını da kapsar<sup>28</sup>. Tasfiye değeri şirketin piyasa değeri bağlamında en düşük fiyatlamayı işaret ederken, şirketin işleyen teşebbüs değeri onun piyasa değeri bağlamındaki en yüksek fiyatlamaya işaret eder. Bu değer, kimilerince işletme değeri (operating value) olarak da ifade edilmektedir<sup>29</sup>.

Tasfiye değerinde, varlıkların zorunlu satışı ile elde edilecek değer toplam varlık değerini belirlerken, işleyen teşebbüs değerinde tüm varlıkların cari piyasa değeri dikkate alınmakta ve bu değere şirketin itibarı, piyasa payı, markasının piyasada yarattığı imajı ifade eden şerefîye (goodwill) değeri de eklenmektedir<sup>30</sup>.

#### 4. Şirket Değerlemesinde Kullanılan Yaklaşımlar ve Yöntemler

Şirket değerlendirme konusunda genel bilgiler verdikten sonra şirket değerlemesinde kullanılan temel yaklaşımlara kısaca değinebiliriz. Her bir değerlemede, değerlemeye konu olan şirketin durumu, özellikleri, sektörü gibi çeşitli değişkenler ile şirkete ilişkin bilinen verilerin hangileri olduğu bağlamında, o şirketin değerini en doğru biçimde ölçebilecek olan yaklaşımın tercih edilmesi gerekmektedir<sup>31</sup>. Ayrıca her değerlendirme bir amaç için yapılmaktadır. Bu nedenle değerlemenin yapılacağı yaklaşım ve model belirlenirken değerlemenin hangi amaç için yapılacağı gözönünde bulundurulmalıdır<sup>32</sup>. Dolayısıyla, hiçbir değerlendirme

<sup>26</sup> SİPAHİ/YANIK/AYTÜRK, s. 15.

<sup>27</sup> YALÇIN, s. 41.

<sup>28</sup> ÖZTÜRK, s. 23.

<sup>29</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 14.

<sup>30</sup> GÜRBÜZ/ERGİNCAN, s. 14; YALÇIN, s. 40, 41.

<sup>31</sup> YALÇIN, s. 58.

<sup>32</sup> YALÇIN, s. 58.

yönteminin diğerlerine üstünlüğü konusunda genelleme yapmak mümkün değildir. Ancak, değerlemenin amacı ve yatırımcı profiline göre uygulamada bazı yöntemler daha fazla ön plana çıkabilmektedir<sup>33</sup>. Çalışma konumuz itibarı ile iki tane yaklaşım ve yöntemi ele alacağız.

#### 4.1. Aktif Bazlı (Varlık Temelli) Yaklaşım ve Yöntemleri

Bu yaklaşımın dayanağı, firma aktif ve özsermayesinin belirlenmesinde temel yolun firma aktiflerinin değerlemesi olduğudur. Söz konusu yaklaşımın kapsamına maddi ve maddi olmayan aktiflerin yanısıra, kullanılmayan aktifler de olmak üzere firmanın tüm aktifleri alınır. Ancak şerefiye ve diğer benzer maddi olmayan aktifler alınmaz<sup>34</sup>. Bu yaklaşım, statik bir bakış açısına sahip olduğundan, firmanın gelecekteki değerini ya da paranın zaman değerini dikkate almaz. Bunun yanı sıra sektörün mevcut durumu, insan kaynakları veya organizasyona yönelik problemler ve anlaşmalar gibi muhasebe tablolarına yansımayan ancak değeri etkileyen diğer faktörleri de gözönünde bulundurmaz<sup>35</sup>. Bu metodlara göre bulunan değerler, günümüzde artık sadece diğer metodlar yardımı ile bulunan şirket değerlerini destekleyen birer unsur olarak görülmektedirler ve yalnız başlarına artık kullanılmamaktadırlar<sup>36</sup>. Bununla beraber olgun, yerleşik, gelişmiş, yüksek tutarda maddi duran varlıklara sahip, büyüme potansiyeli artık iyice sınırlanmış ya da büyüme potansiyeli tükenmiş olan ve fazladan getiri sağlama imkanı kalmamış şirketler için varlık temelli değerlendirme yaklaşımı uygun bir yaklaşımdır ve bu tarz şirketlerin değerlerini doğru bir biçimde ölçebilmektedir<sup>37</sup>.

---

<sup>33</sup> ÇIRAK, s. 31. Şirket değerlemesinde özellik arz eden durumlara ilişkin genel açıklamalar ve örnekler için bkz. ÇIRAK, s. 275-286.

<sup>34</sup> CHAMBERS, s. 200.

<sup>35</sup> CHAMBERS, s. 200.

<sup>36</sup> SAĞMANLI, s. 62.

<sup>37</sup> YALÇIN, s. 62.

#### 4.2. Gelir Yaklaşımı ve Yöntemleri

Bu yaklaşımın temelini, şirketin ileriki yıllarda elde edeceği gelirler, yani kârlar oluşturur. Bu yaklaşıma dayanarak değerlendirme yapan metodlar, yıllar itibariyle elde edilecek gelirlerin bugünkü değerini bulmaya çalışmaktadırlar<sup>38</sup>. Şirketlerin gelecekte elde edecekleri gelirler ise onların nakit akımı yaratma kapasitelerine bağlıdır. Bu yaklaşıma göre değer, varlığın ekonomik ömrü boyunca yaratacağı gelirlerin bugünkü değeridir. Buna bağlı olarak bir şirketin değeri de, o şirketin gelecek yıllarda yaratacağı nakit akımlarının şimdiki değerine eşit olmaktadır<sup>39</sup>. Gelir yaklaşımı, aktif bazlı yaklaşımdan farklı olarak, varlığın edinme maliyetini değil, varlığın elde bulundurulması ile sağlanacak kazançları esas alır<sup>40</sup>.

Gelir yaklaşımını temel alan belli başlı iki yöntem vardır. Bunlar indirgenmiş nakit akımları yöntemi ve indirgenmiş kâr payları yöntemidir<sup>41</sup>.

İndirgenmiş nakit akımları yönteminde<sup>42</sup>, firmanın değeri, firmaya serbest nakit akımlarının ağırlıklı ortalama sermaye maliyeti ile bugünkü değere indirgenmesi yoluyla hesaplanmaktadır. Bu değer içerisinde; sermaye maliyetinin hesaplanmasında, borcun vergi sonrası maliyetinin dikkate alınmasına bağlı olarak, borçtan kaynaklanan vergi avantajları ile yine borçtan kaynaklanan ve kendini daha yüksek borç ve özsermaye maliyeti olarak gösteren beklenen ilave risk de dikkate alınmaktadır<sup>43</sup>. Bu nedenle, özsermaye (özkaynak) değeri hesaplanırken, aynı

<sup>38</sup> SAĞMANLI, s. 30; ÇIRAK, s. 23.

<sup>39</sup> YALÇIN, s. 73.

<sup>40</sup> CHAMBERS, s. 206.

<sup>41</sup> CHAMBERS, s. 232. Çalışma konusu olay özeline bağlı kalınarak indirgenmiş kâr payları yöntemine çalışmamızda değinilmeyecektir.

<sup>42</sup> İndirgenmiş nakit akımları yönteminin güçlü ve zayıf yönleri konusundaki açıklamalar için bkz. CHAMBERS, s. 236, 237. İndirgenmiş nakit akımları yönteminin güçlü ve zayıf yönlerinin tablosal olarak karşılaştırması için ayrıca bkz. ÇIRAK, s. 24.

<sup>43</sup> ERCAN/ÖZTÜRK/KÜÇÜKKAPLAN/BAŞCI/DEMİRGÜNEŞ, s. 7.

zamanda değerlendirme tarihi itibarı ile mevcut olan banka kredilerinin (var ise) piyasa değeri de göz önüne alınacaktır<sup>44</sup>.

### 5. Federal Mahkeme Kararının Değerlendirilmesi

İlk derece mahkemesi, dava konusu yapılan mimarlık şirketinin, varlık temelli bir yaklaşım olan net aktif değeri üzerinden değerlemesini yapmıştır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere<sup>45</sup>, bu yaklaşım işletmenin gelecekte elde edebileceği potansiyel gelirlerini ve yaratacağı değeri dikkate almamakta ve indirgenmiş nakit akımlarıyla değerlendirme yöntemi ile net varlık yöntemi arasındaki farkı da, net varlık yönteminin şirketin şerefinessini ve geleceğe ilişkin beklentilerini göz önüne almıyor olması oluşturmaktadır.

Kararın D.a.) kısmından anlaşıldığı kadarı ile ilk derece mahkemesi, şirket değerlemesini, boşanma karar tarihi olan 31.10.2008 tarihi itibarı ile “net aktif değeri” yöntemi ile hesaplamıştır.

Kararın 3.4.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, mimarlık şirketi, 2006 yılında şerefiye geliri kaydetmiştir. Şerefiye geliri elde etmesi sebebiyle de, bu mimarlık şirketinin, bir gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketi olduğundan bahsedilemeyeceği belirtilmektedir. Dava konusu mimarlık şirketinin şerefiye gelirinin düşmesi sebebi olarak, mimarlık şirketi sahibi erkek eşin 2000 yılından itibaren evlilik sorunları sebebiyle depresyona girmesi gösterilmiştir. Ayrıca, dava konusu mimarlık şirketinin net aktif değeri, gelir değerinden sekiz kat fazladır.

Bölge Adliye Mahkemesi de, kararın 3.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, re’sen bilirkişi tayin etmekten kaçınarak, mimarlık şirketinin değerini,

---

<sup>44</sup> ÇIRAK, s. 37.

<sup>45</sup> Bkz. 2.2. Net Aktif Değeri (Net Asset Value) kısmındaki açıklamalar.



kanımızca hatalı olarak<sup>46</sup> Vergi Dairesince yapılan değerlendirme ile belirlemiştir. Buna göre yapılan değerlendirme ile mimarlık şirketinin değeri; net aktif değeri, gelir değeri ve işletme değeri<sup>47</sup> tespit edilmiştir. Kanımızca, Vergi Dairesince yapılan değerlendirme sebebi ile kararın 3.4.- kısmında da belirtildiği üzere, ilk derece mahkemesinin dava konusu mimarlık şirketi için tespit ettiği net aktif değeri ile Bölge Adliye Mahkemesi'nin tespit ettiği net aktif değeri birbirine eşit değildir. Kararın 4.1.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, mal rejiminin tasfiyesinde, TMK m. 232/1 (İMK m. 211/1) hükmü gereği, malların sürüm değeri esas alınır. Türk Hukuku açısından da, dava konusu malların sürüm değerleri<sup>48</sup> üzerinden değerlendirme yapılmaktadır. Yargıtay 8. Hukuk Dairesi, dava konusu yapılan mallar açısından kasko değeri<sup>49</sup>, noter senedindeki satış bedeli<sup>50</sup>, banka eksper değeri<sup>51</sup> ve keşif yapılmadan internet<sup>52</sup> üzerinden yapılan değer tespitini hatalı bulmaktadır.

Kararın D.c.) ve 3.2.- numaralı kısmından anlaşıldığı kadarı ile Bölge Adliye Mahkemesi, 30.06.2010 tarihi itibarı ile “net aktif değeri” ve “gelir değeri” üzerinden şirketin 2006 yılı sonu bilançosunu esas alarak şirket değerlemesini gerçekleştirmiştir.

Taşınmaz varlıkları ile ayakta duran şirketler haricinde genellikle, şirketlerin net aktif değeri, gelir değerinden düşük çıkmaktadır. Ancak, somut olay özelinde davada kadın eş (Y), kararın 4.6.- numaralı kısmından anlaşıldığı kadarı ile dava

<sup>46</sup> Kararın 3.1.- numaralı kısmında da, tüm malvarlığı ile beraber mimarlık şirketinin değerinin bilirkişi yoluyla tespit edilmesi gerektiği ve kararın 4.4.- numaralı kısmında ise Bölge Adliye Mahkemesi'nin, mahkeme bilirkişilerinin yaptığı değerlemeye göre hüküm tesis etmeye yetkisi olduğu belirtilmiştir.

<sup>47</sup> 2.4. İşleyen Teşebbüs Değeri (Going Concern Value) kısmında da belirtildiği üzere, bu değer, kimilerince işletme değeri (operating value) olarak da ifade edilmektedir.

<sup>48</sup> Bu konu hakkında geniş açıklamalar için bkz. ZEYTİN, s. 359-389.

<sup>49</sup> Y. 8. HD. 18.12.2012, 9093/12554 sayılı Kararı. Naklen: KARAMERCAN, s. 1120.

<sup>50</sup> Y. 8. HD. 05.12.2018, 2016/19434 E. - 2018/19776 K. Naklen: KARAMERCAN, s. 1121.

<sup>51</sup> Y. 8. HD. 26.06.2018, 10380/14370 sayılı Kararı. Naklen: KARAMERCAN, s. 1122.

<sup>52</sup> Y. 8. HD. 30.06.2015, 4125/14240 sayılı Kararı. Naklen: KARAMERCAN, s. 1122, 1123.

konusu erkek eşin (X) sahibi bulunduğu mimarlık şirketinin, Bölge Adliye Mahkemesi tarafından, şerefiye gelirlerinin gelecekte tekrar yükseleceği faraziyesiyle yapılan hesaplamalarına itiraz ederek, mimarlık şirketinin ne faal olabileceğini ne de erkek eşin mesleki faaliyetlerinin sürdürülebilir olacağını ileri sürmüştür. Yine, kadın eş (Y), kararın 5.2.- numaralı kısmından anlaşıldığı kadarı ile dava konusu mimarlık şirketinin aslında bir yatırım danışmanlığı<sup>53</sup> şirketi olduğunu; bu nedenle de şirketin yalnızca “net aktif değeri” dikkate alınarak değerlendirilebileceğini ve gelir değerinin değerlendirilme yapılırken hiçbir rol oynamayacağını belirterek Bölge Adliye Mahkemesi kararına itiraz etmektedir.

Erkek eş (X) ise 2000 yılından itibaren şerefiye gelirlerinin aşırı şekilde düşmesinin evlilik sorunları ile bağlantılı olduğunu; boşandıktan sonra ilişkilerin stabil hale gelmesiyle yükselecek olan şerefiye gelirleri dikkate alınarak hesaplama yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Federal Mahkeme ise erkek eşin bu yöndeki iddialarını destekleyecek herhangi bir delil bulunmadığını ve ayrıca evli çiftlerin boşandıktan sonra bazen daimi depresyona girdikleri, erkeklerin sefilliğe eğilimli oldukları ve işten el çektikleri yönünde tecrübeye dayanan olgulara dayandığını belirtmiştir. Kararın 4.7.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, ara bir sonuç olarak da, erkek eş (X)'in sahibi olduğu mimarlık şirketinin değerlemesinde sürdürülebilirlik değerinin esas alınması gerektiği ve tüm malvarlığı değerinin (1.205 Mio. Fr.), net aktif değerinin (Fr. 732,650) ve gelir değerinin (Fr. 41.935,19) olarak tespitinde bir sakınca olmadığı belirtilmiştir.

---

<sup>53</sup> Kararın 5.2.1.- kısmında da belirtildiği üzere, yatırım danışmanlığı şirketinin değerlemesinde net aktif değeri esas alınmaz. Ayrıca, kararın 5.2.1.- ve 5.2.2.- kısmında da ifade edildiği üzere, şirketin malvarlığını kiraya vermesi, o şirketin yatırım danışmanlığı şirketi niteliğini ortadan kaldırmaz. Kiralamak şirketin işlerinin doğal gelişmelerinden biridir. Özel Hukuk çerçevesinde gayrimenkul yatırım danışmanlığı şirketi denilince belli bir gayrimenkulü ya da istisnai olarak belli başlı birden çok gayrimenkulü kazanma amacı taşıyan bir şirket anlaşılmaktadır. Yegane faaliyet konusunun malvarlığı yönetimi (yapı idaresi veya kiralama) olduğu durumlarda kural olarak gayrimenkul yatırım şirketinin varlığından söz etmek gerekir.

Kararın 5.- numaralı kısmında da belirtildiği üzere, itiraz edilen şirket değerlemesi, net aktif değerın sekiz kat ve gelir değerinin bir kat hesaplandığı net aktif değer ile gelir değerinin ağırlıklandırılması yöntemine dayanmaktadır. Bu hesaplamanın yapılmasının sebebi ise kararın 5.4.- numaralı kısmında, mimarlık şirketinin tasarruf edilebilebilir aktif değeri ile erkek eş (X) tarafından elde edilebilir gelir arasında açık dengesizliğin dikkate alınmasıdır. Kanımızca, Bölge Adliye Mahkemesi'nin yaptığı değerlendirme, karma değer yöntemlerinden birisi olan Berliner Yöntemi'ne dayanmaktadır<sup>54</sup>. Bu yöntem, daha önce açıklanan nakit akımları ile net aktif değeri yöntemlerinin, değerlendirme yapılacak işletmenin yapısına göre, ağırlık katsayıları ile ağırlıklandırılarak değer tesbitine yöneliktir<sup>55</sup>. Bu yöntemde kullanılan "k" ağırlık katsayısı değerlendirilen işletmenin yapısına göre 0,5'ten büyük veya küçük olması gerekecektir. Eğer işletmenin gerçek değerine net aktif yöntemi ile daha yakın ulaşılabileceği düşünülüyorsa "k" katsayısı 0,5'ten büyük, aksi durumda 0,5'ten küçük olacaktır<sup>56</sup>.

Federal Mahkeme, kararın 5.3.- numaralı kısmında, can alıcı bir değerlendirmede bulunarak, her değerlemede, mal rejimi hukukunda tasfiye değerinin<sup>57</sup> alt sınır olarak kabul edildiği bir durumda, somut olay özelinde Bölge Adliye Mahkemesi'nin şirket değerlemesinde herhangi bir hakkı ihlal ettiğini söylememekle birlikte, Bölge Adliye Mahkemesi'nin ağırlıklandırmayı yaparken

---

<sup>54</sup> CİNGÖZ, s. 115.

<sup>55</sup> CİNGÖZ, s. 115.

<sup>56</sup> CİNGÖZ, s. 116.

<sup>57</sup> Kararın 5.3. numaralı kısmında da haklı olarak belirtildiği üzere, uygulamada yanlış anlaşılmalara yol açan bir kavram açıklığa kavuşturulmuştur. O husus da şudur. Bilançonun, tasfiye bilançosu gibi değerlendirilemeyeceği hususudur.

tasfiye değerinin “alt sınır olması” ilkesini<sup>58</sup> göz önünde bulundurmuyuşını da eleştiri konusu yapmıştır.

Karardan anlayabildiğimiz ve bu kapsamda tahmin ettiğimiz üzere, kararda pek çok kez geçen “ağırlıklandırma” kavramı ile kastedilen, İşletme Bölümü uygulamasında, şirketin faaliyet yapısına en uygun olan yöntemin seçilmesi veya elde edilen sonuçların, güvenilirlik düzeyi dikkate alınarak ağırlıklandırılması yönündeki bir tercihtir. Kanımızca, Bölge Adliye Mahkemesi’nin böyle bir hesaplamayı esas alarak hüküm kurmasında, kararda ifade edilen, dava konusu mimarlık şirketinin net aktif değeri ile gelir değeri arasındaki açık dengesizlik ve kararda ifade edilmeyen erkek eşin TMK m. 239/2 (İMK m. 218/1) hükmü gereği, erteleme talebinde bulunması etkili olmuştur. Zira, dava konusu mimarlık şirketi, net aktif değeri üzerinden şirket değerlemesine tabi tutulsaydı, erkek eş (X) hesaplanacak miktarı ödeyemeyecek duruma gelirdi. Bu yüzden, Bölge Adliye Mahkemesi’nin yapmış olduğu karma değerlendirme yöntemlerinden biri olan “Berliner Yöntemi” Federal Mahkeme tarafından uygun bulunmuştur.

---

<sup>58</sup> Bu ilkenin istinası olarak, tasfiye değerinin bir şirketin minimum değeri olması gerektiği halde, bu değer zaman zaman defter değerinin üzerinde olduğu görülür. Bunun en büyük nedeni defter değerinde varlıkların tarihi maliyetleri dikkate alınırken, tasfiye değerinde varlıkların cari piyasa değerlerinin dikkate alınmasıdır. Dolayısıyla defter değerindeki varlıkların maliyetleri çok uzun yıllar önce saptandığı ve ülkede de bu yıllar süresince yüksek bir enflasyon süregeldiği durumlarda, tasfiye değerinin tarihsellik nedeniyle defter değerinin üzerinde olduğuna rastlanılmaktadır. Yine buna bağlı olarak toplam varlıkları içerisinde duran varlık değerleri yüksek olan şirketlerde defter değeri ile tasfiye değerinden daha düşük çıkma eğiliminde olmaktadır. (YALÇIN, s. 68, 69)

## KAYNAKÇA

CHAMBERS, Nurgül: Firma Değerlemesi, 2. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.

CİNGÖZ, Ahmet: İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemine Göre Firma Değerleme ve Enerji Sektöründe Bir Uygulama, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Konya, 2014.

CİVELEK ACAR, Esra: Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.

ÇIRAK, Reha: Şirket Değerleme Yöntemleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

ERCAN, Metin Kamil; ÖZTÜRK, M. Başaran; KÜÇÜKKAPLAN, İlhan; BAŞCI, E. Savaş; DEMİRGÜNEŞ, Kartal: İndirgenmiş Nakit Akımları Yöntemi İle Firma Değerlemesi Özellikli Durumlar, Gazi Kitabevi, Ankara, 2008.

GÜRBÜZ, A. Osman; ERGİNCAN, Yakup: Şirket Değerlemesi: Klasik ve Modern Yaklaşımlar, İkinci Basım, Literatür Yayıncılık, İstanbul, 2008.

KARAMERCAN, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

ÖZTÜRK, Hakkı: Şirket Değerlemesinin Esasları, Türkmen Kitabevi, İstanbul, 2009.

SAĞMANLI, Metin: Şirket Değerleme Teorik ve Pratik Uygulama, Genişletilmiş 2. Baskı, Tümay Matbaacılık, İstanbul, 2001.

SİPAHİ, Barış; YANIK, Serhat; AYTÜRK, Yusuf: Şirket Değerleme Yaklaşımları, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

YALÇIN, Hasan: Şirket Değerlemesi (Teori ve Uygulama), Uygulama Yayıncılık, İstanbul, 2014.

ZEYTİN, Zafer: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Sürüm, Gelir ve Hakkaniyet Değerleri İle Yargıtay Uygulaması”, (Türk Medenî Hukukunda Evlilik

Birliğinde Mal Rejimleri - 18-19 Nisan 2018), Adalet Yayınevi, ERÜHFSD, C: I, S: 1, Y: 2019, s. 359-389.

## HAKEMLİ MAKALE

### ADALET MESLEK YÜKSEKOKULU ÖĞRENCİLERİNİN KARIYER GELİŞİMİNDE DİKEY GEÇİŞ SINAVI (DGS) İLE İLGİLİ SORUNLARI\*

Öğr.Gör. Hatice MESCİ\*\*

Öğr. Gör. Selcen DENİZ UZUNBACAK\*\*\*

#### ÖZET

Meslek yüksekokulları, alanda gerekli, nitelikli ve üretken işgücü eksikliğinin giderilmesinde önemlidir. Bu bağlamda alelade bir kamu hizmeti olmayan adalet alanındaki kalifiye insan gücünün yetiştirilmesinde adalet meslek yüksekokulları oldukça önemli bir yer tutmaktadır. 1970'li yılların sonunda kurulmaya başlayan ve sınırlı sayıda bulunan adalet meslek yüksekokullarının sayısı farklı sebeplerle her geçen gün artış göstermiş ve göstermeye de devam etmektedir. Adalet meslek yüksekokullarının sayısındaki artışın en büyük sebeplerinden birisi tercih edilebilirliğinin yüksek oluşu yanında dikey geçiş sınavı (DGS) ile hukuk fakültesine geçiş imkânının bulunmasıdır. Adalet alanı başta olmak üzere önlisans mezunu olan başarılı öğrencilerin alanında lisans eğitime devam edebilmesi amacıyla her yıl Temmuz ayı içerisinde dikey geçiş sınavı yapılmaktadır. Adalet meslek yüksekokulları mezunlarının kariyer gelişimi açısından dikey geçiş sınavı diğer

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 08.08.2018

Kabul Edildiği Tarih: 15.10.2019

Bu makale, 3-4 Mayıs 2018 tarihinde Gazi Üniversitesi'nde düzenlenen "Yargunun Yeni Konseptinde Adalet Meslek Yüksekokullarının Geleceği ile İnfaz ve Koruma Hizmetleri Sempozyumu"nda sunulan "Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Kariyer Gelişiminde Dikey Geçiş Sınavı (DGS)'nin Farklı Açılardan Değerlendirilmesi" konulu sözlü bildirin genişletilmiş halidir.

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu.

E-Mail: [haticemesci@sdu.edu.tr](mailto:haticemesci@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0003-1847-0820

\*\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu.

E-Mail: [selcendeniz@sdu.edu.tr](mailto:selcendeniz@sdu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0002-8229-3788

yüksekokullardan daha farklı bir öneme sahiptir. Çalışmamızda dikey geçiş sınavının adalet meslek yüksekokulu mezunlarının kariyer gelişiminde ne gibi etkilerinin olduğu farklı açılardan değerlendirilerek bu sınav ile ilgili problemler ortaya konularak, sorunlarına ilişkin çözüm önerileri getirilecektir.

**Anahtar Kelimeler :** *Adalet Meslek Yüksekokulu, Hukuk Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü, Dikey Geçiş Sınavı (DGS), Öğretmenlik Formasyon*



**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**PROBLEMS OF VOCATIONAL SCHOOL OF JUSTICE STUDENTS WITH VERTICAL  
TRANSFER EXAM (DGS) IN CAREER DEVELOPMENT**

**ABSTRACT**

Vocational schools are important in eliminating the lack of necessary, qualified and productive workforce in the field. In this context, vocational schools of justice occupy an important place in the training of qualified manpower in the field of justice which is not an ordinary public service. The number of vocational schools of justice, which started to be established at the end of 1970s and has been limited, has increased and continues to increase day by day for different reasons. One of the main reasons for the increase in the number of vocational schools of justice is the high likelihood of preference, as well as the possibility of transfer to the faculty of law through the vertical transfer exam (DGS). In order to enable undergraduate students who are mainly associate degree graduates, especially in the field of justice, to continue their undergraduate education in the field, a vertical transfer exam is conducted in July each year. In terms of career development of graduates of vocational schools of justice, the vertical transfer exam has a different importance than other colleges. In this study, the effects of the vertical transfer exam on the career development of the graduates of the vocational school of justice will be evaluated from different perspectives and problems related to this exam will be put forward and solutions will be proposed.

**Keywords :** *Justice Vocational School, Faculty of Law, Public Administration Department, Vertical Transfer Exam (DGS), Teaching Formation*

## GİRİŞ

Mesleki eğitim, ülkelerin rekabet gücünün artırılmasında, kalite odaklı, eğitim-istihdam ilişkisine dayalı, sürdürülebilir büyümenin sağlanmasında, kaynakların etkin ve verimli kullanılmasında, kamu hizmetlerinin hızlı, etkin ve verimli sunulmasında önem arz etmektedir<sup>1</sup>. Bu bağlamda ilk defa 1974-1975 eğitim-öğretim yılında Milli Eğitim Bakanlığı bünyesinde açılan ve önlisans düzeyinde eğitim veren meslek yüksekokulları, 1981 yılında Yükseköğretim Kurulu'na bağlanmıştır. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasının (1) bendinde meslek yüksekokulu, *“Belirli mesleklere yönelik nitelikli insan gücü yetiştirmeyi amaçlayan, yılda iki veya üç dönem olmak üzere iki yıllık eğitim-öğretim sürdüren, önlisans derecesi veren bir yükseköğretim kurumudur.”* ifadesiyle tanımlanırken; aynı kanun maddesinin (1) bendinde önlisans programı, *“Ortaöğretim yeterliliklerine dayalı, en az iki yıllık bir programı kapsayan nitelikli insan gücü yetiştirmeyi amaçlayan veya lisans öğretiminin ilk kademesini teşkil eden bir yükseköğretimdir.”* şeklinde tanımlanmıştır.

1982 Anayasasında Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti olduğuna ve yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağına dair düzenlemeler bulunmaktadır. Anayasaya hüküm koymak kadar uygulanabilirliği de önem arz etmektedir. Bu bağlamda alelade bir kamu hizmeti olmayan adalet kamu hizmetlerinin de etkin, verimli ve zamanında yerine getirilmesi gerekmektedir. Adalet kamu hizmetinin istenilen düzeyde yerine getirilmesinde hakim ve savcılarca yürütülen yargılama faaliyetinin yapılabilmesi kadar yargılama faaliyeti dışında adalet memurlarının yargılama faaliyeti öncesinde, yargılama faaliyeti sırasında ve yargılama faaliyeti sonrasında gerçekleştirdiği iş ve işlemler de aksamadan ifa

---

<sup>1</sup> GÜNAY, Durmuş ve ÖZER, Mahmut, “Türkiye’de Meslek Yüksekokullarının 2000’li Yıllardaki Gelişimi ve Mevcut Zorluklar”, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1. s.1-3; UZUNBACAK, Hasan Hüseyin- MESÇİ, Hatice- UZUNBACAK DENİZ, Selcen, “Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Mesleki Eğitimden Sonuç Beklentileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Vizyoner Dergisi, Cilt : 8, Sayı : 18, (2017), s.42.

edilmelidir. Bu da ancak nitelikli ve gerekli mesleki eğitim almış işgücü ile sağlanabilmektedir.<sup>2</sup>

Nitelikli ve üretken işgücü eksikliği nedeniyle adalet hizmetlerinin istenen verimlilikte, kalitede sunulmadığı ve hizmetin geç işlediği, eksik işlediği ya da hiç işlemediği eleştirileri yapılmaktadır. Söz konusu eleştirileri bertaraf etmek amacıyla Adalet Bakanlığı hukuk fakültelerinin bulunduğu illerde hukuk fakültelerine bağlı olarak adalet meslek yüksekokulları açılması için girişimlerde bulunarak protokol imzalamıştır. İmzalanan protokoller çerçevesinde ilk defa 1979 yılında Ankara Üniversitesi, İstanbul Üniversitesi ve Ege Üniversitesinde, adalet alanında ihtiyaç duyulan nitelikli işgücünün yetiştirilmesi amacıyla Adalet Yüksekokulları kurulmuştur.<sup>3</sup>

#### 1. Adalet Meslek Yüksekokullarının ve Mezunların Durumu

Günümüzde insan haklarına verilen önem ve yargı hizmetlerinin kaliteli sunumunda vazgeçilemeyecek bir konumda bulunmaları nedeniyle yardımcı adalet personeli olarak istihdam edilen adalet çalışanlarının mesleki eğitim almış olması gerektiği Sekizinci ve Dokuzuncu Kalkınma Planı, Adalet Hizmetleri Özel İhtisas Raporunda, Adalet Bakanlığı 2010-2014 ile 2015-2019 stratejik planları ve Adalet Bakanlığı 2007 yılı faaliyet raporunda belirtilmiş olduğundan, Adalet Meslek Yüksekokullarının gerekliliği dikkat çekmiştir.<sup>4</sup>

Adalet meslek yüksekokullarının gerekliliğinin farkına varılması, sadece birkaç üniversitede kurulması, öğrenci kontenjanlarının sınırlı olması, mezunlarının

---

<sup>2</sup> AYDIN, Vahdettin – MESCİ, Hatice - ACAR, Osman Kürşat, “Adalet Hizmetlerinin Sunumunda Daha Yetkin Bir Ara Eleman İstihdam Önerisi: Adalet Hizmetleri Uzmanlık Sınavı (AHMUS),” Kırıkkale Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Meslek Yüksekokullarının Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (10 Mayıs 2013) Kırıkkale, s.39; Vahdettin AYDIN- Hatice MESCİ- Zişan KORKMAZ ÖZCAN, “Adalet Meslek Yüksekokulu Ders Müfredatı Bazında İstihdama Yönelik Yapılacak Protokoller”, Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişmesinde Yeni Eğilimler- Bildiri Kitabı, (17-18 Mayıs 2016), Isparta, s. 108.

<sup>3</sup> AYDIN vd., (2013), s. 33-34; AYDIN vd., (2016), s. 106, 108; UZUNBACAK vd., s. 43.

<sup>4</sup> AYDIN vd., (2013), s. 43; AYDIN vd., (2016), s. 109-110; UZUNBACAK vd., s. 42-43.

iş bulma olanaklarının diğer meslek yüksekokullarına kıyasla daha kolay görülmesi, işe yerleştirildikten sonra icra müdürlüğü gibi prestijli bir kadroya yükselme, hukuk fakültesi sayısındaki artış ve mezunların DGS ile hukuk fakültesine geçiş imkânı adalet meslek yüksekokullarının sayısını<sup>5</sup> hızla arttırmıştır.<sup>6</sup>

Adalet Yüksekokullarının kurulduğu ilk yıllarda örgün eğitim<sup>7</sup> (Adalet A) ile dışarıdan eğitim (Ekstern)<sup>8</sup> (Adalet B) olarak belirlenen kontenjanlara öğrenci alımı yapmakta iken, Adalet Bakanlığı ile Anadolu Üniversitesi Rektörlüğü arasında imzalanan 26.07.2005 tarihli “*Adalet Bakanlığı Meslekî Eğitim Önlisans Programı*” protokollü ile *Mesleki Öğrenme Projesi (MEÖP)* hayata geçirilmiştir. Bu kapsamda Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi bünyesinde 2006-2007 eğitim ve öğretim yılından başlayarak Adalet Bakanlığı'nın merkez ve taşra teşkilatında çalışan kamu görevlilerine<sup>9</sup> adalet meslek eğitimi verilmeye başlanmıştır.<sup>10</sup>

Söz konusu protokol ile sadece alanda çalışanlara yönelik başlatılan açık eğitim<sup>11</sup> yöntemi,<sup>12</sup> Anadolu Üniversitesi dışında Atatürk Üniversitesi'nde de

<sup>5</sup> Nihayetinde 2018 yılı itibariyle toplam 92 Üniversitede Adalet Meslek Yüksekokulu veya Adalet Bölümü, 76 Üniversitede ise Hukuk Fakültesi bulunmaktadır. Bazı bölümlerde birden fazla yüksekokul bünyesinde adalet programı açıldığından sayı görünenden de fazla tahminen 100 civarındadır. Bkz. <https://www.osym.gov.tr/TR,15240/2018-yuksekokretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html>, 07.06.2019.

<sup>6</sup> AYDIN vd., (2013), s. 34; AYDIN vd., (2016), s. 106; UZUNBACAK vd. s. 43-44.

<sup>7</sup> 2547 sayılı Kanun, Md.3/ü (1) Örgün Eğitim: Öğrencilerin, eğitim - öğretim süresince ders ve uygulamalara devam etme zorunluluğunda oldukları bir eğitim - öğretim türüdür.

<sup>8</sup> 2547 sayılı Kanun, Md.3/ü (3) Dışarıdan Eğitim (Ekstern Eğitim): Yükseköğretimin belirli dallarında, devam zorunluluğu olmaksızın sadece yarı yıl içi ve sonu sınavlarına katılma zorunluluğu bulunan bir eğitim - öğretim türüdür. Bu eğitimi izleyen öğrenciler ortak zorunlu dersler ile gerekli görülen bazı dersleri, ilgili yükseköğretim kurumlarınca mesai saatleri dışındaki uygun saatlerde düzenlenecek derslerde alırlar.

<sup>9</sup> Lise ve dengi okul mezunu olan; yazı işleri müdürü, idari işler müdürü, icra müdür ve müdür yardımcısı, zabıt katibi, emanet memuru, mübaşir, cezaevi 1. ve 2. müdürü ile idare memuru, infaz koruma baş memuru ve infaz koruma memurları.

<sup>10</sup> <http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2006/mayo6/acikogilan/acikog%5CE%C4%9E%C4%B0T%C4%BM%20DUYURU.doc>, 23.04.2018.

<sup>11</sup> 2547 sayılı Kanun, Md.3/ü (2) Açık Eğitim: Öğrencilere radyo, televizyon ve eğitim araçları vasıtasıyla yapılan bir eğitim - öğretim türüdür.

<sup>12</sup> Açık eğitim yöntemi, toplumdaki açıköğretim olarak bilinmektedir.

uygulanmaya başlamıştır. 2009-2010-2011 yıllarında Açıköğretim (Anadolu Üniversitesi-Atatürk Üniversitesi) programlarında şart ve kontenjan sınırlaması olmadığı için 140 barajını aşan herkesin kayıt olabileceği sınırsız kontenjanlı<sup>13</sup> bir hale dönüşmüştür. Yine bir yükseköğretim eğitim türü olan uzaktan eğitim<sup>14</sup> yönteminin de adalet alanında uygulaması mevcuttur. Tablo- 1'de görüleceği üzere 2018 yılında dört öğretim yöntemine göre eğitim yapan kurumlara toplamda 16.843 öğrenci kontenjanı verilmiştir.

**TABLO 1: 2018 YILI KONTENJANLAR**

	I.Öğretim	II. Öğretim	Uzaktan Eğitim	Açıköğretim
■ Devlet	3660	1497	3794	4500
■ Vakıf	2616	776	0	0
■ TOPLAM	6276	2273	3794	4500

Kaynak : <https://www.osym.gov.tr/TR,15240/2018-yuksekokretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html>, 07.06.2019.

Başlangıçta az sayıda okula, sınırlı kontenjanla öğrenci alımı yapıyor olması nedeniyle adalet önlisans mezunu sayısı da oldukça düşüktü. Ancak artan okul sayısı ve kontenjanlara bağlı olarak mezun sayısında ciddi artış olsa da Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nün merkez ve taşra teşkilatında

<sup>13</sup> 2012-2013 eğitim öğretim yılında örgün öğretim, uzaktan eğitim ile açıköğretim adalet bölümüne kayıt yaptıran öğrenci sayısı (sınavsız ikinci üniversite adalet okuyanlar hariç) toplamda 41853 kadar yükselmiştir. Bu sayının 39188'ini açıköğretim programına kayıt yaptıran öğrenciler oluşturmuştur. 2013 yılından itibaren açıköğretim kontenjanlarına kademeli düşüş uygulanmaktadır.

<sup>14</sup> Uzaktan Eğitim, zamandan ve mekandan tamamen bağımsız bir şekilde öğrencinin ve öğretim üyesinin kampüse gelme zorunluluğu olmaksızın mevcut var olan bilgisayar teknolojileri vasıtası ile tamamen sanal ortamda canlı, görüntülü, sesli olarak derslerin işlendiği, katılımcının istediği zaman bunları tekrar izleyebileceği görüntüleyebileceği bir eğitim-öğretim türüdür. <http://uzem.cbu.edu.tr/tr/uzaktan-egitim-nedir>, 23.04.2018.

görevlendirilmek üzere 2011, 2012 ve 2013 yıllarında istihdam edilen 10.568 zabıt katibi ile 1.809 mübaşirin hiçbirisinin adalet bölümü mezunu olmamasından da anlaşılacağı üzere, mezunların alanda istihdamı açısından bunu söylemek mümkün değildir.<sup>15</sup> İstihdamla ilgili tüm kurumlardan istenen bilgilere verilen cevaplara dayanılarak Aydın vd.'nin (2013) Adalet Hizmetlerinin Sunumunda Daha Yetkin Bir Ara Eleman İstihdamı Önerisi: Adalet Hizmetleri Uzmanlık Sınavı (AHMUS) isimli bildiri den yararlanılarak hazırlanan tablo-2'den de anlaşılacağı üzere mezunların istihdamı sorunu ilgili tüm kurumların temel problemidir.

---

<sup>15</sup> AYDIN vd., (2013), s. 50-51, 60.

**Tablo-2: Adalet Meslek Yüksekokulu/Adalet Bölümü Mezunlarının İstihdam Oranı Bilgileri  
(Mayıs 2013 itibariyle)**

İSTİHDAM EDİLEN KURUM	İSTİHDAM EDİLEN PERSONELİN ÜNVANI	İSTİHDAM EDİLEN PERSONEL SAYISI	İSTİHDAM EDİLEN ADALET MEZUNU SAYISI	İSTİHDAM ORANI (%)
Adalet Bakanlığı Genel Müdürlüğü	Personel Yazı İşleri Müdürü, Şef, Zabıt Katibi, Bilgisayar İşletmeni, Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni, Memur, Emanet Memuru, Mübaşir	37403	3802	% 10,16
Adalet Bakanlığı Tevkif Evleri Genel Müdürlüğü	Ceza ve İdare Memuru, İnfaz Koruma Memuru, İnfaz Koruma Baş Memuru, Ceza İnfaz Kurumu Katibi	36144	1322	% 3,7
Adalet Bakanlığı İcra ve İflas Hizmetleri Daire Başkanlığı	İcra Müdürü İcra Müdür Yardımcısı	2631	1177	% 44,6
Yargıtay Başkanlığı	Yazı İşleri Müdürü, Şef, Katip, Memur, Bilgisayar İşletmeni, Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	909	114	% 12,5
Danıştay Başkanlığı	Yazı İşleri Müdürü, Memur	353	32	% 9,1
Türkiye Adalet Akademisi	Memur, Bilgisayar İşletmeni, Sekreter, Veri Hazırlama ve Kontrol İşletmeni	18	3	% 16,6
HSK(2011 yılından itibaren Mayıs 2013'e kadar)	Şef, Bilgisayar İşletmeni, Veri hazırlama ve Kontrol İşletmeni	173	79	% 45,6
SGK	İcra Memuru	330	330	% 100

Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı ise, 2016 yılında istihdam edilen veri hazırlama ve kontrol işletmeni kadrosuna müracaat edeceklerin yükseköğretim kurumlarının büro yönetimi, büro yönetimi ve sekreterlik, büro yönetimi ve yönetici asistanlığı, sekreterlik, ofis teknolojileri ve yönetimi, büro hizmetleri ve yönetici asistanlığı önlisans programlarından mezunu olması şartını

aradığından klavye kullanma, büro yönetimi ve adli tıp dersi olarak mezun olan adalet mezunlarının bu kurumda istihdam edilmesi mümkün değildi.<sup>16</sup> Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın Şubat 2018 personel alım ilanında ise veri hazırlama ve kontrol işletmeni kadrosunda istihdam edilebilmek için, adalet meslek eğitimi, adalet önlisans programından veya adalet meslek yüksekokullarından, tıbbi dokümantasyon ve sekreterlik, büro yönetimi, büro yönetimi ve sekreterlik, büro yönetimi ve yönetici asistanlığı, sekreterlik, ofis teknolojileri ve yönetimi, büro hizmetleri ve yöneticiliği asistanlığı önlisans programlarının birinden mezun olmak şartını getirdiğinden sorun kısmen çözümlenmiştir.<sup>17</sup> Ancak halen istenen düzeyde değildir.

İstihdama ilişkin durumun vehametinin farkına varan adalet önlisans mezunları, lisans mezunu olduklarında daha kolay iş bulabileceği düşüncesi, prestij sahibi olma, askerlik hizmetinin tecili, sosyal çevrenin baskısı gibi nedenlerle lisans öğretimine devam etmek istemekte ve dikey geçişe yönelmektedirler. ÖSYM'nin yapmış olduğu merkezi sınav ile hukuk fakültesine yerleşmeyi arzu eden ancak yerleşemeyen öğrenciler, adalet önlisans programını hukuk lisans programına geçişte bir basamak olarak görmektedirler. Bu öğrenciler için de dikey geçiş sınavı, birincil amaç olarak değerlendirilmektedir.<sup>18</sup> Dolayısıyla geçmişten günümüze lisans tamamlama ve dikey geçiş ile ilgili uygulanmış/uygulanmakta olan mevzuat çerçevesinde adalet önlisans mezunlarının lisans tamamlama/dikey geçiş başvuru/yerleşme kriterleri ile mezunların yerleşebildikleri bölüm/programlar ve karşılaşılan sorunlar aşağıda belirtilmiştir.

## 2. Lisans Tamamlama ve Dikey Geçiş ile İlgili Mevzuat

<sup>16</sup> <https://ilan.memurlar.net/ilan/36551/adli-tip-kurumu-personel-alim-ilani.html>, 25.04.2018.

<sup>17</sup> <http://www.atk.gov.tr/haber12.02.18.html>, 25.04.2018.

<sup>18</sup> DÜNDAR, Behcet ve BİÇAKÇI, Celal, "Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Dikey Geçiş Sınavına Bakışı: Osmaniye Meslek Yüksekokulu Örneği", 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum, Cilt: 6, Sayı: 16 (Bahar 2017), s. 237, 239.



“Meslek Yüksekokulları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkındaki Yönetmelik”<sup>19</sup> gereğince adalet önlisans programı mezunlarının lisans programına devam edebilmesi için a. Öğrencinin ağırlıklı not ortalamasının en az 70 olması, mezun olduğu yıl programdan mezun olanlar arasında, ilk % 10’a girmiş olması şartı aranmaktaydı. Belirtilen şartları sağlayan ve üniversitede ilan edilmiş kontenjanlara müracaat eden mezunlar, % 10’a giriş derecelerine göre sıralanarak lisans programına yerleştirilmekteydiler. Bu düzenleme ile yetenekli ve başarılı adalet mezunu öğrenciler mezun oldukları yerdeki hukuk fakültelerine yerleşme şansına sahipti. Bu uygulama öğrencilerin mezun oldukları üniversitede, alıştıkları sosyal çevreyi değiştirmeden lisans eğitimine devam etmesine imkan sağladığı kadar, lisans programına geçiş nedeniyle yapılan ders intibakı sorunlarını da azaltıcı mahiyettedir.<sup>20</sup> Ancak “Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimlerine Devamları Hakkında Yönetmelik”<sup>21</sup> ile mülgadır.

Yükseköğretim Kurulu Başkanlığı’nın çıkarmış olduğu bu yönetmelik ile adalet mezunu olan öğrencilerin tablo 3’de belirtilen örgün eğitim hukuk veya kamu yönetimi lisans programına devam edebilmeleri ÖSYM tarafından yapılan DGS’ne<sup>22</sup> girmeleri ve sınav sonucuna göre yerleştirilmeleri halinde mümkün kılınmıştır.<sup>23</sup> Bu düzenleme ile DGS sınavına başvuru için en çok beş yıl önce mezun olmak ya da staj hariç mezun olabilecek konumda olmak şartı getirilmişti. Ayrıca sınava en çok 3 kez

<sup>19</sup> R.G. 28.04.1983/18031

<sup>20</sup> GÜNAY ve ÖZER, s. 10-11.

<sup>21</sup> R.G. 15.10.1999/ 23847

<sup>22</sup> İlk kez 2000 yılında dikey geçiş sınavı yapılmıştır.

<sup>23</sup> HACIMUSTAFAOĞLU, Ramazan- ELÇİ, Hakan- ŞENTÜRK, Murat, “Dikey Geçiş Sınavının (DGS) Mesleki Eğitim Üzerine Etkileri: Doğaltaş Sektörü Örneği”, Mesleki Bilimler Dergisi, Cilt: 7, Sayı: 1, (Mart 2018), s. 20-21; DEMİRAĞ, Enes Yılmaz ve TEMİZ, Enes, “Adalet Meslek Yüksekokullarından Hukuk Fakültelerine Dikey Geçiş Sınavıyla Yerleşen Öğrenci Sayılarının 900 Kod açısından İstatistikî Değerlendirmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişiminde Yeni Eğilimler- Bildiri Kitabı, (17-18 Mayıs 2016), Isparta, s. 209; DÜNDAR, Behcet ve BİÇAKÇI, Celal, “Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Dikey Geçiş Sınavına Bakışı: Osmaniye Meslek Yüksekokulu Örneği”, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum, Cilt: 6, Sayı: 16, (Bahar 2017), s. 237, 239.

girebilmesi yönünde kısıt bulunmaktaydı. Örgün lisans programına geçiş yapmak isteyen adaylar, başvuru esnasında sekiz tercih yaparak, sınav ve okul başarıları sonucunda elde ettikleri yerleşme puanları ve lisans programlarının kontenjan ve koşulları göz önüne alınarak tercih sıralamasına göre yerleştirilmekteydiler.

Tablo-3: *Dikey Geçiş Sınavına Girerek Örgün Lisans Programlarına Devam Edilebilecek Bölümler*

Önlisans Mezuniyet Alanı	Lisans Programları
Adalet	Hukuk Fakültesi
Adalet Meslek Yüksekokulu	Kamu Yönetimi
Adalet Yüksekokulu	
Adalet Yüksekokulu (A örgün)	
Adalet Yüksekokulu (B ekstern)	

Hukuk fakültesine ve kamu yönetimi örgün eğitime geçiş yapabilen adalet önlisans mezunları 2004 DGS kılavuzunda kamu yönetimine örgün geçiş kaldırılmış olduğundan sadece hukuk fakültesine geçebilir duruma gelmişlerdir. Bu durum halen devam etmektedir<sup>24</sup>.

Adayların kendi alanlarındaki açıköğretim lisans programlarına devam etmek istemeleri durumunda ise DGS sınavına girmeleri gerekmemekte ilgili yükseköğretim kurumuna müracaat ederek doğrudan kayıt yaptıırma hakları bulunmaktaydı.

Adalet önlisans mezunlarının DGS sınavına girmeksizin alanı ile ilgili olduğu kabul edilen ve fark dersi olarak açıköğretimden lisans tamamlama yapabileceği bölümler ise tablo 4’de belirtildiği gibi iktisat, işletme ve kamu yönetimi olarak belirlenmişti.

Tablo-4: *Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Hazırlık Programına Kayıt Yaptırabilecekleri Açıköğretim Lisans Programları*

Önlisans Mezuniyet Alanı	Açıköğretim Lisans Programları
--------------------------	--------------------------------

<sup>24</sup> <http://www.osym.gov.tr/Eklenti/3010.tablo-3pdf.pdf?0>, 23.04.2018.

Adalet  
Adalet Meslek Yüksekokulu  
Adalet Yüksekokulu  
Adalet Yüksekokulu (A örgün)  
Adalet Yüksekokulu (B ekstem)

İktisat  
İşletme  
Kamu Yönetimi

Kaynak: <http://www.osym.gov.tr/Eklenti/3002,2005dgskilavuztumpdf.pdf?0>,  
24.04.2018.

Bahsi geçen yönetmelik ise 19.02.2002 tarihli “Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğretimine Devamları Hakkında Yönetmelik”<sup>25</sup> ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükteki bu yönetmelikte örgün eğitim programlarına dikey geçiş için aranan temel şartlar ile açıköğretim programları için doğrudan kayıt hakkı aynen korunmuştu. Ancak en geç 5 yıl önce mezun olma ve sınava en çok 3 kez girebilme kısıtları 16.12.2007 tarihli ve 26732 sayılı resmi gazetede yayınlanan yönetmelik değişikliği gereği 2008 yılından<sup>26</sup> itibaren uygulamadan kaldırılmıştır. DGS'ye girmeden sınavsız olarak doğrudan açıköğretim lisans programlarına kayıt yaptırabilmelerine ilişkin düzenleme ise 2016 yılında kaldırılmıştır.<sup>27</sup> Yapılan değişiklikler sonucu gerek örgün gerekse Açıköğretim sistemi lisans programları devam etmek isteyenler DGS sınavına girmek zorunda olup, DGS tercih kılavuzunda belirtilen 3 ayrı kategoriye göre belirlenen bölüm ve dallar arasında dikey geçiş yapabilmektedirler.

DGS tercih kılavuzunda kategoriler (1) Önlisans mezuniyet alanlarına göre dikey geçiş yapılabilecek lisans programları, (2) Anadolu Üniversitesi açıköğretim, iktisat ve işletme fakülteleri lisans programlarının 5. yarıyılına fark dersler almadan kayıt yapabilecek önlisans programları, (3) Anadolu Üniversitesi açıköğretim, iktisat

<sup>25</sup> R.G. 19.02.2002/24676

<sup>26</sup> <http://www.osym.gov.tr/Eklenti/2992,dgs2008kilavuzpdf.pdf?0>, 23.04.2018.

<sup>27</sup> <http://www.ensonhaber.com/acikogretime-kayit-icin-dgsye-girme-sarti-getirildi-2016-06-09.html>,  
23.04.2018

ve işletme fakülteleri lisans programlarının 5. yarıyılına fark dersler olarak kayıt yapabilecek önlisans programları olarak ayrıştırılmıştır.

2016 yılından itibaren adalet mezunlarının DGS sınavı ile tercih kılavuzunda belirtilen 3 ayrı kategoriye göre geçiş yapabileceği örgün eğitim ve açıköğretim lisans programları tablo-5'de görüldüğü gibidir.

Tablo- 5: Dikey Geçiş Sınavı İle Geçiş Yapılabilecek Lisans Programları

Geçiş Yapılabilecek Kategori	Önlisans Mezuniyet Alanı	Tercih Yapılabilecek Lisans Programları
Önlisans Mezuniyet Alanlarına Göre Dikey Geçiş Yapılabilecek (Örgün Eğitim) Lisans Programları	Adalet / Adalet (AÖF) Adalet Meslek Eğitimi (AÖF) Adalet Meslek Yüksekokulu	Hukuk
Anadolu Üniversitesi Açıköğretim İktisat ve İşletme Fakülteleri Lisans Programlarının 5. Yarıyılına Fark Dersler Almadan Kayıt Yapabilecek Önlisans Programları	Adalet Adalet Meslek Eğitimi (MEÖP) (AÖF) Adalet Meslek Yüksekokulu Adalet Yüksekokulu Adalet Yüksekokulu (A Örgün) Adalet Yüksekokulu (B Ekstern)	Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri İktisat Kamu Yönetimi Maliye Uluslararası İlişkiler İşletme Konaklama İşletmeciliği
Anadolu Üniversitesi Açıköğretim, İktisat ve İşletme Fakülteleri Lisans Programlarının 5. Yarıyılına Fark Dersler Ararak Kayıt Yapabilecek Önlisans Programları		Halkla İlişkiler ve Reklamcılık

Kaynak: 2018 DGS Tercih Kılavuzu ve Tablolar Kılavuzu, [https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2\\_06092018.pdf](https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2_06092018.pdf), 07.06.2019.

Adalet önlisans mezunları DGS ile (1) nolu kategori olarak örgün eğitimde sadece hukuk fakültesine yerleşebilmektedirler. Mezunların örgün öğretim kamu yönetimi bölümüne geçiş hakkı yine bulunmamaktadır. Mezunlar, (2) nolu

kategoride Anadolu Üniversitesi açıköğretim lisans programlarından kamu yönetimi, çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri, iktisat, işletme, maliye, uluslararası ilişkiler ve konaklama işletmeciliği bölümlerine fark dersleri almaksızın; (3) nolu kategoride ise halkla ilişkiler ve reklamcılık bölümüne fark dersleri alarak lisansa devam etmek üzere yerleştirilmektedirler.

### 3. Adalet Alanı Önlisans Mezunlarının Lisans Tamamlama ve Dikey Geçiş Sınavı ile İlgili Sorunları

Adalet önlisans mezunlarının DGS ile yerleşebildikleri bölümlere ilişkin bilgiler yukarıda belirtildiği gibi olup, bu sınav adalet mezunları açısından bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Sorunlar, (1) adalet açıköğretim mezunlarının örgün eğitim mezunları karşısında dikey geçiş sınavındaki üstünlüğü ve (2) dikey geçiş yapılabilen bölümler açısından değerlendirilebilir.

#### 3.a. Adalet Açıköğretim Mezunlarının Örgün Eğitim Mezunları Karşısında Dikey Geçiş Sınavındaki Üstünlüğü

Günümüzde adalet önlisans eğitimi, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 3. maddesinde düzenlenen üç farklı eğitim yöntemiyle verilmektedir. 2547 sayılı kanununun 12. maddesinin (d) ve 43. maddenin (c) fıkrasına göre hazırlanan Açık Yükseköğretim Yönetmeliği" nin 13. maddesinde "*Açıköğretim öğrencileri ile aynı öğretim programına göre örgün öğretim öğrencileri arasında öğrenci hakları bakımından fark bulunmadığı gibi her iki yoldan mezun olanlar eşit hak ve yetkilere sahip olurlar*" hükmü yer almaktadır. Yönetmelikle açıköğretim veya örgün öğretim okuyan öğrencilerin sadece eğitim yönteminde farklılık bulunduğu, öğrencilere sağladığı öğrencilik hakları bakımından eşitlik olduğu açıkça belirtmekle yetinilmemiş bu durum Başbakanlığın 3.3.1987 tarih ve 1987/5 sayılı genelgesi ile Açık Yükseköğretim Yönetmeliğine göre açıköğretimden mezun olanların örgün öğretimden mezun olanlarla başvurabilecekleri alanların aynı olduğu ve açıköğretim mezunlarının, kamu kurum ve kuruluşlarında açılmış ve açılacak olan sınavlarda örgün eğitim mezunları ile eşdeğer tutularak sınavlara kabul edilmeleri gerektiği, bu

düzenlemelere rağmen herhangi bir ayrımcılığın yapılmasının Anayasa'nın eşitlik ilkesine de aykırı olacağına tüm kamu kurum ve kuruluşlarına bildirilmesi ile de pekiştirilmiştir. 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda Uzaktan eğitim de bir yükseköğretim türleri arasında sayıldığından söz konusu açıklamalar uzaktan eğitim öğrencileri/mezunları içinde geçerli sayılmaktadır. Bahsi geçen yönetmelik ve genelge doğrultusunda örgün eğitim, açıköğretim ve uzaktan öğretim yöntemi ile adalet önlisans eğitimi alanlar dikey geçişte de eşit hakka sahiptirler.

Başlangıçta *Mesleki Öğrenme Projesi (MEÖP)* kapsamında sadece yargı hizmetlerinde çalışanlara yönelik uygulamaya konulan ve sınırlı kontenjanı bulunan açıköğretim adalet programının genele yayılmasında ve kontenjanlarının artmasında DGS ile hukuk fakültesine yerleşmek için yükseköğretim adalet önlisans programını basamak olarak görenlerin -özellikle matematikçilerin ve sağlıkçıların- sayıca fazlalığı etkilidir. Artan kontenjanlar, gerek istihdam açısından gerekse dikey geçiş açısından sorunları ve eleştirileri de beraberinde getirmiştir<sup>28</sup>. Yapılan eleştiriler ağırlıklı olarak;

- 1- “Örgün eğitim ile açıköğretim veya uzaktan öğretim programlarında okuyan öğrenciler mezuniyetlerinde eşit şartlara tabi oldukları halde okullara yerleştirilmelerinde eşit olmamaları.”
- 2- Önlisans başarı puanını etkilemesi açısından “derslerin ağırlığı, sınavlarının yapılış yöntemi ve değerlendirmesi”,
- 3- “Dikey Geçiş Sınava hazırlık aşamasının eşit olmadığı” üzerinde toplanmıştır.

Adalet önlisans mezunlarının DGS'deki mağduriyetleri ile ilgili Türkiye Büyük Millet Meclisi Kamu Denetçiliği Kurumu'na (Ombudsmanlık) yukarıda belirtilen eleştirilere dayanılarak 2016/4666 nolu başvuruda bulunulmuştur. Gerek yapılan eleştiriler gerekse yapılan başvuru sonucu Kamu Denetçiliği Kurumu'nun vermiş olduğu, 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 sayılı tavsiye kararı

---

<sup>28</sup> AYDIN vd., (2013), s. 47; Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2017/04/2016-4666-Adalet-Meslek-Y%C3%BCKsekokulu-Mezunlar%C4%B1n%C4%B1n-Dikey-Ge%C3%A7i%C5%9F-S%C4%B1nav%C4%B1ndaki-Ma%C4%9Fduriyetleri-Hakk%C4%B1nda.pdf>, 29.04.2018.

doğrultusunda bir takım iyileştirmeler yapılmaya başlanmıştır. Birinci eleştiri, sınırlı kontenjanı olması nedeniyle örgün eğitim programlarına öğrenciler çok yüksek puanla yerleştikleri halde sınırsız kontenjan verilmesi nedeniyle açıköğretime öğrencilerin çok düşük puanla yerleştikleri temeline dayanmaktadır. Dönemin şartlarında eleştirinin haklılık payı olsa da bu eleştirinin etkileri hala daha devam etse de 2012 yılında 50.000 ile sınırlandırılan açıköğretim kontenjanlarında 2013 yılından itibaren kademeli düşüş uygulanmıştır. Günümüzde bu eleştirinin geçerliliği kısmen azalmıştır.

Önlisans başarı puanını etkilemesi açısından uzaktan eğitim yöntemine getirilen eleştiri, sınavların test usulü olması ve test usulü yapılan sınavlarda sadece doğru cevapların değerlendirmeye alınması, vize sınavlarının internet ortamında yapılması, yüz yüze yapılmaması nedeniyle sınavı öğrencinin kendisinin mi yoksa yerine başka birinin mi tamamladığının belirlenmesinin mümkün olmaması, dersin başarı notunun belirlenmesinde vize sınav sonuçlarının da dikkate alınması nedeniyle önlisans başarı puanını etkilediği yönündedir.<sup>29</sup> 2016-2017 eğitim öğretim yılından itibaren uzaktan eğitim vize sınavları yüz yüze yapılmaya başlamış olup, eleştiri ortadan kalkmıştır.

Önlisans başarı puanını etkilemesi açısından açıköğretim programına yöneltilen eleştiriler, örgün eğitimde uygulanan müfredatta ders sayısının fazla olduğu, klavye dersinin olması, öğrencilerin bu derse ayrıca zaman ayırmak zorunda kalması, sınavların uygulamaya yönelik olarak yapılması, zorunlu staj uygulamasının bulunması nedeniyle öğrencinin düşük diploma notu ile mezun oldukları bu nedenle DGS'de önlisans başarı puanı alarak yerleştirmeye tabi tutuldukları bu nedenle dezavantajlı oldukları ancak açıköğretim de daha az sayıda ders olduğu, klavye dersi olmadığından ayrıca bu ders için zaman ayırmak zorunda kalmadıkları, zorunlu staj uygulaması bulunmadığı sınavlarının test olduğu, sınavda yanlış cevaplar dikkate alınmadan değerlendirilme yapıldığı, geçmiş yıl sınav sorularına kolayca

<sup>29</sup> AYDIN vd., (2013), s. 47.

ulaşılabilirdiği ve sınavların çıkmış sorular üzerinden yapıldığı bu nedenle dersleri kolaylıkla ve yüksek notla geçtikleri, buna bağlı olarak yüksek diploma notuyla DGS'de avantaj sağladıkları gerekçelerine dayanmaktadır. Yükseköğretim Kurulu, Kamu Denetçiliği Kurumu'na hitaben verdiği cevabî yazıda eleştirilerin haklı olduğunu "2012 yılında adayların DGS yerleştirme puanlarının hesaplanmasında testlerden aldıkları standart puanlar yanında ağırlıklandırılmış önlisans başarı puanı (AÖBP) yerine sadece diploma notlarının baz alındığı önlisans başarı puanı (ÖBP) hesabına geçildiği, örgün eğitim yapanların zor bir eğitim sürecinden geçtiği, ders çeşitleri fazla ve ders içerikleri ağır olan ve sınavların açık uçlu yapıldığı örgün adalet programlarında bölüm birincilerinin dahi ancak 2.6-2.9 ile mezun olup 80 üzerinden 50-55 ÖBP alırken; ders sayıları daha az ve ders içerikleri görece hafif olan ve sınavları çoktan seçmeli yapılan AÖF adalet programında yüzlerce adayın 4.00 diploma notu ile mezun olup 80 tam ÖBP puanına sahip olduğu, DGS'nin başka hiçbir programında görülmeyen bu yığılma ile örgün adalet programlarında okuyan adayların, hukuk fakültesine geçiş yapabilmek için açıköğretim sisteminde kolaylıkla yüksek ortalama tutturarak adaylarla rekabet etmek zorunda kaldığı"<sup>30</sup> ifadelerine yer vererek açıkça kabul ettiği gibi DGS'de önlisans başarı puanının yerleşmeyi nasıl etkilediğini de açıklamıştır.

Açıköğretim ve uzaktan eğitim sisteminde 2016-2017 eğitim öğretim yılından itibaren çoktan seçmeli yapılan sınavların değerlendirilmesinde dört yanlışın bir doğruyu götürmesi kuralı getirilmiştir. Böylece sınavların değerlendirilmesindeki eşitsizlik bertaraf edilemese de azaltılmıştır. Ancak müfredattaki ders sayısının denk olmaması, zorunlu klavye dersi (AÖF büro yönetimi bölümü için mevcut) ve staj (AÖF sosyal hizmet bölümü için mevcut) uygulaması bulunmaması, uygulamaya yönelik açık uçlu, yorum gerektiren, cevabın konuyla ilgili ve doğru olmasının arandığı klasik sınav uygulanmadığı eleştirileri halen mevcudiyetini korumaktadır.

---

<sup>30</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu'nun 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 sayılı Tavsiye Kararı; METE, Muammer Enes, "Adalet Meslek Yüksekokullarının (Açıköğretim, Uzaktan ve Örgün Eğitim) Değerlendirmesi", Süleyman Demirel Üniversitesi, 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişmesinde Yeni Eğilimler-, Bildiri Kitabı, 17-18 Mayıs 2016, Isparta, s. 172.



“Dikey Geçiş Sınavına hazırlık aşamasının eşit olmadığı” yönündeki üçüncü eleştiri, örgün eğitimde okuyan öğrencilerin örgün eğitimde derslere devam zorunluluğu olduğu, bu nedenle ailelerinden farklı illerde okumak zorunda kalabildikleri, örgün öğretimde klavye dersinin zorunlu olması ve zorunlu staj uygulaması nedeniyle dezavantajlı oldukları üzerinedir. Devam zorunluluğu, zorunlu staj uygulaması ve klavye dersi olmadığı için gerek uzaktan eğitim gerekse açıköğretim öğrencilerinin ailelerinin yanında okuma imkanı bulunduğu, barınma ve beslenme vb. ihtiyaçlarına ekstra masraf etmedikleri ve bunlar için zaman harcamadıkları, bu kalemlere yapacakları masrafı ve zamanı dikey geçiş hazırlığına aktardıkları dolayısıyla DGS’ye hazırlık aşamasında daha uygun ortama sahip olduklarından örgün eğitim okuyan öğrencilere göre daha avantajlı konuma geçtikleri görülmektedir.<sup>31</sup> Açıköğretim ve uzaktan eğitim mezunlarının dikey geçişteki başarılarını etkileyen bu haklı eleştiri hala mevcuttur.

2000 yılından beri (2014 yılı hariç) açıköğretim, örgün eğitim ve uzaktan eğitim mezun öğrencileri DGS’de fark gözetilmeksizin aynı şartlara tabi tutularak, aynı kontenjanlara başvuru yapmışlardır. Yerleşme, müfredat ve yükseköğretim türündeki farklılıkların yarattığı ve eleştiri konusu olan problemler göz önüne alınarak, Kamu Denetçiliği Kurumu tavsiye kararında yer alan Yükseköğretim Kurumu’nun 14.08.2014 tarihli ve 48983 sayılı cevabi yazısı doğrultusunda<sup>32</sup> dikey geçiş sisteminin tekrar rasyonel sınırlar içinde işleminin sağlanması amacıyla 2014 yılı DGS’de “900 kod uygulaması”<sup>33</sup> olarak nitelendirilen kontenjan ayrımı yapılmıştır.

Yükseköğretim Kurulu (YÖK) kararları doğrultusunda hazırlanan 2014-DGS Kılavuzunun, “Tablo-1’de Yer Alan Yükseköğretim Lisans Programlarının Koşul ve Açıklamaları” başlıklı kısmında yer alan “Bk. 900” kod nolu açıklamada “*Bu programı,*

<sup>31</sup> METE, s. 172.

<sup>32</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 sayılı Tavsiye Kararı.

<sup>33</sup> Yükseköğretim Kurulu (YÖK) kararları doğrultusunda hazırlanan 2014-Dikey Geçiş Sınavı Kılavuzunun, “Tablo-1’de Yer Alan Yükseköğretim Lisans Programlarının Koşul ve Açıklamaları” başlıklı kısmında yer alan “Bk. 900” kod nolu açıklama nedeniyle bu adla anılmaktadır.

*örgün/uzaktan eğitim adalet önlisans programından mezun olanlar/mezun olacaklar tercih edebileceklerdir. Açıköğretim adalet önlisans programı ile adalet meslek eğitimi önlisans programından mezun olanlar/mezun olacaklar (Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Adalet (Açıköğretim) ile Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Adalet Meslek Eğitimi Önlisans Programı ve Atatürk Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Adalet (Açıköğretim)) tercih edemezler. Tercih edip yerleştirilseler bile ilgili Üniversite tarafından programa kayıtları yapılmaz.”* ifadelerine yer verilmiştir.<sup>34</sup> Bu hükümden anlaşıldığı üzere 2014 yılında örgün eğitim ve uzaktan eğitim mezunları için ayrı kontenjan belirlenmiş ve bunların hem kendileri için ayrılan kontenjana hem de açıköğretim için ayrılan kontenjana yerleşmek için başvuru yapabilmesine imkan tanınmış ancak açıköğretim mezunlarının sadece kendileri için ayrılan kontenjana başvurabilmesi yönünde sınırlama getirilmiştir.

900 kod uygulamasının iptali ve yürütmesinin durdurulması için yargıya başvurulmuş, Danıştay 8. Dairesinin 17.07.2014 sayılı ve E.2014/5384 sayılı kararı ile yürütmeyi durdurma isteminin reddine karar verilmiştir. Verilen karara itiraz edilmesi üzerine Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu 29.01.2015 tarihli ve 2014/920 sayılı kararı ile itirazı kabul etmiştir. Bunun üzerine Danıştay 8. Dairesi, 2547 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (d) ve 43. maddenin (c) fıkrasına göre hazırlanan Açık Yükseköğretim Yönetmeliği'nin 13. maddesi hükmünü gerekçe göstererek daha önce vermiş olduğu yürütmeyi durdurmanın reddi kararını kaldırarak önce 900 kod uygulamasının yürürlüğünü durdurmuş, 11.09.2015 tarihli E.2014/11474, K.2015/7076 sayılı kararı ile de 900 kod uygulaması iptal edilmiştir. 2014 yılı dikey geçiş kontenjanları ile DGS puanlarına göre 2015 yılında açıköğretim mezunları için yeniden yerleştirme işlemi yapılmıştır.<sup>35</sup>

Eleştiri konusu olan eşitsizliklere rağmen geçmiş dönemlerde açıköğretim sistemine yerleşmiş ve mezun olmuş öğrencilerin kazanılmış haklarının bulunması

<sup>34</sup> <https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2014//DGS/TABLO1Kosullar23052014.pdf>, 23.04.2018.

<sup>35</sup> <http://www.osym.gov.tr/TR,4723/2014-dgs-kilavuzu-900-kosul-ile-ilgili-olarak-danistay-idari-dava-daireleri-kurulunun-yurutmeyi-durdurma-kararinin-uygulanmasi-24062015.html>, 29.04.2018.

nedeniyle DGS'de adalet açıköğretim mezunlarının örgün eğitim mezunları karşısında üstünlükleri doğmaktadır.

Her ne kadar örgün eğitim öğrencilerinin DGS'deki dezavantajlarını gidermek ve sınavın rasyonel sınırlar içinde işleminin sağlanması amacıyla 900 kod uygulaması konulmuş ise de bu uygulamanın yargı kararları ile iptal edilmiş olması açıköğretim öğrencilerinin dikey geçişteki üstünlüğünü pekiştirmiştir. Nitekim tablo 7'de bu üstünlük açıkça görülmektedir.

Tablo - 7: DGS Sınavına Giren Öğrencilerin Öğretim Türüne Göre Yerleşme Bilgileri

Yıllar	Açıköğretim Yerleşen Sayısı	Örgün Öğretim Yerleşen Sayısı	Açıköğretim Yerleşme Oranı	Örgün Öğretim Yerleşme Oranı
2011	207	260	%44,3	%55,7
2012	629	222	%73,9	%26,1
2013	808	157	% 83,7	% 16,3
2014	1114	366	% 75,3	% 24,7
2015	622	58	% 92,8	% 7,2
2016	1006	115	% 90	% 10

2011-2016 yılları arasında DGS'ye başvuran ve bir lisans programına yerleşen aday sayılarının mezun olunan program türüne göre yapılan incelemede AÖF dışındaki lisans programları için açılan kontenjanların %73'üne MYO, %23'üne AÖF önlisans mezunlarının yerleştiği, kontenjanların % 4'ünün boş kaldığı belirtilmiş<sup>36</sup> olsa da yukarıda ki tablodan da anlaşılacağı üzere Adalet alanı için bunun söylenmesi mümkün değildir.

<sup>36</sup> ÖSYM 2017 DGS Değerlendirme Raporu, Y.2018, s. 27.

2017 DGS raporunda özellikle DGS-EA türlerinde açıköğretim önlisans mezunlarının daha başarılı olduğu belirtilmektedir. Hukuk Fakültesine DGS-EA türünden yerleştirilme yapılmaktadır. Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye kararında yer alan Yükseköğretim Kurumu'nun "AÖF adalet mezunlarının hem lisans mezunu olmaları hem de bu denli yüksek diploma notlarına sahip olmalarından dolayı 2012 yılından bu yana DGS Eşit Ağırlık sıralı listenin ilk 1000'in neredeyse tamamen AÖF adalet mezunları tarafından oluşturduğu, AÖF adalet mezunlarının önemli bir kısmının esasen başka bir lisans diplomasına da sahip ve başka alanlarda istihdam edilmelerinin zaten mümkün olduğu..." belirtilmiştir. Bu açıklamalar sayısal çıkışlı özellikle matematikçilerin ve sağlıkçıların hukuk fakültesine geçişte adalet bölümünü basamak olarak kullandığı tezimizi teyit eder mahiyettedir.

Günümüzde eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik iyileştirme çalışmaları yapılmış olsa da oldukça yetersizdir. Etkileri hala devam eden önceki yanlış uygulamaların yarattığı eşitsizlik belki de asla giderilemeyecektir. Yükseköğretim Kurulu'nun yine Kamu Denetçiliği Kurumu'na verdiği cevapta "bu koşullar altında hukuk fakültesi kontenjan artışlarının da örgün adalet mezunları için bir anlamı olmadığı, artık örgün bir adalet meslek yüksekokulunda okumanın hiçbir cazibesi kalmadığı gibi buralarda okumak adayların asla gideremeyeceği bir dezavantaja dönüşmeye başladığı" sözlerine yer vermiş olması durumun farkında olduğunun itirafıdır.

Adalet önlisans mezunlarının DGS'deki mağduriyetleri ile Kamu Denetçiliği Kurumu'nun tavsiye kararında "..., başvuranın iddiaları, idarenin konu ile ilgili açıklamaları, ilgili mevzuat, yargı kararları ve tüm dosya kapsamı birlikte değerlendirildiğinde; uygulamada iki programdaki eğitim ve sınav sistemleri birbirinden farklı olduğundan, açıköğretim önlisans mezunlarının, örgün öğretim adalet mezunlarına göre daha yüksek diploma notu ve dolayısıyla daha yüksek Önlisans Başarı Puanı almaları nedeniyle Dikey Geçiş Sınavında avantaj elde ettikleri ve bu suretle lisans programlarına yerleşme hususunda örgün öğretim adalet mezunlarının mağduriyet yaşadığı, adalet meslek yüksekokulu mezunları ile

*açıköğretim adalet önlisans mezunlarının lisans programlarına yerleşme oranlarında eğitim ve öğrenim hakkının özünü zedeleyecek düzeyde orantısızlık olduğu, bu anlamda hukuka ve hakkaniyete aykırılık olduğu anlaşılmıştır.”* diyerek sorunları özetlemiş devamında ise çözüm önerisi getirmiştir. Tavsiye edilen çözüm önerisi, *“Yükseköğretim kurumlarına giriş ve yerleştirme işlemlerinde imkân ve fırsat eşitliğini sağlayacak tedbirleri almakla yükümlü olan Yükseköğretim Kurulunun, eşitlik ilkesinin nispeten gerçekleşmesi ve örgün öğretim adalet mezunlarının hukuk lisans programlarına makul oranda ve sayıda yerleşmelerini teminen; örgün öğretim ve açıköğretim programlarında eğitim ve sınav sistemlerinin denkleştirilmesi, Dikey Geçiş Sınavı yerleştirme puanı hesaplamasında diploma notunun etkisinin azaltılması veya kaldırılması vb. hususlarda gerekli çalışmaları ve düzenlemeleri yapması gerektiği”*dir.<sup>37</sup>

### **3.b. Adalet Önlisans Programı mezunlarının Dikey Geçiş Yapılabilen Bölümler Açısından Sorunları**

2016 yılından itibaren adalet önlisans mezunlarının DGS ile geçiş yapabileceği örgün eğitim ve açıköğretim lisans programları tablo-5’de belirtilmiştir. Eğitimde “Fırsat ve Olanak Eşitliği”ni yok etmesi bağlamında adalet önlisans programı mezunlarının dikey geçiş yapılabilen bölümler açısından sorunları mevcuttur.

Yükseköğretim kurumlarında kamu yönetimi programları kamu yönetimi, siyaset bilimi ve kamu yönetimi, siyaset bilimi, siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler gibi adlarla açılarak eğitim vermektedir. Adalet önlisans mezunlarının örgün kamu yönetimi bölümüne geçiş hakkı bulunmaz iken açıköğretim sistemine fark dersi almaksızın geçiş hakkı bulunmaktadır.

Örgün eğitim gibi bir yükseköğretim eğitim türü olarak düzenlenen açıköğretimin sadece eğitim yönteminde farklılık öngördüğü, sağladığı öğrencilik hakları bakımından örgün eğitime eşdeğer sayıldığına ilişkin düzenlemelere rağmen

<sup>37</sup> Kamu Denetçiliği Kurumu’nun, 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 Sayılı Tavsiye Kararı.

adalet mezunlarının DGS ile başta kamu yönetimi olmak üzere lisans programına yerleştirilmelerinde, eşdeğer sayılan iki öğretim türünden sadece açıköğretime yerleştirilmesi eğitimde fırsat ve olanak eşitliğine aykırı bir durumdur.

DGS sınavı ile adalet mezunlarının yerleşemediği örgün kamu yönetimi, siyaset bilimi ve kamu yönetimi, siyaset bilimi, siyaset bilimi ve uluslararası ilişkiler, uluslararası ilişkiler bölümlerine Avrupa Topluluğu, İnsan Kaynakları, İnsan Kaynakları Yönetimi, Mahalli İdareler, Maliye, Maliye MYO, Gümrük İşletme, Orta Kademe Yöneticilik, Personel, Personel Yönetimi, Polis MYO, Sevk ve İdare, Sosyal Bilimler, Tapu ve Kadastro, Tapu Kadastro, Tapu Kadastro MYO, Yerel Yönetimler mezunları tablo 8’de görüldüğü üzere hem örgün hem de açıköğretim (fark dersi almadan) olarak yerleşmektedirler.

Tablo-8: Önlisans Mezuniyet Alanlarına Göre Dikey Geçiş Yapılabilecek Lisans Programları

Grup Kodu	Alan Kodu	Önlisans Mezuniyet Alanı	Tercih Yapılabilecek Lisans Programları	Lisans Alan Kodu
15	5307	Avrupa Topluluğu	Kamu Yönetimi	3237
168	5338	İnsan Kaynakları	Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi	3314
	9073	İnsan Kaynakları Yönetimi	Siyaset Bilimi	3313
214	1230	Mahalli İdareler	Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler	3315
217	1235	Maliye/Maliye M.Y.O.- Gümrük İşletme	Uluslararası İlişkiler	3352
			Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri (AÖF)	3141
251	1254	Orta kademe yöneticilik	Uluslararası İlişkiler (AÖF)	3213
271	4332	Personel	İktisat (AÖF)	3237
	6271	Personel Yönetimi	Kamu Yönetimi (AÖF)	3254
277	9449	Polis MYO	Maliye(AÖF)	3252
310	4351	Sevk ve İdare	Uluslararası İlişkiler (AÖF)	3226
319	2111	Sosyal Bilimler	İşletme (AÖF)	3243
336	8567	Tapu ve Kadastro/ Tapu Kadastro	Konaklama İşletmeciliği (AÖF)	
	1312	Tapu Kadastro MYO		

398	8580	Yerel Yönetimler		
214	1230	Mahalli İdareler	Yerel Yönetimler	9426
398	8580	Yerel Yönetimler		

Kaynak: 2018 DGS Tercih Kılavuzu ve Tablolar Kılavuzu, [https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2\\_06092018.pdf](https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2_06092018.pdf), 07.06.2019.

Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmeliğin Kontenjan başlıklı 5. maddesinde “*Meslek Yüksekokulları ve açıköğretim önlisans programlarından mezun olanların, bitirdikleri alanların devamı niteliğindeki lisans programlarına geçiş yapmaları amacı ile lisans programlarında kontenjan ayrılır.*” hükmüne yer verilmiştir. Söz konusu düzenleme gereği kontenjan belirlenirken geçiş yapılacak programın mezun olunan programın devamı niteliğinde olup olmadığı göz önüne alınması gerekir. Alanın devamı niteliğinde olup olmadığı tespitinde ders planları gereği okutulan derslerde ve derslerin AKTS saatlerinde belli bir uygunluk aranması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun dışında mezunların istihdam edildiği sektörlerde göz önüne alınmalıdır. Adalet önlisans mezunlarının örgün eğitim programına geçiş yapmadığı ancak tablo 8’de yer alan programların geçiş yapabildiği örgün kamu yönetimi bölümünün devamı niteliğinde olup olmadığı –eşdeğerlilikleri de dikkate alınarak<sup>38</sup>- tespit edilmeye çalışılmıştır.

<sup>38</sup> Avrupa Yeterlikler Çerçevesi Mesleki Yeterlik Kurumu ve Milli Eğitim Bakanlığı tarafından yürütülen Mesleki ve Teknik Ortaöğretim düzenlemelerine uyum sağlamak amacıyla, uluslararası standartlar dikkate alınarak, meslek yüksekokulları bölüm ve program yapısının yeniden düzenlenmesi ihtiyacı ortaya çıkması neticesinde; Yükseköğretim Yürütme Kurulu’nun 15/04/2009 tarihli toplantısında alınan karar ile Meslek yüksekokullarının bölüm ve program adları yeniden düzenlenmiş ve eski programların karşılığında gösterilen yeniden düzenlenen programlar ile eşdeğer olduğu kabul edilmiştir. Sosyal bilimler (AÖF) sosyal bilimler ile Avrupa Topluluğu (AÖF) ile Avrupa Topluluğu, Maliye/Maliye MYO ile Maliye, Mahalli İdareler, Yerel Yönetimler + AÖF, Mahalli İdareler (zabıta) ile Yerel Yönetimler, Orta Kademe Yöneticilik, Orta Kademe Yöneticiliği ile İşletme Yönetimi, Personel Yönetimi, İnsan Kaynakları Yönetimi ile İşletme Yönetimi, Gümrük İşleri, Gümrük İşletme ile Dış Ticaret eşdeğer sayılmıştır. Bkz.

Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesinde yer alan siyaset bilimi ve kamu yönetimi bölümü ders planı ile sırasıyla yükseköğretim kurumlarının<sup>39</sup> web sitesinde yer alan ders planları ile AKTS uyumluluğu ve ders sayısı açısından karşılaştırılarak incelenmiştir.

**Tablo-9: Önlisans Mezuniyet Alanlarına Göre Dikey Geçiş Yapılabilecek Lisans Programlarının Uyumlu Ders Sayısı Ve Akts Saat Bilgileri**

Dikey Geçiş ile Tercih Yapılabilecek Lisans Programları	Önlisans Mezuniyet Alanı	Uyumlu Ders Sayısı	AKTS uyumluluğu
Kamu Yönetimi (AÖF)	Adalet, Adalet Meslek Eğitimi (MEÖP) (AÖF) Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Yüksekokulu, Adalet Yüksekokulu (A Örgün), Adalet Yüksekokulu (B Ekstern)	17	53
Kamu Yönetimi Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Siyaset Bilimi Siyaset Bilimi ve Uluslararası İlişkiler Uluslararası İlişkiler Kamu Yönetimi (AÖF)	Avrupa Topluluğu İnsan Kaynakları İnsan Kaynakları Yönetimi Personel Personel Yönetimi Mahalli İdareler Yerel Yönetimler	11     20	40     57

[http://www.yok.gov.tr/web/guest/anasayfa?p\\_p\\_auth=VgA5HMfi&p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content%2FassetEntryId=37405853&\\_101\\_type=document&redirect=http%3A%2F%2Fwww.yok.gov.tr%2Fweb%2Fguest%2Fduyurular%3Fp\\_p\\_id%3D3%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dmaximized%26p\\_p\\_mode%3Dview%26\\_3\\_keywords%3Db%25C3%25B6l%25C3%25BCm%26Bve%26Bprogram%26Ba%25C3%25A7ma%26Baslar%25C4%25B1%26\\_3\\_struts\\_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26\\_3\\_redirect%3D%252Fweb%252Fguest%252Fduyurular](http://www.yok.gov.tr/web/guest/anasayfa?p_p_auth=VgA5HMfi&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content%2FassetEntryId=37405853&_101_type=document&redirect=http%3A%2F%2Fwww.yok.gov.tr%2Fweb%2Fguest%2Fduyurular%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_keywords%3Db%25C3%25B6l%25C3%25BCm%26Bve%26Bprogram%26Ba%25C3%25A7ma%26Baslar%25C4%25B1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fweb%252Fguest%252Fduyurular), 27.04.2018.

<sup>39</sup> Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu Adalet Programı, Isparta Meslek Yüksekokulu İnsan Kaynakları Yönetimi Programı ve Dış Ticaret Programı, Aksu Mehmet Süreyya Demiraslan Meslek Yüksekokulu Yerel Yönetimler Programı, Adnan Menderes Üniversitesi Yenipazar Meslek Yüksekokulu Maliye Programı, Gazi Üniversitesi Bolu Meslek Yüksekokulu Orta Kademe Yöneticilik Programı, Celal Bayar Üniversitesi Sarıgöl Meslek Yüksekokulu Tapu Kadastro programı, Anadolu Üniversitesi Açıköğretim Fakültesi Sosyal Bilimler Programı ve Polis Meslek Yüksekokulu ders planları karşılaştırılmıştır. Avrupa Topluluğu ile Sevk ve İdare Programlarının ise ders planlarına ulaşamadığından karşılaştırmaları yapılamamıştır.



Dış Ticaret	9	31
Maliye/Maliye M.Y.O.-Gümrük İşletme	11	40
Orta Kademe Yöneticilik	28	71
Tapu ve Kadastro/Tapu Kadastro	14	49
Tapu Kadastro MYO		
Sosyal Bilimler	10	33
Polis MYO	14	36

Önlisans programından mezun olabilmek için en az 120 AKTS'lik ders almış ve başarmış olmak gerekmektedir. Tablo 9'da görüleceği üzere önlisans programında okutulan ders planı AKTS uyumluluk karşılaştırmalarında kamu yönetimi örgün eğitime geçiş yapabilen bölümlerin 31 ile 71 AKTS arasında uyumlu olduğu görülmüştür. 50 AKTS ve üzeri uyumluluk sağlayan sadece iki program olduğu, diğer altı programdan üçünün 40-49 arası AKTS; kalan üç programın ise 31-36 arası AKTS uyumluluk gösterdiği tespit edilmiştir. Bu sonuçlara ve verilen kontenjanlara göre kamu yönetimine geçişte, önlisans program alanının devamı niteliğinde bir program sayılması için en az 30 AKTS uyum sağlamış olmasının kriter olarak değerlendirildiği düşünülebilir. Ancak, adalet önlisans programının ise 53 AKTS ile kamu yönetimine en fazla uyum gösteren üçüncü program olmasına rağmen örgün eğitime geçiş hakkı verilmemiştir. Adalet programından daha düşük AKTS uyumluluğu gösteren altı programın hem örgün hem de açıköğretim kamu yönetimi programına geçiş hakkı bulunması hakkaniyete aykırıdır.

Kamu yönetimine geçişte adalet programından çok daha düşük uyum gösteren programları bitirenler hem örgün hem de açıköğretim için belirlenen kontenjana yerleştirilmek için tercihte bulunmaktadır. Ancak adalet mezunları örgün kamu yönetimine geçiş hakkı tanınmadığından sadece açıköğretim kamu yönetimi kontenjanına tercih yapmak zorundadırlar. Program uyumluluğu olduğu halde adalet mezunlarının kamu yönetimi örgün eğitime geçiş hakkı olmaması ve daha sınırlı kontenjana başvuru yapmak zorunda bırakılması adil olmadığı gibi "Eğitimde Fırsat ve Olanak Eşitliği" ilkesine de aykırıdır.

Ortaöğretim adalet alanının devamı niteliğinde yükseköğretim kurumlarının adalet meslek yüksekokulları ya da meslek yüksekokullarının adalet programları, bunların da devamı niteliğinde ise hukuk ve kamu yönetimi bölümleri karşımıza çıkmaktadır.

Milli Eğitim Bakanlığı Talim Terbiye Kurulu Başkanlığı'nın Öğretmenlik Alanları, Atama ve Ders Okutma Esaslarına İlişkin Çizelgesi<sup>40</sup>, öğretmen olarak atamaya esas alınacak alanların, öğretmenliğe atanacakların alanlara göre mezun oldukları yükseköğretim programlarının ve öğretmenliğe atanmaların alanlarına göre aylık karşılığında okutacakları derslerin belirlenmesi amacıyla çıkartılmıştır<sup>41</sup>.

Öğretmenlik Alanları, Atama ve Ders Okutma Esaslarının Tanımlar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde alan, *öğretmen adayları ve öğretmenlerin mezun oldukları lisans düzeyindeki yükseköğretim programına bağlı olarak atanabilecekleri alan* olarak tanımlanmıştır. Adalet bir alan olarak tanımlanmış olup, bu alana öğretmen atamasında aranan bölüm mezuniyet şartı ile atandıktan sonra okutacağı dersler çizelgeye göre tablo 10'da belirtildiği gibidir.

Tablo-10: Öğretmenlik Alanları, Atama Ve Ders Okutma Esaslarına İlişkin Çizelge

Atamaya Esas Olan Alan	Mezun Olduğu Yükseköğretim Programı/Fakülte	Okutacağı Dersler
Adalet	Hukuk Fakültesi(*) 2. Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi(*) 3. Kamu Yönetimi(*)	Adalet Alanının; - Zabıt Kâtipliği - İnfaz ve Koruma dallarının alan/dal dersleri ve modülleri Diğer alanların Adalet alanına ait alan/dal dersleri ve modüller
	Büro Yönetimi Öğretmenliği	Adalet Alanının

<sup>40</sup> 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanunu, 652 sayılı Millî Eğitim Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, Millî Eğitim Bakanlığı Yönetici ve Öğretmenlerinin Ders ve Ek Ders Saatlerine İlişkin Karar ile Millî Eğitim Bakanlığı Öğretmenlerinin Atama ve Yer Değiştirme Yönetmeliğine dayanılarak hazırlanmıştır.

<sup>41</sup> [http://ttkb.meb.gov.tr/meb\\_ys\\_dosyalar/2018\\_02/1511325\\_9\\_cizelgeveesaslar.pdf](http://ttkb.meb.gov.tr/meb_ys_dosyalar/2018_02/1511325_9_cizelgeveesaslar.pdf), 22.02.2018.

Büro Yönetimi

- Bilgisayarda hızlı klavye kullanımı dersi
- Bilgisayarda klavye kullanımı dersleri

Milli Eğitim Bakanlığı'nın Adalet Alanı Çerçeve Öğretim Planında; Sektörün Hukuk olduğu, Alanın Adalet olduğu belirtilmiştir. Adalet alanının tanımı ise, *“Adalet alanı altında yer alan zabıt kâtipliği ve infaz koruma dallarının yeterliklerini kazandırmaya yönelik Adalet Bakanlığı merkez teşkilatı ile adli ve idari yargı sistemi içerisindeki tüm mahkemelerdeki yazı işlemlerini yapmak, ceza infaz kurumları ve tutukevlerinde güvenliği sağlamak, tutuklu ve hükümlüler ile ilgili işlemleri yapmakla eğitim ve öğretimin verildiği alandır.”* şeklinde yapılmıştır. Adalet alanında verilen eğitim amacı da *“Adalet alanı altında yer alan mesleklerde sektörün ihtiyaçları, bilimsel ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda gerekli olan mesleki yeterlikleri kazanmış nitelikli meslek elemanları yetiştirmek”* olarak belirtilmiştir.

Yükseköğretim Kurumlarında adalet önlisans eğitimi, hukuk bölümü adalet programı veya infaz koruma programı adı altında verilmektedir. Mesleki eğitim veren adalet yüksekokullarının veya yüksekokulların adalet bölümünün kuruluş amacının yargı teşkilatının ihtiyaç duyduğu mesleki yeterliliğe sahip kalifiye eleman ihtiyacını karşılamak olduğu dikkate alındığında ortaöğretim kurumlarının adalet alanı ile aynı sektör ve amaca yönelik olduğu görülecektir. Yine adalet meslek yüksekokulları mezunlarının istihdam alanı portföyünde, adalet liselerinin alan tanımı kapsamındaki alanların (zabıt katipliği ve infaz koruma memurluğu gibi) yer aldığı görülmektedir.

Tablo -11: Ortaöğretim Kurumlarının Adalet Alanı ile Yükseköğretim Kurumlarının (Süleyman Demirel Üniversite örneği üzerinden) Adalet Alanı Müfredatlarının Karşılaştırması

Milli Eğitim Bakanlığına Bağlı Ortaöğretim Kurumlarının Adalet Alanında (Zabıt Katipliği/İnfaz ve Koruma) Yer Alan Dallar /Meslekler için Alınması Zorunlu Olan Ortak Dersler ve Alan Dersleri

Süleyman Demirel Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulunda Alınması Zorunlu Olan Ortak Dersler ile Seçmeli Dersler

Alan Ortak Dersleri

Mesleki Gelişim  
İş Organizasyonu  
Dosyalama Ve Arşivleme  
Bilgisayarda Klavye Kullanımı  
Bilgisayarda Ofis Programları  
Temel Hukuk  
Kamu ve Özel Hukuk  
Ticari Belgeler

Alınması Zorunlu Dersler

Temel Hukuk, Anayasa Hukuku, Kalem Mevzuatı ve İşlemleri ve UYAP, Klavye Kullanımı I-II, Medeni Hukuk I-II, Türk Yargı Teşkilatı, Ceza Hukuku, Hukuk Dili ve Adli Yazışma, Tebligat Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku, İcra Hukuku, İflas Hukuku, Medeni Usul Hukuku I-II, İdare Hukuku, Borçlar Hukuku, İleri Düzey Bilgisayar ve Klavye Kullanma Teknikleri I-II, İnfaz Kurumları Yönetimi ve İnfaz Hukuku, İdari Yargılama Hukuku, Temel Bilgi Teknolojileri, Staj I-II

Dal Dersleri

İşletmelerde beceri eğitimi, Komisyon yazı işleri, Hukuk mahkemeleri yazı işleri, Ceza mahkemeleri yazı işleri, Yüksek yargı yazı işleri, İdare ve vergi, Mahkemeleri yazı işleri, Cumhuriyet başsavcılığı yazı işleri, Bölge mahkemeleri yazı işleri, Takip hukuku, Hükümlü ve tutuklu işlemleri, Hükümlü ve tutuklu psikolojisi, Ceza infaz kurumu güvenliği, Ceza infaz kurumu ulusal yargı ağı, Genel hizmetler, Bilgisayarda hızlı klavye kullanımı, İş ve ticaret hukuku, Girişimcilik, İşletme yönetimi

Seçmeli Dersler

Avukatlık ve Noterlik Hukuku, Etkili Konuşma ve İletişim, Büro Yönetimi ve Halkla İlişkiler, Adalet Meslek Etiği, Eşya Hukuku, Ticaret Hukuku, Adli Yargı İşlemleri ve Uygulamaları, Arabuluculuk ve Tahkim Hukuku, Ceza Hukuku ve Ceza Muhakemesi Uygulamaları, Polis ve Özel Güvenlik Hukuku, Mahalli İdareler Hukuku, Hızlı Okuma Teknikleri, Mesleki Yabancı Dil, Muhasebe, İdari Yargı İşlemleri ve Uygulamaları, Vergi ve Harçlar, Sağlık Hukuku, Bankacılık Mevzuatı, Adli Tıp, Kriminoloji, İmar Hukuku, Kıymetli Evrak Hukuku, Denetimli Serbestlik Tedbirleri ve Uygulaması

Kaynak : <http://adaletmyo.sdu.edu.tr/tr/dokumanlar/6-ders-plani-ve-icerikleri>, 24.04.2018;

[http://www.megep.meb.gov.tr/dokumanlar/%C3%87er%C3%A7eve%20%C3%966%C4%9Fretim%20Program%C4%B1/ADALET\\_%C3%87%C3%96P\\_10.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/dokumanlar/%C3%87er%C3%A7eve%20%C3%966%C4%9Fretim%20Program%C4%B1/ADALET_%C3%87%C3%96P_10.pdf), 24.04.2018

Ortaöğretim adalet alanında okutulmakta olan ve tablo 11'de görünen dersler incelendiğinde adalet önlisans eğitiminde verilen derslerle büyük oranda benzerlik bulunduğu görülmektedir. Nitekim ortaöğretim adalet alanından mezun olan

öğrencilerin adalet önlisans programına sınavsız olarak<sup>42</sup> yerleştirilmesi,<sup>43</sup> günümüzde ise sınavla ek puanla yerleştirilmesi ortaöğretim adalet alanının devamı niteliğinde olduğunun ispatıdır.

Adalet önlisans programının devamı niteliğinde ise hukuk ve devletin merkez ve taşra örgütünün çeşitli kademelerinde ihtiyaç duyulan elemanların yetiştirilmesini amaç edinen kamu yönetimi programı<sup>44</sup> yer almaktadır.

Kamu yönetimi mezunlarının istihdam edildiği sektörlerden birisinin de hukuk olması yine adalet alanının devamı niteliğinde olduğunu göstermektedir. Sektör olarak idari yargı teşkilatında hakim olarak görev alan kamu yönetimi mezunları aynı zamanda formasyon olarak ortaöğretim kurumlarının adalet alanında “alan öğretmeni” tanımlamasıyla görev alma imkanına da sahiptirler. Bu durum kamu yönetiminin adalet önlisans programının devamı niteliğinde olduğu düşüncemizi pekiştirmektedir. Açıköğretim veya örgün eğitim mezunlarının aynı haklara sahip olduğu düzenlemesi göz önüne alındığında örgün eğitime geçiş verilmemesi çok da önemli değil gibi gözükebilir. Ancak mesleki eğitim açısından yüz yüze eğitimin, mesleki beceri kazanımına daha elverişli olması nedeniyle adalet önlisans mezunlarının kamu yönetimi örgün eğitime geçiş yapabilmesi önem arz etmektedir.<sup>45</sup>

Hem ders içerikleri, hem de özellikle F klavye kullanımı konusunda adalet meslek yüksekokullarının gerçek bir eğitim yuvası olduğu göz önünde bulundurulduğunda, adalet liselerinde eğitim veren öğretmenlerin F klavye konusunda da yeterli bilgi sahibi olmaları gerektiği kanaatindeyiz. Ortaöğretim

<sup>42</sup> Sınavsız Geçiş Bilgi Kılavuzu, 2002.

<sup>43</sup> 2547 sayılı Kanun'un 45. maddesinin (d) bendi “Mesleki ve teknik ortaöğretim kurumlarından mezun olan öğrenciler, istedikleri takdirde bitirdikleri programın devamı niteliğinde veya bunlara en yakın olan mesleki ve teknik ön lisans yükseköğretim programlarına sınavsız olarak yerleştirilebilir” hükmüne dayanılarak ortaöğretim adalet alanı mezunları sınavsız olarak yükseköğretim kurumlarının adalet bölümüne yerleştirilmekteydi

<sup>44</sup> Hukuk <http://www.parlaktbirgelecek.com/tr/faydali-bilgiler/universite-secimine-baslarken/hukuk-mu-kamu-yonetimi-mi#/>, 03.01.2018

<sup>45</sup> GÜNAY ve ÖZER, s. 7

adalet alanında klavye dersini verecek öğretmen açığı olduğu bilinmektedir. Bu açık adalet alan öğretmenlerinin klavye dersine girmesi ile kapatılmaya çalışılmaktadır. Kamu yönetimi mezunlarının öğrencilikleri döneminde klavye dersi görmemiş olmaları nedeniyle bu ders konusunda yeterli olmadıkları açıktır. Bu sorunun önlenmesi için adalet ders alanı içeriklerine tam hakim daha fazla adalet önlisans mezununun dikey geçişle örgün kamu yönetimi bölümüne geçiş yaparak formasyon alması sağlanmalıdır.

Adalet önlisans eğitimi alanlara kamu yönetimi örgün eğitime dikey geçiş hakkı tanınmaması, yükseköğretim kurumlarının aynı alanda olmamak şartıyla herhangi bir lisans veya önlisans programından mezun olan, programda okumakta olan veya yeni kayıt yaptıran öğrencilerin ikinci diploma sahibi olabilmelerine fırsat tanıyan sınavsız ikinci üniversite açısından da bir sorun teşkil etmektedir.<sup>46</sup>

Herhangi bir yükseköğretim kurumunun önlisans/lisans programından mezun olan veya okuyan öğrenciler açıköğretim sistemine göre öğretim yapan fakültelerin önlisans /lisans programlarından birine, Anadolu Üniversitesi örgün/uzaktan eğitim yükseköğretim programlarında kayıtlı öğrenciler ile bu programların mezunlarının okumakta veya mezun oldukları alanlarda olmamak kaydıyla, örgün/uzaktan öğretimdeki kayıtlarını sildirmeden sınavsız ikinci üniversite kaydı yaptırabilirler. Ancak, Anadolu Üniversitesi açıköğretim sistemine göre öğretim yapan, programda halen kayıtlı olanlar başvuru yapamazlar.<sup>47</sup> Söz konusu düzenleme gereğince DGS sınavı ile örgün lisans eğitimine yerleştirilen diğer önlisans mezunları ikinci üniversite olarak açıköğretim fakültelerinde veya diğer yükseköğretim kurumlarında lisans ya da önlisans eğitimi alabilirken adalet önlisans mezunlarının hukuk fakültesi hariç DGS ile sadece açıköğretim fakültesine yerleştirilmeleri nedeniyle Anadolu Üniversitesinde sınavsız ikinci üniversite okuma imkanı bulunmamaktadır. Sınavsız ikinci üniversite okumak isteyen ve DGS ile açıköğretim programlarına yerleşen adalet önlisans mezunları ancak Anadolu Üniversitesi dışındaki yükseköğretim kurumlarına müracaat edebilirler. Bu durum

<sup>46</sup> <https://www.ataof.edu.tr/Kayıtlar/49/25>, 21.04.2018.

<sup>47</sup> <http://ikinciuniversite.anadolu.edu.tr/#>, 21.04.2018.

sınırlı sayıdaki yükseköğretim kurumuna başvurabilen adalet önlisans mezunlarının eğitimde olanak ve fırsat eşitliği hakkının ihlal edilmesi demektir.

### Değerlendirme ve Sonuç

Adalet hizmetlerinin nitelikli ve üretken işgücü eksikliği nedeniyle istenen verimlilikte, kalitede sunulmadığı ve hizmetin geç işlediği, eksik işlediği ya da hiç işlemediği noktasındaki eleştirileri yok etmek ve yargı teşkilatının ihtiyacı olan nitelikli, alanında yetkinliği olan ara eleman ihtiyacını karşılamak üzere kurulan örgün eğitim, açıköğretim ve uzaktan eğitim yöntemi ile eğitim veren Adalet Meslek Yüksekokullarının sayısı ve kontenjanları mezunların istihdam edilebilirliği gözetilmeksizin her geçen gün artmıştır. Özellikle açıköğretim adalet programlarının açılması, adalet programının hukuk lisans programına geçişte bir basamak olarak görülmesi ve kontenjanların artmasında etkili olmuştur. Adalet Bakanlığı'nın personel politikası ve artan kontenjanlara bağlı olarak mezun sayısının fazlalığı istihdama ilişkin sorunları beraberinde getirmiştir. İstihdama ilişkin sorunların farkına varılması mezunları, lisans mezunu olduklarında daha kolay iş bulabileceği düşüncesi, lisans mezunu olma, hukuk fakültesi mezunu olma, prestij sahibi olma, askerlik hizmetinin tecili, sosyal çevrenin baskısı gibi nedenlerden dolayı başta hukuk olmak üzere lisans tamamlamaya yöneltmiştir. DGS'yu hukuk fakültesine geçişte birincil amaç olarak gören açıköğretim adalet mezunları, sınavı amacından çıkardığı gibi örgün adalet mezunları açısından dezavantaj yaratarak eğitimde fırsat ve olanak eşitliğini de yok etmiştir. Nihayetinde örgün eğitim adalet önlisans mezunları için DGS'yi başlı başına bir sorun dizini haline getirmiştir. Bu sorunlar;

- Adalet açıköğretim mezunlarının örgün eğitim mezunları karşısında DGS'deki üstünlüğü
- Dikey geçiş yapılabilen bölümler açısından ortaya çıkan dezavantajlar olmak üzere iki başlıkta toplanabilir.

Adalet açıköğretim mezunlarının örgün eğitim mezunları karşısında DGS'deki üstünlüğü sorunu : Örgün eğitim ile açıköğretim veya uzaktan öğretim

programlarında okuyan öğrenciler mezuniyetlerinde eşit şartlara tabi oldukları halde okullara yerleştirilmelerinde eşit olmadıkları gibi müfredat farklılıkları nedeniyle örgün eğitimde okutulan derslerin fazlalığı ve ağırlığı, sınavlarının uygulamaya yönelik yoruma dayalı klasik sınav olması ve eğitim yönteminin farklı olması nedeniyle DGS'ye hazırlık aşamasında da eşit değildirlir. Derslerin ağırlığı, sınavlarının yapılaş yöntemi ve değerlendirmesi örgün adalet programından düşük not ortalaması ile mezun olmaya sebebiyet vermekte bu durumda DGS'de önlisans başarı puanını etkilediğinden örgün eğitim mezunlarını dezavantajlı, açıköğretim mezunlarını ise avantajlı konuma getirmektedir. Soruna ilişkin çözüm önerilerimiz şu şekilde sıralanabilir.

- 1- Örgün eğitim adalet önlisans mezunlarının dezavantajlarını asgari düzeye indirmek/ortadan kaldırmak için eğitimde fırsat ve olanak eşitliğini bozmayacak şekilde hukuk fakültesi lisans eğitimine yerleştirilmeler (a) Sınavsız hukuk lisans tamamlama (b) DGS ile olmak üzere iki yolla gerçekleştirilmelidir.
- a) Hem hukuk fakültesi hem de adalet meslek yüksekokulu/bölümü bulunan yükseköğretim kurumlarında, başarılı olan öğrencilerin mezun olduğu yükseköğretim kurumunda, önlisans programının bulunduğu yerde hukuk fakültesi olmayan adalet önlisans mezunlarının ise Yükseköğretim Kurulu tarafından önceden tespit edilecek en yakın hukuk fakültesinde (eşitliği sağlamak için tek bir hukuk fakültesi belirlenmelidir) sınavsız lisans tamamlama imkanı olmalıdır.

DGS kontenjanlarından bağımsız olarak adalet önlisans programından o yıl mezun olanların % 10'u kadar hukuk fakültesince kontenjan belirlenmelidir. Birden fazla adalet önlisans programından dikey geçiş hakkı tanınan hukuk fakülteleri geçiş hakkı tanınan her önlisans programı mezunları için ayrı ayrı % 10 kontenjan belirlemelidir. Bir önlisans programının kontenjanı diğer önlisans programı mezunu için kullanılmamalıdır.

Uzaktan eğitim ve açıköğretim mezunları için ise tüm yükseköğretim kurumlarındaki adalet önlisans programı mezun sayısını aşmamak kaydıyla aynı



şartlarda mezun olduğu yükseköğretim kurumundaki hukuk fakültesine geçiş hakkı tanınmalıdır.

*“Meslek Yüksekokulları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkındaki Yönetmelik”* dönemindeki gibi en az 70 not ortalamasını sağlayan ve mezun olan öğrencilerin %10’una giren mezun öğrencilere, sadece mezun olduğu yıl başvuru hakkı tanınmalıdır. Mezun olduğu yıl bu hakkı kullanmayanların ancak DGS ile geçiş yapabilmelidir. Başvuru yapan ve belirlenen kriterleri sağlayan öğrencilerin kayıtları doğrudan yükseköğretim kurumunca DGS sonuçları açıklanmadan gerçekleştirilmelidir.

Bu düzenleme yerine getirildiği takdirde, örgün yükseköğretim kurumundan mezun olan başarılı öğrencilerin DGS’de açıköğretim mezunları karşısında kaldığı dezavantajlar önlenecek hem de öğrencilerin, önlisans programında aldığı derslerin intibakı ile problemler asgariye indirilecektir. Bunun dışında öğrencinin alışmış olduğu sosyal çevrede, yeni bir düzen kurmaya ihtiyaç kalmaksızın eğitimini sürdürmesi sağlanacaktır.

- b) DGS yoluyla geçiş için yerleştirilecek lisans kontenjanları belirlenirken öğretim yöntemleri dikkate alınmalıdır. Örgün eğitim, açıköğretim ve uzaktan eğitim için ayrı ayrı kontenjan belirlenmeli, dikey geçiş tercih başvurusu sadece önlisans eğitiminde uygulanan yönteme ilişkin belirlenen kontenjanla sınırlandırılmalıdır.

Ayrıca söz konusu kontenjan ayrımı önerimizin uygulamaya geçirilip geçirilmediğine bakılmaksızın örgün adalet mezunlarının daha fazla mağduriyete uğramaması için;

- 1- Yükseköğretim Kurulu tarafından, 2019-2020 öğretim yılından itibaren varsa açılmış ancak öğrenci alımı yapılmamış adalet programlarına öğrenci alınmasına izin verilmemelidir.
  - 2- Devlet Üniversitesi dışında adalet önlisans eğitimine kontenjan ayırmamalıdır. Eğer bu öneri gerçekleştirilemiyorsa;
- a) Sadece sektörde (yargı teşkilatı vb.) çalışanların müracaat edebileceklerine ilişkin koşul konulmalıdır. Böylece açıköğretim adalet, özüne dönerek mesleki yetkinliği

arttıracak bir eğitim haline gelecektir. Ayrıca hukuk fakültesine geçişte bir basamak olarak kullanılmayacak dolayısıyla DGS'nin amacının dışında kullanılmasını önlenecektir.

- b) İkinci olarak kontenjanların örgün eğitim kontenjanlarına denkleştirecek şekilde (açıköğretim programı olan yükseköğretim kurumlarının her birisi için 100 civarına) düşürülmesi sağlanmalıdır.
- 3- DGS'de önlisans başarı puanının katkısı azaltılmalı veya tamamen kaldırılmalıdır.
- 4- Açıköğretim adalet programı, sınavsız ikinci üniversite olarak yerleşilen bölümler arasından çıkarmalıdır.
- 5- Gerek açıköğretim gerekse uzaktan eğitim adalet programı müfredatları, örgün öğretim müfredatlarına yaklaştırmalı, zorunlu klavye ve staj uygulaması her iki yöntem için de kabul edilmelidir. Her derse bir öğretim elemanı ataması yapılarak, uygulamaya yönelik yorum gerektiren derslerin öğrencinin bulunduğu yer açıköğretim büroları veya yükseköğretim kurumları aracılığıyla klasik yapılması ve sınav kağıtlarının değerlendirilmek üzere atanmış öğretim elemanına ulaştırılması sağlanmalıdır.

Dikey Geçiş Kılavuzunda belirlenen bölüm ve dallar arasında DGS ile

- Önlisans Mezuniyet Alanlarına Göre Dikey Geçiş Yapılabilecek Lisans Programları,
- Anadolu Üniversitesi açıköğretim, iktisat ve işletme fakülteleri lisans programlarının 5. yarıyılına fark dersler almadan kayıt yapabilecek önlisans programları,
- Anadolu Üniversitesi açıköğretim, iktisat ve işletme fakülteleri lisans programlarının 5. yarıyılına fark dersler alarak kayıt yapabilecek önlisans programları olmak üzere 3 ayrı kategoride lisans tamamlama yapılabilmektedir.

Önlisans mezunlarının gerek örgün eğitim gerekse açıköğretim programlarından lisans eğitimini tamamlayabilmesi için girmek zorunda oldukları DGS ile geçiş yapılabilen bölümler açısından da eğitimde fırsat ve olanak eşitliğini yok etmektedir. Dikey geçiş yapılabilen bölümler açısından sorunlar, adalet önlisans mezunlarının örgün eğitimde sadece hukuk fakültesine geçiş hakkı verilmesi ile

başlamaktadır. 2014 yılına kadar alanın devamı niteliğinde sayılan kamu yönetimi örgün programına yerleştirilen adalet mezunları günümüzde sadece Anadolu Üniversitesi açıköğretim fakültesinin kamu yönetimi bölümüne yerleştirilmektedir. Örgün eğitim ile açıköğretim programları arasında sadece eğitim yöntemi açısından fark bulunduğu yönündeki düzenlemelere rağmen adalet önlisans mezunlarının fark dersi almaksızın DGS ile Anadolu Üniversitesi açıköğretim lisans programlarından kamu yönetimi bölümüne geçiş hakkı tanınmış olmasına rağmen, örgün öğretimde kamu yönetimi bölümüne geçiş hakkı verilmemiş olması, Türk Milli Eğitiminin 'Eğitimde Fırsat ve Olanak Eşitliği' ilkesinin ihlalidir.

Hem örgün hem açıköğretim kamu yönetimine DGS ile tercih yapabilen avrupa topluluğu, insan kaynakları, insan kaynakları yönetimi, mahalli idareler, maliye, maliye myo, gümrük işletme, orta kademe yöneticilik, personel, personel yönetimi, polis myo, sevk ve idare, sosyal bilimler, tapu ve kadastro, tapu kadastro, tapu kadastro myo, yerel yönetimler bölümleri mezunları karşısında sadece açıköğretim kontenjanına başvuru yapabilen adalet mezunları dezavantajlıdır. Adalet mezunlarının sınırlı sayıda kontenjane başvurabilir durumda olması eşitlik ilkesininin ihlalidir.

Kamu yönetimi örgün eğitime geçiş yapabilen bölümlerin önlisans programında okuttuğu ders planı ile ders AKTS'leri kamu yönetimi lisans programı ile karşılaştırıldığında, 31 ile 71 AKTS arasında değişen uyumluluk olduğu görülmüştür. Adalet önlisans programı için de adalet önlisans programı içinde okutulan ders planı, AKTS uyumluluk karşılaştırması yapıldığında 53 AKTS uyumluluğu ile yerel yönetimlerden ve orta kademe yöneticilik bölümünden sonra üçüncü uyumlu program olduğu belirlenmiştir. Kamu yönetimine 31 ile 49 AKTS arasında uyumluluk gösteren program mezunlarının hem açıköğretime hem de örgün eğitime geçiş hakkı olması rağmen 53 AKTS ile kamu yönetimine en fazla uyum gösteren üçüncü program olan adalet mezunlarının kamu yönetimi örgün eğitime geçiş hakkı olmaması hem hakkaniyete hem de eşitliğe aykırıdır.

Kamu yönetimi mezunları formasyon olarak Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlı ortaöğretim kurumlarında adalet alanında alan öğretmeni olarak görev yapabilmektedir. Ortaöğretim adalet alanının devamı niteliğinde yükseköğretim kurumlarının adalet meslek yüksekokulları ya da meslek yüksekokullarının adalet programları, bunların da devamı niteliğinde ise lisans eğitimi veren hukuk fakülteleri ile kamu yönetimi bölümleri karşımıza çıkmaktadır. Adalet önlisans programlarına öğrenci gönderen ortaöğretim kurumlarının adalet alanına öğretmen olmak için hukuk fakültesi veya kamu yönetimi mezunu olmak şart iken, adalet önlisans programları mezunları DGS ile kamu yönetimi örgün eğitime yerleştirilmemektedir. Bu durum, Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmeliğin Kontenjan başlıklı 5. maddesine açıkça aykırıdır.

Adalet önlisans eğitimi alanlara kamu yönetimi örgün eğitime dikey geçiş hakkı tanınmaması, yükseköğretim kurumlarının aynı alanda olmamak şartıyla herhangi bir lisans veya önlisans programından mezun olan, programda okumakta olan veya yeni kayıt yaptıran öğrencilerin ikinci diploma sahibi olabilmelerine fırsat tanıyan sınavsız ikinci üniversite açısından da bir sorun teşkil etmektedir. Açıköğretime devam eden öğrenciler, kayıtlı olduğu yükseköğretim kurumunda sınavsız ikinci üniversite hakkı bulunmadığından ancak bunun dışındaki üniversitelere müracaat edebileceklerdir. Bu durum adalet mezunlarının sınırlı sayıda üniversiteye başvurması anlamına gelmekte, daha az uyumluluk gösterdiği halde örgün kamu yönetimine yerleştirilen diğer bölüm mezunları karşısında adalet önlisans mezunlarını dezavantajlı hale getirmektedir.

Sınavsız ikinci üniversite açısında kamu yönetimi için yapmış olduğumuz açıklamalar adalet önlisans mezunlarının DGS ile fark dersi almaksızın yerleştirildiği Anadolu Üniversitesi açıköğretim fakültesinin çalışma ekonomisi ve endüstri ilişkileri, iktisat, işletme, maliye, uluslararası ilişkiler ve konaklama işletmeciliği bölümleri ile fark dersi olarak yerleştirildiği halkla ilişkiler ve reklamcılık bölümü için de geçerlidir.

- Dikey geçiş kontenjanları belirlenirken kamu yönetimine geçiş yapabilecek bölümlerin uyumluluklarının yeniden gözden geçirilmesi önem arz etmektedir. Böylece sektörün ihtiyacı olan meslek elemanı yetiştirilmesinde önemli bir rol oynayan mesleki okulların itibar algısı yükselecek, bu durum öğrenci, öğretmen ve öğretim elemanlarının motivasyonuna olumlu katkı sağlayacaktır. Dolayısıyla alanın ihtiyacı olan etkin, verimli, doğru ve hızlı çalışacak alanın ihtiyacı olan meslek elemanları yetiştirilerek genelde devletin özelde yargı teşkilatının sorunlarının giderilmesi sağlanmış olacaktır.
- Kamu yönetimi örgün eğitimi bitirerek öğrencilerin mesleki bilgi, beceri ve yetkinliklerini garanti edecek düzeyde hem alan derslerinde, hem de klavye derslerinde verimli olabilecek olan adalet önlisans mezunlarının DGS ile daha fazla kamu yönetimi bölümüne geçiş yaparak formasyon alması sağlanmalıdır. Bunun yolu da örgün eğitime geçiş hakkı tanınmasından geçecektir.
- Ayrıca hukuk fakültesine geçiş için öngördüğümüz sınavsız geçiş uygulaması kamu yönetimi için de (%5 veya %10 kontenjan verilmesi, mezun olan öğrencinin %15'ine girmek, en az 70 diploma notu ile) uygulanabilir. Böylece örgün adalet okuyan ve başarılı olan daha fazla öğrenci desteklenmiş ve başarılı mezunların mağduriyetleri azaltılmış olur.
- Açıköğretim ile örgün eğitimin sadece eğitim yönteminde farklılık öngörülmesine rağmen dikey geçişte bazı bölümler için sadece açıköğretim kontenjanı verilmiş olması eşitlik ilkesine ve hukuka aykırıdır. Bu hukuka aykırılık giderilmelidir. Ayrıca dikey geçişle örgün eğitim yerleştirilen öğrencilerin de önlisans programında aldığı dersler dikkate alınarak lisans programına intibak işlemleri gerçekleştirildiğinden kontenjanlar belirlenirken açıköğretime kontenjan verilen alanlarda örgün eğitime de kontenjan verilmelidir.

### KAYNAKÇA

- “Meslek Yüksekokulları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkındaki Yönetmelik”, R.G. 28.04.1983, S. 18031.
- “Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimlerine Devamları Hakkında Yönetmelik”, R.G. 15.10.1999, S.23847.
- “Meslek Yüksekokulları ve Açıköğretim Önlisans Programları Mezunlarının Lisans Öğrenimine Devamları Hakkında Yönetmelik, R.G. 19.02.2002, S.24676.
- 2018 DGS Tercih Kılavuzu ve Tablolar Kılavuzu, [https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2\\_06092018.pdf](https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2018/DGS/TERCIH/TABLO2_06092018.pdf), 07.06.2019.
- AYDIN, V., MESÇİ, H., ACAR, O. K., Adalet Hizmetlerinin Sunumunda Daha Yetkin Bir Ara Eleman İstihdam Önerisi: Adalet Hizmetleri Uzmanlık Sınavı (AHMUS), Kırıkkale Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, Adalet Meslek Yüksekokullarının Sorunları ve Çözüm Önerileri Sempozyumu (10 Mayıs 2013) Kırıkkale, s. 33-63.
- AYDIN, V., MESÇİ, H., KORKMAZ ÖZCAN, Z., (2016). “Adalet Meslek Yüksekokulu Ders Müfredatı Bazında İstihdama Yönelik Yapılacak Protokoller”, Süleyman Demirel Üniversitesi 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişmesinde Yeni Eğilimler- Bildiri Kitabı, 17-18 Mayıs 2016, Isparta, 102-130.
- DEMİRAG, Enes Yılmaz ve TEMİZ Enes, Adalet Meslek Yüksekokullarından Hukuk Fakültelerine Dikey Geçiş Sınavıyla Yerleşen Öğrenci Sayılarının 900 Kod açısından İstatistiki Değerlendirmesi, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişmesinde Yeni Eğilimler Bildiri Kitabı, 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, (17-18 Mayıs 2016), Isparta, 206-217.
- DÜNDAR, Behcet ve BİÇAKÇI, Celal, Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Dikey Geçiş Sınavına Bakışı: Osmaniye Meslek Yüksekokulu Örneği, 21. Yüzyılda Eğitim ve Toplum, Cilt: 6, Sayı: 16, (Bahar 2017), s. 237-250.

- GÜNAY, Durmuş, ÖZER, Mahmut, Türkiye’de Meslek Yüksekokullarının 2000’li Yıllardaki Gelişimi ve Mevcut Zorluklar, Yükseköğretim ve Bilim Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1. s.1-12.
- HACIMUSTAFAOĞLU, R., ELÇİ, H., ŞENTÜRK, M., “Dikey Geçiş Sınavının (DGS) Mesleki Eğitim Üzerine Etkileri: Doğaltaş Sektörü Örneği”, Mesleki Bilimler Dergisi, Cilt :7, Sayı: 1, (2018), s.20-21.
- METE, M. E., (2016). Adalet Meslek Yüksekokullarının (Açıköğretim, Uzaktan ve Örgün Eğitim) Değerlendirmesi, Süleyman Demirel Üniversitesi, 3. Adalet Meslek Yüksekokulu Sempozyumu, -Adalet Meslek Yüksekokullarının Gelişmesinde Yeni Eğilimler-, Bildiri Kitabı, (17-18 Mayıs 2016), Isparta, s.167-178.
- UZUNBACAK, H. H., MESCİ, H., UZUNBACAK DENİZ, S., “Adalet Meslek Yüksekokulu Öğrencilerinin Mesleki Eğitimden Sonuç Beklentileri”, Süleyman Demirel Üniversitesi, Vizyoner Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 18, (2017), s. 41-55.
- ÖSYM 2017 DGS Değerlendirme Raporu, Y.2018, s. 27.
- Kamu Denetçiliği Kurumu’nun 24.04.2017 tarihli 86171061-101.07.04-E.3771 sayılı Tavsiye Kararı, <https://www.ombudsman.gov.tr/wp-content/uploads/2017/04/2016-4666-Adalet-Meslek-Y%C3%BCksekokulu-Mezunlar%C4%B1n%C4%B1n-Dikey-Ge%C3%A7i%C5%9F-S%C4%B1nav%C4%B1daki-Ma%C4%9Fduriyetleri-Hakk%C4%B1nda.pdf>, 29.04.2018.
- <http://abp.anadolu.edu.tr/tr/program/dersler/1590/13>, 27.04.2018.
- <http://adaletmyo.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/115/files/ders-icerikleri-2016-ve-sonrasi-25052017.pdf>, 27.04.2018.
- <http://adaletmyo.sdu.edu.tr/tr/dokumanlar/6-ders-plani-ve-icerikleri>, 24.04.2018.
- <http://akademik.adu.edu.tr/myo/yenipazar/default.asp?idx=313939>, 27.04.2018.
- <http://aksumyo.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/112/files/yerel-yonetimler-ders-icerikleri-04082016.pdf>, 27.04.2018.

<http://iibf.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/271/files/kamu-yonetimi-yeni-ders-icerikleri-13062014.doc>, 27.04.2018.

<http://ikinciuniversite.anadolu.edu.tr/#>, 21.04.2018.

<http://ispartamyosdu.edu.tr/assets/uploads/sites/88/files/dis-ticaret-ders-icerikleri-30012018.pdf>, 27.04.2018.

<http://ispartamyosdu.edu.tr/assets/uploads/sites/88/files/insan-kaynaklari-ders-icerigi-11112015.doc>, 27.04.2018.

<http://katalog.cbu.edu.tr/Site/CourceStructure.aspx?ProgramID=1322&lang=1>, 27.04.2018.

[http://ttkb.meb.gov.tr/meb\\_iys\\_dosyalar/2018\\_02/1511325\\_9\\_cizelgeveesaslar.pdf](http://ttkb.meb.gov.tr/meb_iys_dosyalar/2018_02/1511325_9_cizelgeveesaslar.pdf), 22.02.2018.

<http://uzem.cbu.edu.tr/tr/uzaktan-egitim-nedir>, 23.04.2018.

<http://www.adalet.gov.tr/duyurular/2006/may06/acikogilan/acikog%5CE%4%09E%4%0B0T%4%0B0M%20DUYURU.doc>, 23.04.2018.

<http://www.atk.gov.tr/haber12.02.18.html>, 25.04.2018.

<http://www.ensonhaber.com/acikogretime-kayit-icin-dgsye-girme-sarti-getirildi-2016-06-09.html>, 23.04.2018.

[http://www.megep.meb.gov.tr/dokumanlar/%C3%087er%C3%A7eve%20%C3%096%C4%09Fretim%20Program%C4%B1/ADALET\\_%C3%087%C3%096P\\_10.pdf](http://www.megep.meb.gov.tr/dokumanlar/%C3%087er%C3%A7eve%20%C3%096%C4%09Fretim%20Program%C4%B1/ADALET_%C3%087%C3%096P_10.pdf), 24.04.2018.

<http://www.osym.gov.tr/Eklenti/2992.dgs2008kilavuzpdf.pdf?0>, 23.04.2018.

<http://www.osym.gov.tr/Eklenti/3000,2007dgs-kilavuzpdf.pdf?0>, 23.04.2018.

<http://www.osym.gov.tr/Eklenti/3002,2005dgskilavuztumpdf.pdf?0>, 24.04.2018.

<http://www.osym.gov.tr/Eklenti/3010.tablo-3pdf.pdf?0>, 23.04.2018.

<http://www.osym.gov.tr/TR.4723/2014-dgs-kilavuzu-900-kosul-ile-ilgili-olarak-danistay-idari-dava-daireleri-kurulunun-yurutmeyi-durdurma-kararinin-uygulanmasi-24062015.html>, 29.04.2018.

[http://www.parlakbirgelecek.com/tr/faydali-bilgiler/universite-secimine-baslarcken/hukuk-mu-kamu-yonetimi-mi#/,](http://www.parlakbirgelecek.com/tr/faydali-bilgiler/universite-secimine-baslarcken/hukuk-mu-kamu-yonetimi-mi#/) 03.01.2018



[http://www.yok.gov.tr/web/guest/anasayfa?p\\_p\\_auth=VgA5HMfi&p\\_p\\_id=101&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_101\\_struts\\_action=%2Fasset\\_publisher%2Fview\\_content&\\_101\\_assetEntryId=37405853&\\_101\\_type=document&redirect=http%3A%2F%2Fwww.yok.gov.tr%2Fweb%2Fguest%2Fduyurular%3Fp\\_p\\_id%3D3%26p\\_p\\_lifecycle%3D0%26p\\_p\\_state%3Dmaximized%26p\\_p\\_mode%3Dview%26\\_3\\_keywords%3Db%25C3%25B1%25C3%25BCm%2Bve%2Bprogram%2Ba%25C3%25A7ma%2Besaslar%25C4%25B1%26\\_3\\_struts\\_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26\\_3\\_redirect%3D%252Fweb%252Fguest%252Fduyurular](http://www.yok.gov.tr/web/guest/anasayfa?p_p_auth=VgA5HMfi&p_p_id=101&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_101_struts_action=%2Fasset_publisher%2Fview_content&_101_assetEntryId=37405853&_101_type=document&redirect=http%3A%2F%2Fwww.yok.gov.tr%2Fweb%2Fguest%2Fduyurular%3Fp_p_id%3D3%26p_p_lifecycle%3D0%26p_p_state%3Dmaximized%26p_p_mode%3Dview%26_3_keywords%3Db%25C3%25B1%25C3%25BCm%2Bve%2Bprogram%2Ba%25C3%25A7ma%2Besaslar%25C4%25B1%26_3_struts_action%3D%252Fsearch%252Fsearch%26_3_redirect%3D%252Fweb%252Fguest%252Fduyurular), 27.04.2018.

<http://www.yok.gov.tr/web/guest/lisans-tamamlama/dikey-gecis>, 23.04.2018.

<https://dokuman.osym.gov.tr/pdfdokuman/2014//DGS/TABLO1Kosullar23052014.pdf>, 23.04.2018.

<https://www.osym.gov.tr/TR.15240/2018-yuksekogretim-programlari-ve-kontenjanlari-kilavuzu.html>, 07.06.2019.

<https://ilan.memurlar.net/ilan/36551/adli-tip-kurumu-personel-alim-ilani.html>, 25.04.2018.

<https://polisokullari.tr.gg/Pmyo-Dersler-Ve-%26%23304%3B%E7erikleri-.htm>, 27.04.2018.

<https://www.ataof.edu.tr/Kayıtlar/49/25>, 21.04.2018



## HAKEMLİ MAKALE

### ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE YÖNETİM\*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akçaal\*\*

#### ÖZET

Birlikte mülkiyetin paylı mülkiyete nazaran istisnaî türü elbirliği mülkiyetidir. Elbirliği mülkiyetinde ortakların önceden belirlenmiş payları yoktur. Her bir ortağın hakkı ortaklığa giren malların tamamına yaygındır. Paylı mülkiyetteki detaylı hükümlerden farklı olarak, elbirliği mülkiyetinde yönetim 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Eşya Hukuku Kitabı'nda sadece bir maddede (TMK. m. 702) düzenlenmektedir. Buna göre, kural olarak elbirliği mülkiyetinde yönetim için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri aranmaktadır. Elbirliği mülkiyetine temel oluşturan hukukî ilişkiler bakımından ise nispeten daha ayrıntılı düzenlemeler mevcuttur. Elbirliği mülkiyetine temel oluşturan hukukî ilişkiler sınırlı sayıdadır. Bunlar, mal ortaklığı, aile malları ortaklığı, miras ortaklığı ve adi ortaklıktır. Bu çalışmada bahse konu ortaklık türleri esas alınarak elbirliği mülkiyetinde yönetim incelenmiştir.

**Anahtar kelimeler:** *Elbirliği mülkiyeti, Mal ortaklığı, Aile malları ortaklığı, Miras ortaklığı, Adi ortaklık.*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 04.10.2019

Kabul Edildiği Tarih: 06.11.2019

\*\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

E-Mail: [mehmetakcaal@hotmail.com](mailto:mehmetakcaal@hotmail.com)

ORCID-ID: 0000-0003-3228-8486

## PEER-REVIEWED ARTICLE

### ADMINISTRATION OF JOINT OWNERSHIP

#### ABSTRACT

Partners do not have any pre-determined shares in joint ownership. The rights of each partner are common to all of the goods entering the partnership. The joint ownership is an exceptional type of ownership rather than collective ownership. In contrast to the detailed provisions in the collective ownership, administration under joint ownership is regulated in only one article in the Turkish Civil Code no 4721 (TCC. Art. 701). Accordingly, as a rule, unanimous decision of the partners is required for administration under joint ownership. On the other hand, there are relatively more detailed provisions in terms of legal relations which form the basis of the joint ownership. The legal relations that form the basis for the joint ownership are restrictive. These are community of property, ownership in undivided shares, community of heirs, the simple partnership. In this study, administration of joint ownership is examined on the basis of partnership types.

**Key words:** *Joint ownership, Community of Property, Ownership in undivided shares, Community of heirs, the Simple Partnership.*

## I. GİRİŞ

Mülkiyet hakkı birden fazla kişiye ait olduğu takdirde, birlikte mülkiyetten (topluluk mülkiyetinden) bahsedilir. Birlikte mülkiyet ikiye ayrılır. Bunlar, paylı mülkiyet (TMK. m. 688 vd.; Miteigentum) ve elbirliği mülkiyeti (Gesamteigentum)'dir. Bunların haricinde yeni bir birlikte mülkiyet türü ise kurulamaz. Zira, birlikte mülkiyette sınırlı sayı (tipe bağlılık = numerus clausus) ilkesi hâkimdir<sup>1</sup>.

Elbirliği mülkiyeti (iştirak halinde mülkiyet), TMK. m. 701 vd.'nda düzenlenmektedir. Bu kapsamda, kanunkoyucu tarafından elbirliği mülkiyeti tanımlanmaktadır (TMK. m. 701/I). Bahsedilen tanıma göre, elbirliği mülkiyeti, kanun veya kanunda öngörülen sözleşmeler gereğince oluşan topluluk dolayısıyla mallara birlikte malik olan kişilerin mülkiyetidir. Buradan hareketle, elbirliği mülkiyeti, birden fazla kişinin aralarında önceden mevcut olan bir topluluk ilişkisi sebebiyle bir Őeye birlikte malik olmasıdır<sup>2</sup>. Görüldüğu üzere, elbirliği mülkiyetinin

<sup>1</sup> Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid, Jörg / Rumo-Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002, s. 826; Rey, Heinz, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, 3. Auf., Bern 2007, s. 167; Berki, Şakir, Aynı Haklar, Ankara 1965, s. 6; Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K., Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963, s. 235 vd.; Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 301; Dural, Mustafa, Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981, s. 65; Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011, s. 83; Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 398; Ertaş, Şeref, Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012, s. 225; Esener, Turhan / Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 175; Sirmen, A. Lâle, Eşya Hukuku, Ankara 2013, s. 298; Güman, Nihat, Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010, s. 5. Bunlara ilâveten, kat mülkiyetinin tek kişi mülkiyeti ile birlikte mülkiyetin bir arada bulunduğu bir mülkiyet türü olduğu hakkında bkz. Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 388.

<sup>2</sup> Rey, 254; Saymen / Elbir, 256 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 341; Akipek / Akıntürk, 409; Eren, Mülkiyet, 125; Gürsoy / Eren / Cansel, 431; Ertaş, 251; Esener / Güven, 188; Sirmen, 330; Güman, 9. Ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Öktem, İmran, Kolektif Mülkiyette İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946; Kayaoğlu, Ahmet Ziya, Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, Ankara 1946. Elbirliği mülkiyeti, İslam Hukuku'nda, Roma Hukuku'nda ve Fransız Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bahse konu müessese, Cermen (Aile) Hukuku'ndan Alman Medenî Kanunu'na girmiş, sonra da Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında yer almıştır (Bertan, Suad, Aynı Haklar, C. 1, Ankara 1976, s. 423; Ertaş, 250; Güman, 7).

varlığından bahsetmek için iki şartın varlığı aranmaktadır. Bunlardan ilki, ortaklar arasında önceden kurulmuş bulunan bir topluluk ilişkisinin varlığıdır. İkinci şart ise, bahse konu ilişki sebebiyle ortaya çıkan ve malın tamamını kapsayan paylara bölünmemiş bir elbirliğiyle hak sahipliği ilişkisidir<sup>3</sup>.

Paylı mülkiyetten farklı olarak, elbirliği mülkiyetinin temelinde yer alan topluluk ilişkisi ancak kanunun öngördüğü şekillerde gerçekleşebilir. Başka bir deyişle, elbirliği mülkiyeti ancak hukuk düzeni tarafından açıkça öngörülen hallerde bahse konu olur. Zira, bu konuda sınırlı sayı esası geçerlidir. Sözleşmeyle böyle bir ilişkinin yaratılması mümkün değildir<sup>4</sup>. Dolayısıyla, elbirliği mülkiyeti paylı mülkiyete nazaran istisnaî nitelikte olup, onun varlığını iddia eden kimse bunu ispat yükü altındadır<sup>5</sup>.

Mal ortaklığı (TMK. m. 256), aile malları ortaklığı (TMK. m. 373, 379) ve miras ortaklığı (TMK. m. 640) Türk Medenî Kanunu kapsamında elbirliği mülkiyetine temel oluşturan hallerdir. Adi ortaklık (TBK. m. 638/I) ise Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde yine buraya dâhildir. Bununla beraber, elbirliği mülkiyetinde yönetimin genel olarak düzenlendiği tek madde TMK. m. 702 hükmüdür. Daha detaylı düzenlemeler ise, elbirliği mülkiyetine temel oluşturan her bir hukukî ilişki için özel olarak öngörülmektedir. İşte, bu çalışmanın amacı, elbirliği mülkiyetinde yönetimin her bir ortaklık türü bakımından ayrı ayrı incelenmesidir.

## II. GENEL OLARAK ELBİRLİĞİ MÜLKİYETİNDE YÖNETİM

Elbirliği mülkiyetinde yönetim (idare), ortaklık amacını elde etmek için, ortaklar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, ortaklığın her türlü işlerinin

<sup>3</sup> Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 826; Ayiter, Nüşin, Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961, s. 121-122; Saymen / Elbir, 258; Gürsoy / Eren / Cansel, 431; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 341; Akipek / Akıntürk, 410-411; Bertan, 423-424; Ertaş, 251; Esener / Güven, 188; Güman, 9.

<sup>4</sup> Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 826; Schmid, Jörg / Hürlimann-Kaup, Bettina, Sachenrecht, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf 2003, s. 160; Rey, 260 vd.; Saymen / Elbir, 259; Gürsoy / Eren / Cansel, 435; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 343; Akipek / Akıntürk, 410; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 343; Ertaş, 251; Esener / Güven, 189; Sirmen, 331; Güman, 19.

<sup>5</sup> Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 827; Bertan, 427; Gürsoy / Eren / Cansel, 435; Güman, 20.

yürütülmesi demektir. Başka bir deyişle, yönetimden maksat, ortaklık amacını gerçekleştirmeye yönelik her türlü faaliyettir<sup>6</sup>. Bu niteliği itibariyle, elbirliği mülkiyetine vücut veren ortaklığın yönetimi ortakların bir iç işinden ibarettir<sup>7</sup>. Meselâ, yap işlerine girişilmesi veya eşyanın kiraya verilmesi bu kapsamdadır<sup>8</sup>.

Elbirliği mülkiyetinde ortaklığın tüzel kişiliği yoktur. Bu sebeple, ortaklığın yönetim işlerini yerine getirmeye yetkili organların varlığından da bahsedilemez. Keza, ortak da tüzel kişiliğin bir organı durumunda değildir. Aksine, ortaklığın meydana getiren kişilerden biri olarak ortaklığın yönetim işleriyle doğrudan ilgili kişi konumundadır. Dolayısıyla, ortaklığın işleri aynı zamanda ortağın kendi işi niteliğindedir<sup>9</sup>.

Elbirliği mülkiyetine dâhil olan mal ve hakların ortaklık tasfiye oluncaya kadar elbirliği halinde mülkiyete konu olarak kalması gerekmez. Ortaklık sırasında üçüncü kişi veya bir ya da birkaç ortak ile sözleşme yapılarak ortaklık için mal ve haklar edinilebilir. Aynı şekilde, ortaklığa dâhil mal veya hak başkasına devredilebilir ya da bir hakla sınırlanabilir. Bahse konu hukukî işlemlerin geçerliliği bakımından her bir ortaklığa ilişkin özel hükümlerin de göz önünde bulundurulması gerekir<sup>10</sup>.

Paylı mülkiyetin (TMK. m. 689 vd.) aksine, elbirliği mülkiyetinde yönetime ilişkin olarak Türk Medenî Kanunu'nda ayrıntılı bir şekilde genel hükümler öngörülmemektedir. Bununla beraber, TMK. m. 702/II'ye göre, "Kanunda veya sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, ... yönetim ... için ortakların oybirliğiyle karar vermeleri gerekir". Dolayısıyla, elbirliği mülkiyetinde yönetimin oybirliğiyle yürütülmesi esastır<sup>11</sup>. Başka bir deyişle, ortaklığın yönetme hakkı ve borcu, kural olarak ortakların tamamına aittir. Yönetim konusunda oybirliği, önceden

<sup>6</sup> Yönetim kavramı doktrinde paylı mülkiyet bakımından da tanımlanmaktadır. Buna göre, yönetimden maksat ise, eşyanın fizikî varlığının korunması, gelir ve veriminin artırılması, özgülleme amacına uygun olarak kullanılması için gerekli hukukî ve fiili tarzdaki işlemlerin yapılıp önlemlerin alınmasıdır (Rey, 185; Gürsoy / Eren / Cansel, 411; Esener / Güven, 178).

<sup>7</sup> Şener, Oruç Hami, *Adi Ortaklık*, Ankara 2008, s. 290.

<sup>8</sup> Rey, 185.

<sup>9</sup> Ayiter, 119; Gürsoy / Eren / Cansel, 433; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 341 vd.

<sup>10</sup> Bertan, 431.

<sup>11</sup> 1. HD. T. 10.3.2003, E. 2003/1921 K. 2003/2607 (KBİBB.).

sağlanabileceği gibi, bu sonradan da yerine getirilebilir. Meselâ, bir ortak tarafından diğer ortaklar adına yapılan kira sözleşmesine diğer ortaklar icazet verebilir. Aksi takdirde, yetkisiz temsil hükümleri (TBK. m. 46 vd.) uygulanır. Ortak kendi adına ve hesabına hareket ettiği takdirde ise, hukukî işlem geçerli olur; ancak borcunu ifa edemeyen ortak bundan sorumlu tutulur (TBK. m. 112)<sup>12</sup>.

Oybirliği esası, mal ortaklığı (TMK. m. 263/I), aile malları ortaklığı (TMK. m. 377/I), miras ortaklığı (TMK. m. 640/II) ve adi ortaklık TBK. m. 624/I) bakımından açıkça düzenlenmektedir<sup>13</sup>. Hal böyle olunca, paylı mülkiyetin aksine, elbirliği mülkiyeti bakımından olağan, önemli ve olağanüstü yönetim işleri arasında bir ayırım yapmak ilk bakışta gereksiz görünmektedir. Nitekim, kanunkoyucu tarafından paylı mülkiyette yönetim işlerinde karar nisabının belirlenmesi bakımından olağan yönetim işleri (TMK. m. 690), önemli yönetim işleri (TMK. m. 691) ve olağanüstü yönetim işleri (TMK. m. 692) şeklinde üçe ayrılmıştır<sup>14</sup>. Elbirliği mülkiyetinde yönetim işleri bakımından ise böyle bir ayırım yapılmamıştır. Bununla beraber, elbirliği mülkiyetinin özel tiplerini düzenleyen hükümlerde, yönetim konusundaki oybirliği kuralı çoğu durumda etkisiz kılınmaktadır. Meselâ, mal ortaklığında olağan yönetim sınırları içinde her eş ortaklığı yükümlülük altına sokabileceği gibi, ortak mallarda da tasarruflarda bulunabilir (TMK. m. 262/II). Yine, aile malları ortaklığında ortaklardan her biri olağan yönetim işlerini tek başına yapabilir (TMK. m. 377/II). Keza, her ortak miras ortaklığına temsilci atanmasını isteyebilir (TMK. m. 640/III). Üstelik, doktrinde olağan yönetim işlerini her bir mirasçının yapabileceği belirtilmektedir<sup>15</sup>. Aynı şekilde, adi ortaklıkta her ortak olağan yönetim işlerini tek başına yapabilir (TBK. m. 625). Görüldüğü üzere, elbirliği mülkiyetinde genellikle

<sup>12</sup> Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 346; Akipek / Akıntürk, 413-414; Ertaş, 253; Sirmen, 333; Güman, 22.

<sup>13</sup> Tekinay, Selâhattin S., Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978, s. 438; Gürsoy / Eren / Cansel, 438.

<sup>14</sup> Paylı mülkiyette bahse konu yönetim işleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Schwab, Karl Heinz / Prütting, Hanns, Sachenrecht, 26. Auf., München 1996, s. 265-266; Bertan, 384 vd.; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 311 vd.; Gürsoy / Eren / Cansel, 411 vd.; Eren, 101 vd.; Ertaş, 234 vd.; Esener / Güven, 178 vd.; Sirmen, 308 vd.

<sup>15</sup> Ayiter, 121 vd.; Gürsoy / Eren / Cansel, 439; Erman, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 2016, s. 76; Ertaş, 253.



olağan yönetim işleri, olağanüstü yönetim işlerinden ayrılmıştır. Buna göre, olağan yönetim işleri her ortak tarafından yapılabilir. Keza, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de ortaklar tek başına hareket edebilir. Meselâ, hak düşürücü sürenin geçmesini önlemek için ortaklardan her biri bu amaçla dava açabilir<sup>16</sup>. Hâlbuki, diğer yönetim işleri bakımından kural olarak oybirliğiyle karar alınması gerekir<sup>17</sup>.

Elbirliği mülkiyetinde yönetim sadece ortaklık hesabına üçüncü kişilerle kapsamlı işlere girişmekten ibaret değildir; aynı zamanda, ufak tefek, daha doğrusu olağan birçok işin de görülmesini gerektirir. Bu sebeple, yukarıdaki çözümün aksi kabul edilmiş olsaydı, yani her türlü karar bakımından katı bir biçimde oybirliği aransaydı, elbirliğine temel oluşturan ortaklık ilişkisi taraflar için çekilmez bir hal alırdı. Zira, bu ilkedен ötürü ortaklar birbirlerinden bağımsız olarak herhangi bir işlem yapamaz hale gelirdi. Dolayısıyla, kanunkoyucunun elbirliği mülkiyetinden beklediği fayda, tam tersine zarara dönüştü. Böylelikle, elbirliği mülkiyeti sadece işlerin sürüncemede kalmasına yol açan bir mülkiyet türü halini alabilirdi. İşte, bunu önlemek için kanunkoyucu tarafından her bir ortaklık türü bakımından görünüşte farklı olsa da aynı esastan hareket eden birtakım özel düzenlemeler getirilmiştir<sup>18</sup>. Çalışmanın devamında her bir elbirliği ortaklığı bakımından bahse konu hükümler ayrıntılı olarak incelenmiştir.

### III. MAL ORTAKLIğINDA YÖNETİM

#### A. Genel Olarak Mal Ortaklığı Kavramı

Elbirliği ortaklığını oluşturan ve kanunda öngörülen sözleşmeler daha ziyade aile hukukunda mevcuttur. Bahse konu sözleşmeler, mal ortaklığı sözleşmesi ile aile malları ortaklığı sözleşmesidir<sup>19</sup>.

Eşler arasında kanunî mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir (TMK. m. 202/I). Ancak, eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda sayılan diğer mal

<sup>16</sup> Akipek / Akıntürk, 413; Esener / Güven, 190; Güman, 22-23.

<sup>17</sup> Tekinay, 438-439; Gürsoy / Eren / Cansel, 438; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 346; Güman, 22.

<sup>18</sup> Ayiter, 119-120.

<sup>19</sup> Eren, 131.

rejimlerinden birini seçme hakkına sahiptir. Bunlar, mal ayrılığı (TMK. m. 242-243); paylaşmalı mal ayrılığı (TMK. m. 244 vd.) ile mal ortaklığıdır (TMK. m. 256 vd.)<sup>20</sup>. Görüldüğü üzere, mal ortaklığı, sözleşmeden doğan (akdi) mal rejimlerinden biridir. Diğer mal rejimi sözleşmeleri gibi, mal ortaklığı sözleşmesinin de evlenmeden önce veya sonra yapılması mümkündür (TMK. m. 203, c. 1). Mal ortaklığı sözleşmesinin geçerliliği, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılmasına bağlıdır. Bununla beraber, tarafların hangi mal rejimini seçtiklerini evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak da bildirmeleri mümkündür (TMK. m. 205/I). Nihayet, mal ortaklığı rejimi, mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin ortadan kalkması ve eşlerden birinin talepte bulunması üzerine hâkimin eski mal rejimine dönülmesine karar vermesiyle de oluşabilir (TMK. m. 208/II)<sup>21</sup>.

Mal ortaklığı rejiminde kanunkoyucu tarafından eşlere hangi malların kişisel mal, hangilerinin ise ortaklık malı olacağını belirleme imkânı tanınmıştır. Başka bir deyişle, eşler, Kanun'da öngörülen mal ortaklığı çeşitlerinden birini seçebilirler. Bu kapsamda, iki çeşit mal ortaklığı mevcuttur. Bunlar, genel mal ortaklığı (TMK. m. 257) ve sınırlı mal ortaklığıdır (TMK. m. 258-259). Sınırlı mal ortaklığı kendi içinde ikiye ayrılır. Bunlar, edinilmiş mallarda ortaklık ve diğer mal ortaklıklarıdır<sup>22</sup>.

Genel mal ortaklığı kapsamında ortaklık malları, eşlerin kanundan dolayı kişisel mal sayılanlar haricindeki bütün malları ve bunların gelirlerinden oluşur (TMK. m. 257/I). Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle sadece edinilmiş mallardan oluşan bir ortaklık da kurabilirler (TMK. m. 258). Buna, edinilmiş mallarda ortaklık denir.

<sup>20</sup> Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, 13. Baskı, İstanbul 2011, s. 146; Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 103-104; Kılıçoğlu, Ahmet M., Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 238; Öztan, Bilge, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 549; Zevkliler, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe, Gürpınar / Damla, Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012, s. 267; Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer, Türk Medeni Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 169; Yıldırım, Abdülkerim, Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s. 93; Erdem, Mehmet, Aile Hukuku, Ankara 2018, s. 257.

<sup>21</sup> Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya, Medenî Hukuk, 18. Baskı, İstanbul 2013, s. 258; Hatemi, Aile, 101-102; Öztan, Aile, 400 vd.; Kılıçoğlu, Aile, 238; Yıldırım, 94-95; Erdem, 258.

<sup>22</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 188; Öztan, Aile, 550; Kılıçoğlu, Aile, 392 vd.; Yıldırım, 117; Erdem, 320.

Böyle bir durumda, kişisel malların gelirleri de bahse konu ortaklığa dâhil sayılır. Nihayet, diğer mal ortaklığı da eşler tarafından seçilebilir. Bu takdirde, eşler belli malvarlığı değerlerini veya türlerini ortak mal grubunun dışında bırakırlar, yani ortaklık malını olumsuz şekilde belirlerler. Meselâ, eşler, taşınmaz malları, taraflardan birinin kazancını, bir meslek veya sanat icrası için kullandığı malları bu şekilde ortaklık dışında tutabilirler (TMK. m. 259)<sup>23</sup>.

Üç çeşit mal ortaklığı rejiminde de üç grup mal vardır. Bunlar, ortaklık malı, kadının kişisel malı ve kocanın kişisel malıdır (TMK. m. 256)<sup>24</sup>.

## **B. Ortaklığın Yönetimi**

Mal ortaklığında yönetim, TMK. m. 262 vd.'nda "Yönetim ve Tasarruf" üst başlığı altında düzenlenmektedir. Bu kapsamda, mal ortaklığında eşlerin yönetim yetkisi ortaklık malları (TMK. m. 262 vd.) ile kişisel mallar (TMK. m. 267) bakımından farklı esaslara tâbi tutulmaktadır. Aşağıda da kanunkoyucunun sistematığıne uygun olarak her iki mal çeşidi bakımından ayrı ayrı açıklamalarda bulunulmuştur.

### **1. Ortaklık Mallarının Yönetimi**

Eşler, ortaklık malları üzerinde mal rejiminin kurulmasıyla birlikte kendiliğinden elbirliği halinde hak sahibi olurlar. Burada eşya hukukundaki hükümler dikkate alınır (TMK. m. 701 vd.). Ancak, elbirliği mülkiyeti mal rejiminden dolayı meydana geldiği için ortaklık mallarına giren taşınmazların tapu kütüğüne tescili açıklayıcı niteliktedir<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 189; Öztan, Aile, 551; Kılıçoğlu, Aile, 392; Yıldırım, 117; Erdem, 320-321.

<sup>24</sup> Hegnauer, Cyril / Breitschmid, Peter, Grundriss des Eherechts, 4. Auf., Bern 2000, s. 285; Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas, Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bd. II, 2. Unterteilband, Die Gütergemeinschaft, Die Gütertrennung, Bern 1996, s. 44; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 325.

<sup>25</sup> Gümüş, M. Alper, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. 185-281), İstanbul 2008, s. 437; Dural, Mustafa / Öğüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015, s. 245; Eren, 132.

Ortaklık mallarının yönetimi kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, olağan yönetim ve olağanüstü yönetim işleridir. Nitekim, Kanun'da da önce olağan, daha sonra ise olağanüstü yönetime ilişkin hükümler mevcuttur (TMK. m. 262 vd.).

### a. Olağan Yönetim İşleri

Mal ortaklığında olağan yönetim işlerinin öngörüldüğü TMK. m. 262, TMK. m. 702/II'ye nazaran özel hüküm niteliğindedir. Buna göre, olağan yönetim kapsamında eşlerden her biri tek başına evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler ve bu kapsamdaki işlemleri yapabilirler (TMK. m. 262/I)<sup>26</sup>.

Olağan yönetim işlerinin sınırlarının belirlenmesi bakımından paylı mülkiyete ilişkin TMK. m. 690 hükmü göz önünde bulundurulmalıdır<sup>27</sup>. Buna göre, paylı mülkiyette paydaşlardan her biri olağan yönetim işlerini yapmaya yetkilidir. Bahse konu yetkiye nelerin dâhil olduğu misaller halinde ilk fıkrada sayılmaktadır. Bu itibarla, küçük onarım işlerini yaptırma ve tarım işlerini yürütme olağan yönetim işlerine dâhildir. Zira, olağan yönetim işlerinden maksat, her ortağın tek başına yapabildiği, eşyanın bütünlüğü bakımından fazla önem taşımayan ya da aşırı bir masraf gerektirmeyen işlerdir. Dolayısıyla, kapı ve pencerelerin tamiri, kırılan camların veya bozulan muslukların yerine yenilerinin taktırılması, çatıdaki kırık kiremitlerin değiştirilmesi, tıkanan su yollarının açtırılması, bağ ve bahçenin budanması bu kapsamda sayılmaktadır. Aynı şekilde, vergi, resim, harçlar ile vadesi gelmiş taksitlerin ve sigorta primlerinin ödenmesi, hasta hayvanın tedavi ettirilmesi, acilen yerine getirilmesi gereken koruma önlemlerinin alınması ve bozulma ihtimali bulunan şeylerin sattırılması da buna misaldir<sup>28</sup>.

Burada üzerinde durulması gereken husus, acaba TMK. m. 690/II hükmünün mal ortaklığında olağan yönetim işleri bakımından uygulanıp

<sup>26</sup> Hegnauer / Breitschmid, 288; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 327-328; Hausheer / Reusser / Geiser, 124 vd.; Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 190; Öztan, Aile, 552; Kılıçoğlu, Aile, 395; Yıldırım, 118; Erdem, 321.

<sup>27</sup> Hegnauer / Breitschmid, 288; Dural / Ögüz / Gümüş, 247.

<sup>28</sup> Gürsoy / Eren / Cansel, 413; Ayiter, 93; Saymen / Elbir, 242; Tekinay, 438; Esener / Güven, 103; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, 313; Arpacı, 129 vd.; Hatemi / Serozan / Arpacı, 115-116.

uygulanamayacağı hususudur. Kanaatimizce, eşler tarafından alınacak bir kararlar olağan yönetim işlerinde yetkiyle ilgili farklı bir düzenleme getirilebilir. Bu durumda ise eşlerin olağan yönetim işlerinde de birlikte hareket etmeleri aranır.

### b. Olağanüstü Yönetim İşleri

Olağanüstü yönetim işlerinden maksat, olağan yönetimin dışında kalan konulardır. Başka bir deyişle, olağan yönetimi aşan, hayat tecrübelerine göre malvarlığının alışlagelmiş yönetiminin dışında kalan bütün iş ve hukukî işlemler buraya dâhildir<sup>29</sup>.

Mal ortaklığı rejiminde olağan yönetimden farklı olarak, olağanüstü yönetim işleri bakımından eşlerin rızasının varlığı aranmaktadır. Gerçekten de, TMK. m. 263/II'ye göre, olağanüstü yönetim işlerinde eşler ya birlikte ya da biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya ortaklık mallarında tasarruf edebilirler. Bununla birlikte, kanunkoyucu tarafından üçüncü kişilerin iyiniyeti de korunmuştur. Buna göre, eşin rızasının bulunmadığını bilmeyen veya bilecek durumda olmayan üçüncü kişiler bakımından bu irade açıklaması var sayılmaktadır (TMK. m. 263/II)<sup>30</sup>.

Özel bir olağanüstü yönetim hali, mirasın kabulü ve reddi bakımından TMK. m. 265 hükmünde öngörülmektedir. Buna göre, ilk olarak eşlerden birinin diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddetmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, tereke borca batık olduğu takdirde, miras, ortaklık malına girmeyecek olsa bile tek başına kabul edilemez. Ancak, bazı hallerde talepte bulunan eş mirasın kabulü veya reddi konusunda kendi yerleşim yeri mahkemesine

<sup>29</sup> Hegnauer / Breitschmid, 288; Öztan, Aile, 552; Kılıçoğlu, Aile, 395.

<sup>30</sup> Hegnauer / Breitschmid, 288-289; Hausheer / Reusser / Geiser, 129 vd.; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 208; Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim, Aile Hukuku, İstanbul 1985, s. 146; Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 190; Kılıçoğlu, Aile, 395-396; Yıldırım, 118; Erdem, 321.

başvurabilir. Bu haller, diğer eşin rızasının alınmasına imkân bulunmaması ile bu konudaki talebin haklı sebep olmaksızın reddedilmesidir (TMK. m. 265/II)<sup>31</sup>.

Ortaklık mallarına ilişkin olağanüstü yönetim işlerinde aranan oybirliği esasının, ortaklık malları ile meslek veya sanat icra edilmesi bakımından istisnası mevcuttur (TMK. m. 264). Buna göre, eşlerden biri, ortaklık mallarını kullanmak suretiyle tek başına bir meslek veya sanat icra etmek isteyebilir. Böyle bir durumda, eş, diğerinin rızasını almak kaydıyla bu meslek veya sanata ilişkin her türlü hukukî işlemi tek başına yapabilir. Zira bu halde, eşler arasında genellikle bir adi ortaklık sözleşmesinin varlığından bahsedilebilir<sup>32</sup>.

### c. Sorumluluk ve Yönetim Giderlerine Katılma

Mal ortaklığı rejimi çeşitli sebeplerle sona ermiş olabilir. Bu takdirde, eşlerden her biri ortaklık malıyla ilgili işlemlerden dolayı vekil gibi sorumludur. Vekilin özen borcunun belirlenmesi bakımından ölçüt ise, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış tarzıdır (TBK. m. 506/III)<sup>33</sup>. Ortaklık mallarına ilişkin yönetim giderleri ise bahse konu mallardan karşılanır (TMK. m. 266/II).

### 2. Kişisel Malların Yönetimi

Mal ortaklığı rejiminde kişisel malların üç farklı kaynağı vardır. Bunlar, mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması ve kanundur (TMK. m. 260/I). Meselâ, eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevî tazminat alacakları kanun gereğince kişisel mal sayılmaktadır (TMK. m. 260/II). Bu konuda herhangi bir değişiklik yapılamaz. Bir eşin saklı pay olarak isteyebileceği malvarlığı değerleri ise, mal rejimi sözleşmesiyle mal ortaklığına dâhil

<sup>31</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 191; Öztan, Aile, 552; Dural / Ögüz / Gümüş, 247; Kılıçoğlu, Aile, 396; Yıldırım, 118; Erdem, 321.

<sup>32</sup> Hegnauer / Breitschmid, 289; Dural / Ögüz / Gümüş, 247; Kılıçoğlu, Aile, 396; Yıldırım, 118.

<sup>33</sup> Hegnauer / Breitschmid, 289-290. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, M. Alper, Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001; Başpınar, Veyssel, Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004; Kılıçoğlu, Aile, 397; Yıldırım, 119.

edildiği takdirde, mirasbırakanları tarafından kendisine kişisel mal olarak kazandırılmaz (TMK. m. 260/III)<sup>34</sup>.

Ortaklık mallarının haricinde, her bir eşin kendine ait kişisel malları vardır. Bunlar birbirinden ayrı ve bağımsızdır. Dolayısıyla, her eş kendi kişisel malları üzerinde tek kişi mülkiyetine sahiptir<sup>35</sup>. Bu sebeple, her eş kendi kişisel malını kanunî sınırlar içinde bizzat yönetir ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunabilir (TMK. m. 267/I). Yönetim giderleri ise, varsa kişisel mallara giren gelirlerden karşılanır (TMK. m. 267/II)<sup>36</sup>.

### III. AİLE MALLARI ORTAKLIĞINDA YÖNETİM

#### A. Genel Olarak Aile Malları Ortaklığı Kavramı

Aile malları ortaklığı, ailenin özellikle aile başkanının sağlığındaki ekonomik ve sosyal hayat seviyesini onun ölümünden sonra da devam ettirmesi için öngörölmüş bir müessesedir. Bu maksatla, hısımlar, kendilerine geçen mirasın tamamı veya bir bölümü ile ya da ortaya başka mallar koymak suretiyle aralarında bir aile malları ortaklığı kurabilirler. Dolayısıyla, TMK. m. 373 hükmünün lafzına rağmen, aile malları ortaklığı bir mirasın intikali gerçekleşmeden, yani ortaklar arasında mirasçılık ilişkisi bulunmadan da kurulabilir. İster mirasın intikali olsun ister olmasın, aile malları ortaklığına sadece hısımlar dâhil olabilir. Kan hısımları, kayın hısımları ve evlât edinme ilişkisinden doğan hısımlar haricindeki kişiler bakımından böyle bir ortaklık ilişkisi mümkün değildir<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 189; Kılıçoğlu, Aile, 394; Acar, 252; Yıldırım, 117-118.

<sup>35</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 189; Eren, 132.

<sup>36</sup> Gümüš, 440; Öztan, Aile, 553; Kılıçoğlu, Aile, 397; Yıldırım, 119; Erdem, 321.

<sup>37</sup> Feyziođlu, 461-462; Ođuzođlu, Cahit, Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963, s. 322; Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 461; Öztan, Aile, 1240-1241; Kılıçoğlu, Aile, 549; Dural / Öđüz / Gümüš, 386-387; Yıldırım, 171.

Aile malları ortaklığı sözleşmesinin belirli veya belirsiz süre için noterde resmî şekilde yapılması gerekir. Üstelik, bahsedilen sözleşmenin bütün ortakların veya temsilcilerinin imzalarını taşıması da gerekir (TMK. m. 374, m. 375)<sup>38</sup>.

Ortakların mallarının tamamı aile malları ortaklığına dâhil değildir. Gerçekten de, aile malları ortaklığında kanunkoyucu tarafından ortak mallar ve kişisel mallar ayırımı yapılmaktadır (TMK. m. 379). Ortak mallar, yani ortaklığa dâhil mallar genellikle sınırlı biçimde sayılarak ortaklık sözleşmesinde belirlenir. Ortakların, ortaklık dışında bıraktıkları mallar ise kişisel mallara dâhildir. İkinci olarak, her bir ortağın, ortaklığın devamı sırasında miras yoluyla veya herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla edindiği mallar da kural olarak onun kişisel malıdır (TMK. m. 379/III). Ancak, bunun aksini kararlaştırmak ve karşılıksız kazanılan malları ortak mal haline getirip ortaklığa dâhil etmek mümkündür<sup>39</sup>.

Aile malları ortaklığının tüzel kişiliği yoktur. Dolayısıyla, ortaklar, ortaklığa giren mallar (ortak mallar) üzerinde elbirliğiyle hak sahibidirler (TMK. m. 379/I). Ortaklığın borçlarından sorumluluk bakımından ise, elbirliğiyle değil, müteselsilen sorumluluk geçerlidir (TMK. m. 379/II)<sup>40</sup>.

## B. Ortaklığın Yönetimi

Aile malları ortaklığı, aslında ortakların birlikte çalışmasını gerektirir. Ancak, amaç toprağın parçalanmaması olduğu için kazanç payı ile işletme sözleşmesi yapma imkânı da tanınmıştır. Böylece, bizzat çalışmayacak durumda olan kimselerin de ortaklığa katılması hedeflenmiştir. Sonuç itibarıyla, aile malları ortaklığı iki türdür. Bunlar, elbirliğiyle yönetilen aile malları ortaklığı ve kazanç paylı aile malları ortaklığıdır (hisse-i temettü şartıyla kurulan aile şirkettir).

<sup>38</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 461; Öztan, Aile, 1241; Dural / Ögüz / Gümüş, 387; Kılıçoğlu, Aile, 549; Yıldırım, 172.

<sup>39</sup> Feyzioğlu, 464-465; Öztan, Aile, 1243; Dural / Ögüz / Gümüş, 387; Kılıçoğlu, Aile, 551; Yıldırım, 173.

<sup>40</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 461; Öztan, Aile, 1243; Dural / Ögüz / Gümüş, 387; Kılıçoğlu, Aile, 551; Yıldırım, 172.



### 1. Elbirliğiyle Yönetilen Aile Malları Ortaklığında

Kural, aile malları ortaklığının elbirliğiyle yönetilmesidir. Elbirliğiyle yönetimden maksat, ortakların birlikte çalışıp, ortaklığın yönetim işlerini beraber yürütmeleridir. Aksi kararlaştırılmadıkça, bu konuda ortaklar arasında eşitlik esası geçerlidir. Ayrıca, elbirliğiyle yönetilen aile malları ortaklığının yönetim işleri ortaklarının tamamının katılımıyla gerçekleştirilir (TMK. m. 377/I). Başka bir deyişle, dışa karşı temsilde, yani üçüncü kişilerle olan işlemlerin geçerliliği, bütün ortakların katılmasına ve rızasına bağlıdır. Ancak, bunun oldukça güç olduğu dikkate alınarak kanunkoyucu tarafından olağan yönetim işlerinde birlikte yönetim şartı aranmamıştır. Dolayısıyla, ortaklardan her biri, olağan yönetim işlerini diğer ortakların katılımı aranmaksızın yapabilir (TMK. m. 377/II). Görüldüğu üzere, mal ortaklığında olduğu gibi, kanunkoyucu burada da olağan yönetim işlerinde her bir ortağı yetkili kılmıştır. Ancak, mal ortaklığından farklı olarak, burada olağan – olağanüstü yönetim işi ayırımı açıkça yapılmamıştır. Doktrinde ise, olağan dışındaki diğer yönetim işleri önemli yönetim işi kavramı kapsamında değerlendirilmektedir<sup>41</sup>. Kanaatimizce, burada da olağan ve olağanüstü yönetim işleri ayırımının esas alınması tutarlı olur. Bu itibarla, olağanüstü yönetim işleri bakımından kanunkoyucu tarafından yönetici atama imkânı tanınmıştır. Gerçekten de, diğer yönetim işlerinin hızlı bir biçimde yapılması için, ortaklar, aralarından birini ortaklığa yönetici olarak atayabilirler (TMK. m. 378/I). Kanun'un açık lafzı karşısında bunun ortaklık dışında bir kimse olması mümkün değildir<sup>42</sup>.

Yönetici, iç işlerinde ortaklığı yönetir. Ortaklıkla ilgili işlemlerde de ortaklığı, yani bütün ortakları temsil eder. Ancak, ortaklığı kimin temsil edeceğinin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmesi için ticaret siciline kayıt şarttır (TMK. m. 378/III). Aksi takdirde, diğer ortakların temsil yetkisinin bulunmadığı hususu, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> Öztan, Aile, 1245.

<sup>42</sup> Dural / Öğüz / Gümüş, 388; Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 462; Kılıçoğlu, Aile, 550.

<sup>43</sup> Öztan, Aile, 1245-1246; Dural / Öğüz / Gümüş, 388; Kılıçoğlu, Aile, 551; Yıldırım, 172.

## 2. Kazanç Paylı Aile Malları Ortaklığında

Ortaklar aile malları ortaklığında çalışmayı istemediği takdirde, aralarında yapacakları bir sözleşmeyle kazanç paylı aile malları ortaklığı kurabilirler. Bu durumda ortaklar, yıllık kazançtan kendilerine belli bir pay verilmesi kaydıyla ortaklığın temsilini ve ortaklığın mallarının işletilmesini içlerinden birine bırakırlar (TMK. m. 384/I). Görüldüğü üzere, kazanç paylı aile malları ortaklığında yönetim hakkı sadece ortaklardan birine aittir. Hâlbuki, belirtilmelidir ki, elbirliğiyle yönetilen bir aile malları ortaklığına müdür atanmış olması, bunu kazanç paylı aile malları ortaklığına dönüştürmez. Zira, olağan (alelade) bir müdür ortaklara net gelirden pay veremez<sup>44</sup>.

Yönetici (işleten) ortak, diğer ortakların her birine yıllık gelirden belli bir pay verir. Bu pay belirlenirken, kural itibariyle ortaklık mallarının uygun derecede uzun bir dönemdeki kazancının ortalama miktarı, yönetici ortağın çalışması ve yaptığı harcama dikkate alınır (TMK. m. 384/II)<sup>45</sup>.

Yönetici ortağın yükümlülüklerine aykırılığı, ortaklık bakımından özel bir sona erme sebebidir. Gerçekten de, işletme ve temsili üzerine alan ortak, malları gereği gibi işletmez veya yükümlülüklerini yerine getirmese, ortaklar ortaklığın feshini isteyebilirler (TMK. m. 385/I)<sup>46</sup>.

## III. MİRAS ORTAKLIĞINDA YÖNETİM

### A. Genel Olarak Miras Ortaklığı Kavramı

Elbirliği mülkiyetine vücut veren incelemeye konu ortaklıklardan kaynağı doğrudan doğruya kanunda bulunan sadece miras ortaklığıdır (TMK. m. 640)<sup>47</sup>. Miras ortaklığı için mirasbırakanın birden fazla kanunî veya atanmış mirasçı bırakması gerekir; yoksa tek kişi mülkiyeti söz konusu olur. Miras ortaklığı

<sup>44</sup> Akıntürk / Ateş Karaman, Aile, 462; Öztan, Aile, 1246.

<sup>45</sup> Öztan, Aile, 1246; Kılıçoğlu, Aile, 553.

<sup>46</sup> Öztan, Aile, 1246; Kılıçoğlu, Aile, 553.

<sup>47</sup> Druey, Jean Nicolas, Grundriss des Erbrechts, 5. Auf., Bern 2002, s. 197; 2. HD. T. 27.04.2009, E. 5387 K. 8056 "Hükmî şahsiyeti bulunmayan ortaklık mirasın açılmasıyla kendiliğinden doğar..." (Gençcan, Ömer Uğur, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016, s. 1284).

bulunduğu takdirde ise, intikale elverişli diğer bütün haklar gibi, terekede bulunan mallar üzerindeki mülkiyet hakkı da, mirasbırakanın ölümüyle birlikte kendiliğinden mirasçılara geçer. Böylece, mirasçılar tereke malları üzerindeki mülkiyet hakkına elbirliğiyle sahip olurlar (TMK. m. 640/II). Bununla beraber, diğer elbirliği ortaklıklarının aksine, miras ortaklığı süreklilik arz etmez; mirasın geçmesinden paylaşılmasına kadarki zaman için öngörölmüş olup, geçici veya tesadüfi (*communio incidens*) niteliktedir. Başka bir deyişle, miras ortaklığının özelliği, bir tasfiye ortaklığı şeklinde olmasıdır<sup>48</sup>.

## B. Ortaklığın Yönetimi

### 1. Oybirliliği Esasına Göre Yönetim

Terekenin yönetiminden maksat, terekeye dâhil değerlerin korunmasına ve artırmaya yönelik işlerdir. Meselâ, terekeye dâhil paradan dolayı işleyen faize ilişkin talepte bulunulması ve taşınmazların bakımı bu kapsamdadır. Keza, mevcut hukukî işlemlerin tam ve gereği gibi yerine getirilmesi de buraya dâhildir<sup>49</sup>.

TMK. m. 640/II'ye göre, mirasçılar, tereke üzerinde elbirliğiyle hak sahibidir ve sözleşme veya kanundan doğan istisnalar haricinde, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler. Görüldüğü üzere, TMK. m. 640/II'de miras ortaklığında tasarruf konusu açıkça düzenlenmektedir. Buna göre, kural olarak mirasçılar terekede yer alan hiçbir unsur üzerinde tek başına veya oyçokluğuyla

<sup>48</sup> Gursky, Karl-Heinz, Erbrecht, 2. Auf., Heidelberg 1994, s. 86-87; Oğuzman, M. Kemal, Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 379 vd.; Ayiter, Nûşin / Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1991, s. 260 vd.; Ayiter, 89; Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek, Türk Miras Hukuku, Ankara 2019, s. 477-478; Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 412-413; İmre, Zahit / Erman, Hasan, Miras Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 429-430; İnan, Ali Naim / Ertay, Şeref / Albaş, Hakan, Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir 2012, s. 535-536; Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012, s. 471 vd.; Aybay, Aydın, Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2002, s. 101-102; Kılıçoğlu, Ahmet M., Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012, s. 289 vd.; Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul 2009, s. 419-420.

<sup>49</sup> Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Geiser, Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003, s. 672; Brox, Hans, Erbrecht, 16. Auf., Köln-Berlin-Bonn-München 1996, s. 302; Friedrich, Von Walther J., Testament und Erbrecht, 16. Auf., München 1991, s. 329; Gursky, 88; Öztan, Miras, 414.

tasarrufla bulunamazlar<sup>50</sup>. Meselâ, mirasçılardan biri veya bazıları terekeye dâhil herhangi bir malı satamaz, kiralayamaz. Aksi halde, söz konusu sözleşmeler geçersiz olur. Aynı şekilde, mirasçılardan biri terekedeki bir malı tek başına ekip biçemez, hatta olduğu yerden alıp başka bir yere götüremez. Çünkü, mirasçılar mirasın paylaşılmasına kadar tereke üzerinde kendilerine ait bir paya sahip değildir. Ancak, kanunkoyucu istisnâ olarak mirasçının kendi miras payının devrine izin vermektedir (TMK. m. 677-678)<sup>51</sup>.

Diğer ortaklıklardan farklı olarak, miras ortaklığında yönetim ise Kanun'da ayrıca düzenlenmemiştir<sup>52</sup>. Ancak, TMK. m. 702/II hükmü miras ortaklığı için de geçerlidir. Buna göre, tereke yönetimi, kural olarak mirasçılardan tamamı tarafından yerine getirilir. Çünkü, her mirasçının yönetime katılma hakkı vardır. Başka bir deyişle, miras ortaklığını oluşturan mirasçılar, yönetim işleri için kural olarak oybirliğiyle hareket etmek zorundadır. Üstelik, kararın geçerliliği de, kural olarak bütün mirasçılardan oybirliğiyle alınmış olmasına bağlıdır. Zira, miras ortaklığının tüzel kişiliği bulunmadığı için, organları da yoktur. Başka bir deyişle, miras ortaklığının organlar aracılığıyla temsilinden bahsedilemez<sup>53</sup>.

Yönetim işlerinin tamamı bakımından oybirliğinin aranması eleştiriye açıktır. Nitekim, doktrinde miras ortaklığı bakımından da olağan ve olağanüstü (olağanı aşan) yönetim işleri ayrımı yapılmaktadır<sup>54</sup>. Buna göre, her mirasçı, mirasçılık sıfatından dolayı olağan yönetim işlerinin yerine getirilmesi bakımından

<sup>50</sup> Druey, 39; Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 669; Schlüter, Wilfried, Erbrecht, 13. Auf., München 1996, s. 248; Winkler, Von Karl, Erbrecht von A-Z, 5. Auf., München 1995, s. 59; Brox, 312; Berki, Şakir, Miras Hukuku, Ankara 1975, s. 135; 23. HD. T. 7.4.2016, E. 2014/10907 K. 2016/2218 "...Miras ortaklığını oluşturan mirasçılar, terekedeki malvarlığı değerleri üzerinde elbirliği halinde mülkiyet hükümleri gereğince malik oldukları için, kural olarak tek başlarına veya birkaçı birlikte hareketle terekeye dâhil hakkın biri üzerinde tasarrufla bulunamazlar..." (KBİBB.).

<sup>51</sup> Dural / Öz, 452; Eren/ Yücer Aktürk, 477; Antalya, 439 vd.

<sup>52</sup> Tuor / Schnyder / Schmid / Rumo-Jungo, 669. TMK. m. 640/II hükmünde geçen tasarruf deyiminin yönetimi de kapsadığı görüşü için ise bkz. İmre / Erman, 435.

<sup>53</sup> Eren / Yücer Aktürk, 477, 501; Öztan, Miras, 414; İnan / Ertaş / Albaş, 537; Antalya, 422.

<sup>54</sup> Kılıçoğlu, Miras, 296; Ayiter / Kılıçoğlu, 269; Ayiter, 122; İmre / Erman, 435; İnan / Ertaş / Albaş, 537.

diğerlerini temsil yetkisine sahiptir. Olağan yönetimden maksat, terekeye dâhil değerlerin korunması için yapılan fil ve işlemlerdir<sup>55</sup>. Meselâ, terekeye dâhil değerleri korumaya, zarara uğramalarını önlemeye yönelik her türlü tedbir olağan yönetim işi sayılmaktadır. Aynı ölçütten hareketle, her mirasçı terekeye dâhil değerlere ilişkin olağan tamirâtı yaptırma veya bozulacak türden ürünleri toplatıp satma konularında temsil yetkisini haiz kabul edilmektedir. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, "acele hallerde, bu durum devam ettiği sürece her bir mirasçı miras ortaklığı adına hareket etmeye yetkilidir"<sup>56</sup>. Olağanüstü yönetim işleri ise, tereye dâhil bir malın değerini artıran veya azaltan işlerdir<sup>57</sup>. Meselâ, terekeye dâhil malların işletilmesi veya kiraya verilmesi ya da olağan yönetimin sınırları aşan nitelikte tamir işlerinin yapılması böyledir. Yine, terekeye dâhil bir arazi üzerine bina inşa edilmesi bu kapsamdadır. Bu konuda mirasçıların oybirliğiyle hareket etmeleri aranmalıdır. Bu konuda irade açıklamasının geçerliliği herhangi bir şekilde tâbi değerdir; açık veya örtülü olması mümkündür. Keza, alınmış bulunan karara sonradan katılmak suretiyle de oybirliği sağlanabilir<sup>58</sup>.

Diğer ortaklık hallerinden farklı olarak, miras ortaklığında olağan ve olağanüstü yönetim işleri ayırımı kanunda açıkça öngörülmemektedir. Bu durum, özellikle tereke temsilcisi bulunmadığı takdirde, terekenin yönetimini ciddî biçimde zora sokmaktadır. Hâlbuki miras ortaklığının amacı, terekenin paylaşmaya kadar dağılmasını, kaybolmasını önlemek, rahat ve çekişmesiz bir paylaşma gerçekleştirip tereke mallarını mirasçıların kendi hak sahipliğine geçirmektir<sup>59</sup>. Dolayısıyla, olması gereken hukuk bakımından miras ortaklığında da olağan ve olağanı aşan yönetim işleri ayırımı kanunkoyucu tarafından açıkça öngörülmalıdır.

<sup>55</sup> Ayiter / Kılıçoğlu, 269; İmre / Erman, 435.

<sup>56</sup> BGE 58 II 200. Nitekim, doktrinde acele işlerde vekâletsiz iş görme (TBK. m. 526) olarak her bir mirasçının tek başına hareket etmesine de izin verilmesi gerektiği belirtilmektedir (Hatemi, Hüseyin, Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2004, s. 131).

<sup>57</sup> Ayiter, 122; Ayiter / Kılıçoğlu, 269.

<sup>58</sup> İmre / Erman, 435.

<sup>59</sup> Eren / Yücer Aktürk, 474.

Olağan yönetim işlerindeki temsil yetkisinin sınırlanmasının veya kaldırılmasının mümkün olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bahse konu meselenin özünde TBK. m. 629/II hükmünün miras ortaklığı bakımından uygulanıp uygulanamayacağı konusu yer almaktadır. Adi ortaklığa ilişkin bu hükme göre, ortaklık sözleşmesinde yönetim yetkisinin kaldırlamayacağına ilişkin bir hüküm bulunsa bile, haklı bir sebep bulunduğu takdirde, ortaklardan her biri yönetici ortağın yetkisini kaldırabilir. Ancak, miras ortaklığı bakımından bahse konu hüküm kıyasen de olsa uygulanamaz. Böyle bir durumda, miras ortaklığına bir tereke temsilcisi atanması yerine olur. Vasiyeti yerine getirme görevlisi atayarak yönetim yetkisini mirasçılardan hepsi için kaldırabilen mirasbırakan ise böyle bir tasarrufu evleviyetle bir mirasçı bakımından da yapabilmelidir<sup>60</sup>.

## 2. Tereke Temsilcisi Atanması Halinde Yönetim

Yönetimde oybirliğinin aranmış olması, yönetime ilişkin bir konunun görüşülmesi veya bir kararın alınması için mirasçılardan sık sık toplanmak zorunda bırakılmaktadır. Mirasçılardan oybirliği ise uygulamada tüm mirasçılardan bir araya gelmeleri veya gelemeyenlerin rızalarını bildirmeleri suretiyle sağlanmaktadır<sup>61</sup>. Bunun yerine, mirasçılardan işlerin yürütülmesini kolaylaştırmak için ortak bir temsilci atayabilirler. Gerçekten de, TMK. m. 640/III gereğince, mirasçılardan birinin talebi halinde, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi tarafından miras ortaklığına paylaşmaya kadar tereke temsilcisi atanabilir<sup>62</sup>. Görüldüğü üzere, tereke temsilcisi atamak için her şeyden önce talebin varlığı şarttır; hâkim re'sen böyle bir karar veremez. Ancak, bu konuda bir mirasçının talebi yeterli olduğu için, diğer mirasçılardan böyle bir talebinin bulunup bulunmadığına bakılmaz. Hatta Yargıtay'a

<sup>60</sup> Ayiter, 122.

<sup>61</sup> Eren / Yücer Aktürk, 477-478; İmre / Erman, 435.

<sup>62</sup> Honsell / Vogt / Geiser, 676; 2. HD. T. 22.3.1995, E. 1995/2410 K. 1995/3250 "...Mirasçılardan birinin talebi halinde, mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk mahkemesi tarafından miras ortaklığına paylaşmaya kadar tereke temsilcisi atanabilir..." (KBİBB.). Bu, kesin yetki olup, hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir..." (KBİBB.).

göre, bir mirasçının talebi halinde, hâkim terekeye temsilci atamak zorundadır<sup>63</sup>. Aynı şekilde, hâkim talepte bulunmayan mirasçılardan öneri veya itirazlarıyla da bağlı değildir. Tereke temsilcisinin atanması konusunda mirasçılardan oybirliğiyle anlaşılması halinde ise bunun için hâkim kararna gerek yoktur.

Vasiyet alacaklılarının terekeye temsilci atanmasını isteme hakkı yoktur. Sadece kanunî ve iradî mirasçılar hâkimden terekeye temsilci atanmasını talep edebilirler. Mirasçılar, miras ortaklığının kurulmasından sonra ermesine kadarki zamanda tereke temsilcisi atanmasını talep edebilirler. Meselâ, terekenin mirasçılar tarafından değil de, tek elden yönetilmesi gerekli görülürse, özellikle bazı mirasçılar arasında anlaşmazlık varsa bu talebin kabul edilmesi gerekir. Tereke temsilcisi olması istenen kişinin mirasçılık sıfatının bulunması ise şart değildir. Üçüncü bir kişi de temsilci olarak atanabilir<sup>64</sup>.

2003/5960 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük'te, tereke temsilcisinin durumu özel olarak düzenlenmektedir (Tüzük m. 54-56). Buna göre, terekedeki mallar, alacaklar ve borçlar, miras ortaklığı temsilcisi tarafından tutulan deftere göre belirlenerek temsilcinin yönetimine verilir (Tüzük m. 55/I). Böylece, terekenin yönetimi ve korunması için gerekli her türlü işlem mirasçılar adına tereke temsilcisi tarafından yapılır. Meselâ, temsilci, tereke mallarına el atanlara karşı dava açabilir, tereke alacaklarını tahsil edebileceği gibi, gerekirse buna yönelik ifa davası açabilir ve tereke borçlarını yerine getirebilir. Ancak, temsilci, kural olarak tereke mallarını başkasına devredemez. Meselâ, yüksek fiyata ulaştığı gerekçesiyle tereke malını satıp parasını alamaz. Yine, tereke mallarını daha değerli olduğu gerekçesiyle başka bir malla değiştiremez. Ancak, bahsedilen işlemler yapılmadığı takdirde mirasçılardan ciddi zarara uğrayacağı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde temsilci bu

<sup>63</sup> 2. HD. T. 10.07.2013, E. 2012/25602 K. 2013/19641 (Gençcan, 1287); 2. HD. T. 21.4.1989, E. 1989/3984 K. 1989/3987 (KBİBB.).

<sup>64</sup> Dural / Öz, 463-464; Antalya, 426.

konuda da yetkili sayılmalıdır. Tereke temsilcisinin yetkili olmadığı diğer bir konu ise terekenin mirasçılar arasında paylaşılmasıdır<sup>65</sup>.

Uygulamaya göre, tereke temsilcisinin mahkeme tarafından yetkisinin sınırlandırılmaması gerekir<sup>66</sup>. Meselâ, temsilcinin sadece taşınmaz satışı için görevlendirilmiş olması isabetli değildir. Buna karşılık, mirasçılarının oybirliğiyle atadığı temsilciden farklı olarak, hâkimin atadığı bir temsilcinin yetkileri daha sonra yine onun tarafından kısıtlanabilir; ama genişletilemez<sup>67</sup>.

Tereke temsilcisi, aynı zamanda mirasçılara hesap vermek zorundadır. Gerçekten de, Tüzük m. 56/I gereğince tereke temsilcisi, yönetimine verilen malların belgelere dayanan hesabını her üç ayda bir mirasçılara ve bu hesabın bir örneğini de sulh hâkimine verir. Tereke temsilcisinin terekenin yönetimi ile ilgili yapacağı harcamalar terekeden ödenir. Terekeden karşılanamazsa, harcamalar talepte bulunan mirasçıdan alınır (Tüzük m. 56/II). Bunların haricinde ise mirasçılar ile tereke temsilcisi arasındaki ilişki bakımından vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır<sup>68</sup>.

### 3. Vasiyeti Yerine Getirme Görevlisi Atanması Halinde Yönetim

Oybirliği esasının beraberinde getirdiği zorluklar mirasçılar tarafından tereke temsilcisi atanarak aşılabileceği gibi, mirasbırakan da vasiyeti yerine getirme görevlisi atamak suretiyle bir tasarrufta bulunmuş olabilir. Mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesine yönelik maddî anlamda ölüme bağlı tasarrufuna vasiyeti yerine getirme görevlisi atama (vasiyeti tenfiz memuru tayin etme) denir. TMK. m. 550/I gereğince, mirasbırakan vasiyetname ile bir veya daha fazla gerçek ya da tüzel kişiyi vasiyeti yerine getirme görevlisi olarak atayabilir. Bahse konu atama, hukukî niteliği itibarıyla tek taraflı bir hukukî işlem olmakla beraber, bunun bir miras sözleşmesiyle yapılmasına engel yoktur. Görevin sulh hukuk hâkimi tarafından

<sup>65</sup> Dural / Öz, 464, dpn. 1179.

<sup>66</sup> 2. HD. T. 10.10.1988, E. 1988/7153 K. 1988/9002 (KBİBB.).

<sup>67</sup> Dural / Öz, 464.

<sup>68</sup> İmre / Erman, 450; Antalya, 426.



kendisine bildirilmesinden itibaren on beş günlük süreyi susarak geçirse, görevi kabul etmiş sayılır (TMK. m. 550/III)<sup>69</sup>.

Mirasbırakan tarafından yapılan ölüme bağlı tasarrufta vasiyeti yerine getirme görevlisine sınırlı bir görev verilmiş olabilir. Böyle bir durumda, vasiyeti yerine getirme görevlisi sadece sayılan işleri yerine getirebilir. Aksi takdirde, bahse konu görevli, kural itibariyle mirasbırakanın son arzularının yerine getirilmesi için gerekli bütün işleri yapmakla görevli ve yetkilidir (TMK. m. 552/I). Hatta kanunun lafzına rağmen, bu görev ve yetkilerin mirasbırakanın son arzularıyla sınırlandırılması da isabetli değildir. Bunların haricinde, vasiyeti yerine getirme görevlisi, mirasbırakan tarafından sağlığında yapılan ve halen devam eden hukukî işlemleri yürütmekle de görevlidir. Dolayısıyla, mirasbırakanın son arzularından ziyade onun tarafından kendisine devredilen her türlü görevin yerine getirilmesi vasiyeti yerine getirme görevlisinin görev kapsamına dâhildir<sup>70</sup>. Bahsedilen görevlere nelerin dâhil olduğu hususu ise, TMK. m. 552/II hükmünde misaller halinde sayılmaktadır. Buna göre, vasiyeti yerine getirme görevlisi, terekeyi yönetir ve yönetimin gerektirdiği ölçüde tereke mallarının zilyetliğinin kendisine devrini ister (TMK. m. 552/II, b. 2)<sup>71</sup>.

Yönetim yetkisinin kapsamına nelerin dâhil olduğu hususu kanunda öngörülmemektedir. Ancak, vasiyeti yerine getirme görevlisi, ister olağan ister olağanüstü yönetimi işi olsun, her türlü konuda münhasır olarak yetkilidir. Başka bir deyişle, vasiyeti yerine getirme görevlisinin tereke üzerindeki zilyetlik, yönetim ve tasarruf yetkileri mirasçılardan bunlara ilişkin yetkilerini ortadan kaldırır<sup>72</sup>. Dolayısıyla, vasiyeti yerine getirme görevlisi mirasçılardan talep ve talimatlarıyla bağlı

---

<sup>69</sup> Köprülü, Bülent, *Miras Hukuku Dersleri I*, İstanbul 1975, s. 183-184; Dural / Öz, 185; Eren / Yücer Aktürk 160 vd.; Antalya, 227-228.

<sup>70</sup> Eren / Yücer Aktürk, 171.

<sup>71</sup> Eren / Yücer Aktürk, 171 Antalya, 230 vd.

<sup>72</sup> Dolayısıyla, iyiniyetli üçüncü kişilere ilişkin istisnalar dışında, mirasçılar tarafından tasarruf yetkisi bulunmaksızın yapılan her türlü işlem geçersizdir. Bununla beraber, bahse konu işlemler vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından verilecek onay ile baştan itibaren geçerlilik kazanabilir (Eren / Yücer Aktürk, 171).

değildir; sadece mirasbırakanın son arzusuna göre hareket eder. Aynı şekilde, mirasbırakan tarafından atanmış ve görevini kabul etmiş bir vasiyeti yerine getirme görevlisi varsa, hâkimin miras ortaklığına bir de tereke temsilcisi ataması gerekmez. Zira, vasiyeti yerine getirme görevlisi, yetkili olduğu konularda tüm mirasçılardan temsilcisi sayılır<sup>73</sup>.

Vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması halinde de mirasçılardan olağan yönetim işlerinde temsil yetkisi ortadan kalkar. Aynı durum, hâkim tarafından terekeye temsilci atanmasında da bahse konudur<sup>74</sup>.

#### 4. Terekeyi Resmen Yönetmekle Görevli Atanması Halinde Yönetim

Terekeyi yönetme yetkisi, kural olarak miras ortaklığına aittir. Ancak, bazı hallerde terekenin oybirliği esasına göre mirasçılardan tamamı tarafından yönetilmesi mümkün olmaz. Bu takdirde, sulh hukuk hâkimi tarafından terekenin resmen yönetimine re'sen karar verilir. Böylece tereke, paylaşılmaya kadar mirasçılar veya onların temsilcisi değil, sulh hukuk hâkiminin atadığı kişi tarafından yönetilir<sup>75</sup>.

Terekenin resmen yönetilmesini gerektiren haller, TMK. m. 592/I hükmünde sayılmaktadır. Buna göre, temsilci atamaksızın uzun süreden beri bulunamayan bir mirasçının menfaati gerektirirse, sulh hukuk hâkimi tarafından mirasın resmen yönetilmesine karar verilir. Yine, mirasta hak sahibi olduğunu ileri sürenlerden hiçbirinin mirasçılık sıfatını yeterince ispatlayamaması veya mirasbırakanın bir mirasçısının bulunup bulunmadığının şüpheli olması da buraya dâhildir. Başka bir durum, mirasçılardan tamamının bilinmemesidir. Nihayet, kanunda özel olarak öngörülen hallerde de terekenin resmen yönetilmesine karar verilir. Meselâ, bir mirasçının talebi üzerine resmî tasfiyesine karar verilen terekenin resmen yönetimi

<sup>73</sup> Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978, s. 298; Oğuzman, 196; Dural / Öz, 463.

<sup>74</sup> Ayiter, 122-123.

<sup>75</sup> Eren / Yücer Aktürk, 432; Antalya, 348.

bu kapsamdadır (TMK. m. 634)<sup>76</sup>. Belirtilmelidir ki, resmî tasfiye halinde, mirasçılar herhangi bir yönetimi işini yerine getiremezler<sup>77</sup>.

Terekeyi resmen yöneten kişi (resmî yönetici), kural olarak mirasbırakanın son yerleşim yeri sulh hukuk hâkimidir. Ancak, sulh hukuk hâkimi, isterse terekeyi yönetmek için başka birini görevlendirebilir (TMK. m. 593/I). Vasiyeti yerine getirme görevlisi atandığı takdirde ise önemli bir engel bulunmadıkça bu görev ona verilir (TMK. m. 592/II). Vasiyeti yerine getirme görevlisinde olduğu gibi, terekeyi resmen yönetmekle görevli bir kişi atanması halinde sulh hukuk hâkimi tarafından ayrıca tereke temsilcisi atanması gerekmez<sup>78</sup>.

Resmî yönetici (TMK. m. 593), vasiyeti yerine getirme görevlisi ile benzer görev ve yetkilere sahiptir<sup>79</sup>. Gerçekten de, resmî yönetici, resmen yönetme sebepleri ortadan kalkana veya paylaştırmaya kadar terekeyi hak sahiplerinin haklarının kaybına sebep olmayacak şekilde iyi bir yönetici gibi özenle yönetmekle görevlidir. Başka bir deyişle, resmî yönetici tereke mallarının korunması, zarar görmemesi ve başkaları tarafından el konulmaması için gerekli her türlü işlemi yapmaya yetkilidir. Resmî yönetici, görevine dâhil olan konularda miras ortaklığının, daha doğrusu mirasçılardan temsilcisi durumundadır<sup>80</sup>.

Sınırlayıcı olmamak üzere resmî yöneticinin görevleri TMK. m. 593/I hükmünde sayılmaktadır. Meselâ, gerekli koruma önlemlerinin alınması bu kapsamdadır. Yine, resmî yönetici mirasçılardan menfaatlerine veya iyi bir yönetimin gereklerine uygun düştüğü takdirde terekedeki malların satılmasına da karar verebilir. Bunun için, hukukî işlemin yapılması terekenin korunması bakımından zorunluluk arz etmelidir. Meselâ, bozulacak olan veya korunması daha fazla masraf gerektiren malların satılıp bedelin bankaya yatırılması bu kapsamdadır. Keza,

<sup>76</sup> Diğer misaller için bkz. TMK. m. 523/III, m. 586/I ve m. 595/II. Ancak, bir görüşe göre, resmî tasfiye halinde alınan önlemler arasında yer alan yönetim, terekenin resmen yönetim hallerine dâhil değildir (Eren / Yücer Aktürk, 436; Antalya, 349).

<sup>77</sup> Ayiter, 123.

<sup>78</sup> Hatemi, Miras, 130-131; Dural / Öz, 395, 463; Eren / Yücer Aktürk, 437; İnan / Ertaş / Albaş, 540.

<sup>79</sup> Eren / Yücer Aktürk, 172.

<sup>80</sup> Dural / Öz, 395; Eren / Yücer Aktürk, 437-438; Antalya, 353.

mirasbırakanın alacaklarının tahsili ve borçların ödenmesi de resmî yöneticinin görevlerine dâhildir. Mirasçılardan kanunî haklarını zedelediği anlaşılan vasiyetler de sulh hukuk hâkiminin izni ve asliye hukuk hâkiminin onayı ile resmî yönetici tarafından yerine getirilir. Resmî yönetici, terekeye dâhil paraları faiz getirmek üzere millî bir bankada tereke adına açılan hesaba yatırmaya veya hazine tarafından çıkarılan menkul kıymetlere çevirmeye ve yeterli teminatı bulunmayan yatırımları güvenceli yatırımlara dönüştürmeye de yetkilidir (Tüzük m. 34/III). Terekeye dâhil bir işletmenin varlığı halinde, bunun işletilmesi gibi, işletilmesinde fayda yoksa tasfiyesi için gerekli tedbirlerin alınması da resmî yöneticinin görevleri kapsamındadır. Hâlbuki, resmî yöneticinin tasfiye ve mirasın paylaşılması bakımından ise yetkisi bulunmamaktadır. Zira, resmen yönetim bir koruma tedbiridir<sup>81</sup>.

#### IV. ADİ ORTAKLIKTA YÖNETİM

##### A. Genel Olarak Adi Ortaklık Kavramı

Ortaklık (şirket) türlerinden Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sadece adi ortaklıktır. TBK. m. 620 gereğince, adi ortaklıktan bahsedebilmek için bir olumlu bir de olumsuz şartın varlığına ihtiyaç vardır. İlk olarak, en az iki kişinin ortak bir amaca erişmek üzere emeklerini veya mallarını birleştirmeyi üstlendikleri adi ortaklık sözleşmesinin varlığı şarttır. İkinci olarak, ortaklık, kanunda öngörülen diğer ortaklıkların ayırt edici özelliklerini taşımamalıdır. Meselâ, yurt dışına kâğıt ve kereste ihraç etme işinin birlikte gerçekleştirilmesini amaçlayan ilişkiler adi ortaklık olarak kurulabilir<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> Druey, 204-205; Kocayusufpaşaoğlu, 573; İmre / Erman, 325; Antalya, 353-354.

<sup>82</sup> Domaniç, Hayri, Şirketler Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1968, s. 17; Doğanay, Y. Ümit, Adî Şirket Akdi, İstanbul 1968, s. 4-5; Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul 2019, s. 45; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 21; Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 7 vd.; Şener, Oruç Hami, Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 1 vd.; Şener, AO, 139; Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan, Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013, s. 21; Çelik, Aytakin, Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 115; Bozkurt, Tamer, Şirketler Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 63; 13. HD. T.

Adi ortaklık, diğer ortaklıkların da temelini oluşturmaktadır<sup>83</sup>. Bununla beraber, ticaret ortaklıklarının (TTK. m. 125/I) aksine, adi ortaklık tüzel kişiliğe sahip değildir. Dolayısıyla, adi ortaklıkta kural olarak elbirliğiyle mülkiyet kabul edilmiştir (TBK. m. 638/I). Ancak, ortaklar tarafından paylı mülkiyet esasının kabul edilmesi de mümkündür<sup>84</sup>.

## B. Ortaklığın Yönetimi

Adi ortaklıkta yönetimden maksat, ortaklığın konusunu gerçekleştirmeye yönelik her karar, tedbir, faaliyet ve işlemdir. Dolayısıyla, üretim, alım, pazarlama organizasyonu, yatırım, muhasebe, personel ilişkileri, kiralama, donanım, dava açma, tahkim ve bağışta bulunma gibi işlemlere ilişkin kararlar buraya dâhildir<sup>85</sup>.

Adi ortaklıkta ortakların kendi arasındaki ilişki (TBK. m. 621 vd.) ile üçüncü kişilerle olan ilişkileri (TBK. m. 637 vd.) farklı şekillerde düzenlenmiştir. Ortaklığın yönetimi, ortakların kendi arasındaki ilişki olarak Kanun'da açıkça öngörülmektedir. Gerçekten de, TBK. m. 625/I'e göre, adi ortaklıkta, kural olarak ortakların hepsi ortaklığı yönetme hakkına sahiptir. Buna ferdi yönetim ilkesi (özden idarecilik ilkesi)

---

24.11.1980, E. 6387 K. 6111 "...Bozma kararının ilk bendinde, tüzel kişilik kazanmamış ticaret şirketinin yalnız (adi) ortaklık sayılacağı kuralından hareket edilmiştir. Gerçekten anılan kararda, BK'nun 520/2. maddesi gereğince, bir şirket, Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değilse, bu bâb ahkâmına tâbi adi şirket sayılır... Ne var ki, bu olumsuz koşulun yanında ilişkinin yalnız ortaklık olarak tanımlanabilmesi için ilişkide ayrıca sözleşme, sözleşmeyi yapacak kişiler, katılma payı, ortak amaç ve işbirliği öğeleri bulunmalıdır. Öğelerden sözleşmenin varlığı ise ya bağlayıcı (iltizamî) işlem ya da amaç doğrultusunda bir çalışmanın varlığı ile belirlenir. Amaç doğrultusunda çalışma ise az çok işbirliğini (affectio societatis) gerektirir. Bu öğenin bulunmaması, sözleşmeyi sonuca katılmalı ya da ödünç sözleşmesi gibi öteki tür sözleşmelere kaydırır..." (Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 45).

<sup>83</sup> Tüzel kişilik kazanmamış olan bir derneğin de adi ortaklık hükümlerine tâbi tutulması gerektiği hakkında bkz. Esener / Güven, 189-190.

<sup>84</sup> Ansay, Tuğrul, *Adi Şirket*, 1967, s. 95, 138; Doğanay, 31; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 44-45; Pulaşlı, 39; Şener, *Ortaklık*, 9; Şener, *AO*, 139 vd.; Bahtiyar, Mehmet, *Ortaklıklar Hukuku*, 13. Baskı, İstanbul 2019, s. 3; Bilgili / Demirkapı, 28; Bozkurt, 69; Çelik, 116. Ancak, adi ortaklıkta paylı mülkiyet esasının kabul edilmesinin adi ortaklık bakımından amaca uygun ve tavsiye edilebilir nitelikte bulunmadığı hakkında bkz. Barlas, 99-100.

<sup>85</sup> Domaniç, 27-28; Ayiter, 123; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 61; Şener, *Ortaklık*, 47.

denir. Ferdi yönetim ilkesi, yönetim hakkının kanundan dolayı kazanılmasında olduğu gibi, ortaklık sözleşmesi veya ortaklık kararıyla birden fazla kişiye bırakılması halinde de geçerlidir<sup>86</sup>.

Adi ortaklığın yönetimi bakımından esas itibariyle irade özgürlüğü ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla, ortaklar, ortaklık sözleşmesi veya sonradan alacakları ortaklık karar ile yönetimi serbestçe düzenleyebilirler. Başka bir deyişle, ferdi yönetim ilkesinin aksi kararlaştırılabilir<sup>87</sup>.

### 1. Olağan Yönetim İşleri – Olağanüstü Yönetim İşleri Ayırımı

Alman Medenî Kanunu'ndan farklı olarak, İsviçre Borçlar Kanunu ile uyumlu olarak, kanunkoyucu tarafından adi ortaklıkta yönetim işleri bakımından olağan işler – olağan dışı (olağanüstü) işler ayrımı yapılmaktadır (TBK. m. 625; BGB § 709 vd.; OR. Art. 535). Ancak, hangi işlerin olağan, hangilerinin ise olağanüstü yönetim işi olarak değerlendirilmesi gerektiği önceden belirlenemez. Zira, ortaklığın kapasitesine ve faaliyet alanına göre olağan işler farklılık arz eder. Meselâ, emlakçılık işiyle uğraşan bir adi ortaklıkta taşınmaz satışının olağan işlerden sayılması gerekir. Hâlbuki, aynı iş, gıda ticaretinde faaliyet gösteren bir adi ortaklık için olağanüstü yönetim işidir<sup>88</sup>.

#### a. Olağan Yönetim İşleri

Olağan yönetim işlerinden maksat, normal olarak her iş yerinde görülen iş ve işlemlerdir. Meselâ, ortaklık defterlerinin tutulması, işçilerin işe alınması veya işten çıkarılması, ortaklığa ait yazışmaların yürütülmesi, satış ve fabrikasyon işlemlerinin yapılması buraya dâhildir<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 63; Pulaşlı, 79; Şener, Ortaklık, 48-49; Şener, AO, 292; Bilgili / Demirkapı, 29; Bozkurt, 79; Çelik, 120.

<sup>87</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 63; Şener, AO, 290 vd.; Şener, Ortaklık, 47; Bilgili / Demirkapı, 29; Çelik, 120-121.

<sup>88</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 61; Şener, AO, 290 vd.; Bahtiyar, 38-39; Çelik, 120-121.

<sup>89</sup> Şener, Ortaklık, 47-48; Şener, AO, 290; Bahtiyar, 39; Bilgili / Demirkapı, 30.

Olağan yönetim işleri bakımından kural bütün ortakların ortaklığı yönetme hakkına sahip olmasıdır (TBK. m. 625/I). Bununla beraber, yönetim görevinin ortaklardan sadece birine bırakılması mümkündür. Keza, yönetim görevi ortaklardan bazılarına da verilebilir. Nihayet, yönetim görevi ortaklar haricinde bir veya daha fazla kişiye bırakılabilir. Üstelik, üçüncü kişilere sadece olağan yönetim işleri hakkında karar alma yetkisi bırakılabilir. Olağanüstü kararlar ise üçüncü kişilere devredilemez. Adi ortaklık sözleşmesinde aksi öngörülmemişse, yönetim görevinin bırakılması için ortakların oybirliğiyle karar alması gerekir. Bu takdirde, yönetim görevine sahip olmayan ortaklar yönetme ve veto gibi yönetimden kaynaklanan haklara sahip değildir<sup>90</sup>.

Sözleşmede aksi öngörülmemişse, ortaklardan her biri ortaklığı yönetebilir. Bu, ferdi yönetim ilkesinin sonucudur. Ancak, her bir ortağa tanınan yönetim hakkı olağan yönetim işleriyle sınırlıdır<sup>91</sup>.

Ortaklık, ortakların tamamı veya bazıları tarafından yönetilmekte ise, her bir yönetici ortak diğerleri katılmaksızın olağan yönetim işlerini yapabilir. Ancak, yönetici her bir ortak işlem tamamlanmadan önce buna itiraz (veto) etme hakkına sahiptir (TBK. m. 625/II). İtiraz hakkı, karşı tarafa varması gereken bir irade açıklaması olup, herhangi bir şekle tâbi değildir. Böylece, yönetici ortak olağan yönetim işinin yapılmasını engelleyebilir. Yönetici olmayan ortakların ise olağan yönetim işlerine itiraz hakkı dahi yoktur. Olağanüstü yönetim işlerine ilişkin kararlarda ise yönetim hakkına sahip olsun veya olmasın bütün ortakların oybirliği arandığı için itiraz hakkından bahsedilemez. İtirazın varlığı halinde ise o işlemin yapılması için kural olarak ortakların oybirliğiyle karar alması gerekir<sup>92</sup>.

## b. Olağanüstü Yönetim İşleri

Olağanüstü yönetim işleri, ortaklık için olağan yönetim işlerine nazaran daha fazla önem arz eden işlerdir. Adi ortaklıkta olağanüstü yönetim işleri hakkında

<sup>90</sup> Şener, AO, 291 vd.; Bozkurt, 80.

<sup>91</sup> Bozkurt, 79-80; Çelik, 120.

<sup>92</sup> Ayiter, 124; Pulaşlı, 80; Şener, AO, 293-294; Bilgili / Demirkapı, 30; Bozkurt, 80; Çelik, 122.

yönetici olsun olmasın bütün ortakların oybirliğiyle karar alması gerekir (TBK. m. 625/III, c. 1). Bunun istisnası ise, gecikmesinde sakınca bulunan, yani ortaklığın ciddi zarar ve tehlike ile karşılaşabileceği hallerdir. Böyle bir durumda, olağan işlerde olduğu gibi, ortaklardan her biri yetkilidir (TBK. m. 625/III, c. 2)<sup>93</sup>.

TBK. m. 625/III, c. 1'e göre, ortaklığa genel yetkili temsilci atanması ve ortaklığın olağan dışı işlerinin yürütülmesi için ortakların oybirliğiyle karar alması gerekir. Ancak, hangi işlerin olağanüstü yönetim işi sayıldığı kanunkoyucu tarafından öngörülmemektedir. Bu konuda çeşitli ölçütlerden hareket edilebilir. İlk olarak, TBK. m. 630/I hükmünden hareketle bir sonuca varılabilir. Buna göre, yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkilerde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulanır<sup>94</sup>. Dolayısıyla, TBK. m. 504/III hükmünde sayılanlar olağanüstü işlem olarak kabul edilmelidir. Buna göre, dava açma, sulh olma, hakeme başvurma, kambiyo taahhüdünde bulunma, bağışlama, kefalet, taşınmazı devretme veya bir hakla sınırlama olağanüstü işlemlerdir. Hal böyle olunca, bahse konu işlemler için ortaklık kararı alınması gerekir. Keza, Yargıtay da aynı görüştedir<sup>95</sup>.

İkinci ölçüte göre, kolektif şirkette yönetime ilişkin TTK. m. 223 hükmü adi ortaklık için de uygulanmalıdır<sup>96</sup>. Buna göre, şirketi yönetenler, şirketin menfaatine uygun gördükleri işlerde sulh, feragat, kabul ve tahkime yetkilidir. Bağışlama, kefalet, üçüncü kişi lehine garanti verme, ticarî temsilci atama ve şirket konusuna girmiyorsa taşınmazları satma, satın alma, teminat gösterme, şirketin özüne ilişkin üretim araçlarını elden çıkarma, rehnetme gibi olağan iş ve işlemler dışında kalan hususlarda ise ortakların oybirliği şarttır. Görüldüğü üzere, bazı işlemler de, TBK. m. 504'e nazaran TTK. m. 223 hükmü gereğince kolektif şirket bakımından olağan iş

<sup>93</sup> Pulaşlı, 80; Bilgili / Demirkapı, 30.

<sup>94</sup> Pulaşlı, 80; Bilgili / Demirkapı, 30.

<sup>95</sup> 11. HD. T. 14.11.1979, E. 1979/4583 K. 1979/5217 "...Dava açmanın olağan işlerden olup olmadığı hususuna gelince, idareci ortak ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler, vekâlet hükümlerine tabidir. Oysa özel yetki olmadıkça vekil dava açamaz. Yazılı işler için ortaklık kararı gerekir. Davada böyle bir ortaklık kararı mevcut olmadığından ve vekil durumunda olup vekâletname vermiş olan idareci ortağın bu durumda dava açma hakkı bulunmadığının kabulü gerekir..." (KBİBB.).

<sup>96</sup> Domaniç, 28.



sayılmaktadır. Meselâ, kambiyo taahhüdünde bulunma bu kapsamdadır. Olağanüstü yönetim işleri ise misal halinde sayılmaktadır. Dolayısıyla, özellikle ortaklığın malvarlığını önemli ölçüde etkileyecek işlemler olağanüstü işlem olarak kabul edilmelidir. Meselâ, çok büyük miktarda satış veya kredi ya da kefalet işlemleri, yeni şube açılması, ortaklığa vekil yahut da ticarî temsilci atanması için de ortaklık kararı bulunmalıdır<sup>97</sup>.

Son görüşe göre, yukarıda bahsedilen hükümlerle bağlı olmaksızın genel bir ölçüt verilmesi uygundur. Duran varlıklara ilişkin işlemlerin olağanüstü, bunun dışındaki günlük, rutin işlemlerin ise olağan yönetim işi sayılması gerekir<sup>98</sup>.

## 2. Yöneticilerin Hukukî Durumu, Özen Yükümlülüğü ve Buna Aykırılığın Sonuçları

Yönetici ortaklar ile diğer ortaklar arasındaki ilişkiler vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere tâbidir (TBK. m. 630/I). Kanunun lafzına rağmen, aynı esas, yönetimin ortak olmayan kişilere bırakılması bakımından da geçerlidir. Yargıtay da aynı kanaattedir<sup>99</sup>. Bu takdirde, yöneticiler ile yönetici olmayan ortaklar arasındaki ilişki vekâlet hükümlerine (TBK. m. 502 vd.) tâbidir. Yönetici ortaklar yetkilerini aştığı veya yönetici olmayan ortaklar yönetici gibi davrandığı takdirde ise onlarla diğer ortaklar arasında vekâletsiz iş görmeye ilişkin hükümler uygulanmalıdır<sup>100</sup>.

Adi ortaklıkta yönetici ortaklık işlerinde kendi işlerinde gösterdikleri ölçüde çaba ve özen göstermekle yükümlüdür (TBK. m. 628/I)<sup>101</sup>. Böylece, kusur, objektif değil, tam tersine sübjektif bir ölçüte bağlı kılınmıştır<sup>102</sup>. Adi ortaklık bir ticarî işletme

<sup>97</sup> Şener, AO, 296 vd.

<sup>98</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 62; Bozkurt, 82.

<sup>99</sup> TD. T. 4.11.1963, E. 3175 K. 178 (Şener, AO, 298-299).

<sup>100</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 71; Şener, AO, 298-299; Bozkurt, 81-82; HGK. T. 10.4.1991, E. 1991/13-76 K. 1991/199 "...Bir ortak, ortaklık gelirini paylaştırmadan kendi nam ve hesabına bir taşınmaz satın almış olsa bile, BK.nun 530. maddesi gereğince vekaleti olmadan diğer ortaklar namına tasarrufta bulunmuş sayılır ve BK.nun 414. maddesi uyarınca diğer ortaklar yapılan işten hasil olan faydaları temellük haklarla sahiptirler..." (KBİBB.).

<sup>101</sup> 13. HD. T. 7.3.1986, E. 1986/356 K. 1986/1345 (KBİBB.).

<sup>102</sup> Ayiter, 126. Buradaki sübjektif özen ölçütünün eleştirisi için bkz. Şener, AO, 302-303.

işletmek amacıyla kurulduğu takdirde ise ortaklar tacirdir ve kendi faaliyetleri sırasında basiretli iş adamı gibi davranmak zorundadır (TTK. m. 18/II). Başka bir deyişle, bu durum bakımından objektif bir ölçüt benimsenmiştir. Bununla beraber, ortaklık işlerini ücret karşılığında yürüten ortağın sorumluluğu, ücret almayan ortağa nazaran ağırlaştırılmış ve objektif bir ölçüte dayandırılmıştır. Buna göre, ücret alan yönetici ortak, vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlere göre sorumlu tutulur (TBK. m. 628/III). Dolayısıyla, bahse konu ortak kendi işlerindeki özeni değil, işin gerektirdiği özeni göstermelidir (TBK. m. 506/III)<sup>103</sup>.

Özen yükümlülüğüne aykırın yönetim, sözleşmenin ihlâli niteliğinde bir davranıştır (TBK. m. 112). Gerçekten de, ortaklık işleri sırasında, özen yükümlülüğüne uymayıp kusurlu sayılan yönetici ortak diğer şartlar da varsa bundan sorumlu tutulabilir. Bunun için, özen yükümlülüğüne aykırın davranış sonucunda ortaklığın bir zarara uğraması ve zararlar bahse konu davranış arasında illiyet bağının bulunması da aranır. Zarar, fiilî zarar olabileceği gibi, yoksun kalınan kâr şeklinde de ortaya çıkabilir. Özen yükümlülüğünün ihlâli çok ağır durumlarda ortaklığın sona ermesine yol açan haklı bir sebep olarak da kabul edilebilir<sup>104</sup>.

### 3. Yönetim Yetkisinin Kaldırılması ve Sınırlandırılması

Yönetim yetkisi, adi ortaklık sözleşmesiyle ortaklardan birine verildiği takdirde, bunun kaldırılması veya sınırlandırılması için bahse konu sözleşmenin değiştirilmesi gerekir. Adi ortaklık sözleşmesinin değiştirilmesi için ise kural olarak oybirliğiyle karar alınmalıdır. Oybirliği sağlanmadığı takdirde ise, yönetim yetkisi ancak haklı bir sebebin varlığı halinde diğer ortaklar tarafından kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir (TBK. m. 629/I). Emredici bir hüküm olduğu için, adi ortaklık sözleşmesinde bunun aksine bir hüküm öngörülemez. TBK. m. 629/I hükmünün lafzına rağmen, bu hüküm sadece ortaklık sözleşmesiyle ortaklardan birine bırakılan

<sup>103</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 67; Pulaşlı, 74-75; Şener, AO, 304; Bahtiyar, 41; Bilgili / Demirkapı, 31; Bozkurt, 85. Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğu hakkında bkz. Başpınar, 121 vd.

<sup>104</sup> Ayiter, 126-127; Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 67-68; Şener, AO, 307; Bahtiyar, 41; Bilgili / Demirkapı, 31; Bozkurt, 86.

yönetim yetkisi bakımından değil, ortaklık kararı veya kanun gereğince verilen yönetim yetkisi için de uygulanır. Üçüncü kişiye verilen yetkinin kaldırılması veya sınırlandırılması ise, bu yetkinin bırakılmasına temel oluşturan hukukî ilişkiye (vekâlet ya da hizmet sözleşmesine) ilişkin hükümlere tâbidir<sup>105</sup>.

Kanunkoyucu, yönetim yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması bakımından misaller öngörmektedir. Buna göre, yönetici ortak görevini aşırı ölçüde ihmal eder veya yöneticilik yeteneğini kaybederse, ortaklardan her biri mahkeme kararı gerekmezsin onun yetkisini kaldırabilir (TBK. m. 629/III). Yine, yönetici ortağın ortaklık kararı bulunmamasına rağmen ortaklık işlerini tatil etmesi, ortaklık defter ve kayıtlarını gerektiği gibi tutmaması, hastalığı sebebiyle faaliyetlerine yönetici olarak devam etmesinin imkânsız olması da haklı sebep için misaldir. Keza, Yargıtay'a göre, yönetici ortağın ortaklığa ait dükkânda kendi adına mal getirerek satması ve bu şekilde rekabet yasağını ihlâl etmesi de bir haklı sebeptir<sup>106</sup>. Yönetim yetkisinin sınırlandırılmasını gerektiren durumlara misal ise, yönetici ortağın teknik konularda yeterli bilgiye sahip olmasına rağmen ticarî konularda yetersiz kalmasıdır<sup>107</sup>.

Ortaklık sözleşmesinde yönetim yetkisinin haklı sebeplerin haricindeki gerekçelerle kaldırılabilceği veya sınırlandırılabilceği de öngörülebilir. Meselâ, yönetici ortağın yerleşim yerini değiştirmesi veya belli bir yaş sınırına ulaşması gibi sebepler bahse konu yetkiyi kaldırma sebebi olarak kararlaştırılabilir<sup>108</sup>.

Kanunkoyucu tarafından sadece yönetim yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması düzenlenmektedir. Bununla beraber, yönetim yetkisinin ne şekilde kazanıldığına bakılmaksızın, yöneticinin istifa hakkı da mevcuttur. Ancak, uygun

<sup>105</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 69-70; Pulaşlı, 80; Şener, AO, 318-319; Bilgili / Demirkapı, 31; Bozkurt, 82 vd.

<sup>106</sup> 13. HD. T. 20.1.1987, E. 1986/6120 K. 1987/133 "...Haklı sebeplerin bulunması halinde yönetici ortağın bu yetkisi kaldırılabilir ve sınırlandırılabilir. Davalının, ortaklığın konusu olan saksı ticaretini kendi adına aynı dükkânda icra etmesi, yönetici ortağın ortaklık işlerini idarede göstermesi gereken gayret ve ihtimamla bağdaşır nitelikte değildir. Olayda yönetim yetkisinin kaldırılması koşulları gerçekleşmiştir..." (KBİBB.).

<sup>107</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 70.

<sup>108</sup> Şener, AO, 320.

olmayan bir zamanda istifa tazminat ödenmesini gerektirebilir (TBK. m. 512, c. 2). Keza, yöneticinin ölümü ve kısıtlanması da yönetim yetkisini sona erdirir. Yönetim yetkisi sona eren ortağın varsa temsil yetkisi de sona erer. Yönetimi sona erdiren diğer bir sebep, ortağın ortaklıktan ayrılmasıdır. Aynı şekilde, ortaklığın sona ermesi de yönetim yetkisini ortadan kaldıran bir sebeptir (TBK. m. 641)<sup>109</sup>.

### SONUÇ

Elbirliği mülkiyetinde yönetim, ortaklık amacını gerçekleştirmeye yönelik her türlü faaliyeti ifade eder. Paylı mülkiyetin aksine, elbirliği mülkiyetine ilişkin genel hüküm niteliğindeki TMK. m. 702 hükmünde yönetim işlerinin türlerinden hareketle bir ayırım yapılmamıştır. Bunun yerine, kural olarak, elbirliği mülkiyetinde oybirliğiyle karar alınması gerektiği düzenlenmektedir. Keza, oybirliği esası, elbirliği mülkiyetine temel oluşturan ortaklık türleri bakımından da açıkça öngörülmektedir. Bununla beraber, mal ortaklığında, aile malları ortaklığında ve adi ortaklıkta olağan yönetim işleri bakımından her ortak tek başına yetkilidir. Keza, miras ortaklığında aynı sonuç kabul edilmektedir. Böylece, elbirliği mülkiyetinde olağan – olağanüstü yönetim işi şeklinde bir ayırım yapılmaktadır. Bu çözüm tarzı isabetlidir. Aksi takdirde, elbirliği mülkiyetinde bütün yönetim işleri bakımından oybirliği aranır ki, bu da elbirliği mülkiyetini işlemez hale getirirdi. İşte, bunu engellemek üzere kanunkoyucu tarafından her bir ortaklık türü bakımından özünde aynı esasa dayanan yönetime ilişkin özel düzenlemeler kabul edilmiştir.

İlk olarak, mal ortaklığında ortaklık mallarının yönetiminde ikili bir ayırım geçerlidir. Buna göre, olağan yönetim işlerinde her bir eş yetkili iken; olağanüstü yönetim işlerinde diğer eşin rızası aranmaktadır. Her bir eşin kendi mülkiyetindeki kişisel mallarında ise tek başına yönetim esası geçerlidir.

Elbirliğiyle yönetilen aile malları ortaklığında da olağanüstü yönetim işlerinin aksine, olağan yönetim işlerini her ortak bizzat yerine getirebilir. Kazanç paylı aile malları ortaklığında ise, ortaklığın yönetimi ortaklardan sadece birine aittir.

<sup>109</sup> Poroy / Tekinalp / Çamoğlu, 71; Şener, AO, 324-325.

Elbirliği mülkiyetine temel oluşturan diğer ortaklık türlerinden farklı olarak, miras ortaklığında kanunkoyucu tarafından yönetim konusu açıkça düzenlenmemektedir. Bununla beraber, miras ortaklığında da genel hüküm niteliğindeki TMK. m. 702/II hükmü gereğince yönetimde oybirliğiyle karar alınması gerekir. Ancak, bu yaklaşım olağan yönetim işleri, özellikle de acele haller bakımından yetersizdir. Dolayısıyla, miras ortaklığında da olağan yönetim işleri için her mirasçının yetkili olduğu sonucuna varılmaktadır. Miras ortaklığının amacı göz önünde bulundurulduğunda, olağan – olağanüstü yönetim işi ayırımının kanunkoyucu tarafından miras ortaklığında açıkça düzenlenmesi gerektiği anlaşılmaktadır.

Miras ortaklığında oybirliği esasını aramak yerine, bir mirasçının talebi üzerine terekeye hâkim tarafından temsilci atanabilir. Hatta, mirasçılar oybirliğiyle terekeye temsilci atamak isterse, bunun için hâkim kararı dahi gerekmez. Tereke temsilcisi, kural olarak terekenin yönetimi için gerekli her türlü işlemi mirasçılar adına yapabilir. Keza, mirasbırakan tarafından vasiyeti yerine getirme görevlisinin atanması durumunda da tereke yönetimi ona aittir. Temsilci de vasiyeti yerine getirme görevlisi de mirasçılardan olağan yönetim işlerindeki yetkisini sona erdirir. Nihayet, hâkim tarafından re'sen terekenin resmî yönetimine karar verilmesi durumunda da yönetim yetkisi esas itibariyle ona geçer.

Adi ortaklıkta açıkça olağan – olağanüstü yönetim işleri ayırımı yapılmaktadır. Buna göre, kural olarak bütün ortaklar olağan yönetim işlerini bizzat yapabilir. Olağanüstü yönetim işlerinde ise yönetici olup olmadıklarına bakılmaksızın ortaklarının oybirliğiyle karar alması gerekir.

## BİBLİYOGRAFYA

**Akıntürk, Turgut / Ateş Karaman, Derya**, Medenî Hukuk, 18. Baskı, İstanbul 2013 (Kısaltılmışı: Akıntürk / Ateş Karaman, Medenî).

----- : Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, 13. Baskı, İstanbul 2011 (Kısaltılmışı: Akıntürk / Ateş Karaman, Aile).

**Akipek, Jale G. / Akıntürk, Turgut** : Eşya Hukuku, İstanbul 2009.

**Ansay, Tuğrul** : Adi Şirket, 1967.

**Antalya, O. Gökhan** : Miras Hukuku, İstanbul 2009.

**Aybay, Aydın** : Miras Hukuku Dersleri, 3. Baskı, İstanbul 2002.

**Ayiter, Nüşin** : Türk Medenî Kanunu ve Borçlar Kanununda Elbirliği Ortaklıkları (İştirak Halinde Mülkiyet), Ankara 1961.

**Ayiter, Nüşin / Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Miras Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1991.

**Bahtiyar, Mehmet** : Ortaklıklar Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2019.

**Barlas, Nami** : Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 3. Baskı, İstanbul 2012.

**Başpınar, Veysel** : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 2004.

**Berki, Şakir** : Aynî Haklar, Ankara 1965 (Kısaltılmışı: Berki, Aynî).

----- : Miras Hukuku, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: Berki, Miras).

**Bertan, Suad** : Aynî Haklar, C. 1, Ankara 1976.

**Bilgili, Fatih / Demirkapı, Ertan** : Şirketler Hukuku, 9. Baskı, Bursa 2013.

**Bozkurt, Tamer** : Şirketler Hukuku, 10. Baskı, Ankara 2019.

**Brox, Hans** : Erbrecht, 16. Auf., Köln-Berlin-Bonn-München 1996.

**Çelik, Aytekin** : Ticaret Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2014.

**Doğanay, Y. Ümit** : Adî Şirket Akdi, İstanbul 1968.

**Domanıç, Hayri** : Şirketler Hukuku I, 2. Baskı, İstanbul 1968.

**Druey, Jean Nicola** : Grundriss des Erbrechts, 5. Auf., Bern 2002.

**Dural, Mustafa** : Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1981.

- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2015.
- Erdem, Mehmet : Aile Hukuku, Ankara 2018.
- Eren, Fikret : Mülkiyet Hukuku, Ankara 2011.
- Eren, Fikret / Yücer Aktürk, İpek : Türk Miras Hukuku, Ankara 2019.
- Erman, Hasan : Eşya Hukuku Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 2016.
- Ertaş, Şeref : Eşya Hukuku, 10. Baskı, İzmir 2012.
- Esener, Turhan / Güven, Kudret : Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- Friedrich, Von Walther J. : Testament und Erbrecht, 16. Auf., München 1991.
- Gençcan, Ömer Uğur : Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2016.
- Gursky, Karl-Heinz : Erbrecht, 2. Auf., Heidelberg 1994.
- Güman, Nihat : Elbirliği Mülkiyeti ile Kollektif ve Komandit Şirket Hisselerinin Haczi ve Paraya Çevrilmesi, İstanbul 2010.
- Gümüş, M. Alper : Türk – İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: Gümüş, Özen Borcu).
- : Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK. 185-281), İstanbul 2008 (Kısaltılmışı: Gümüş, Mal Rejimleri).
- Gürsoy, Kemal T. / Eren, Fikret / Cansel, Erol : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- Hatemi, Hüseyin : Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019 (Kısaltılmışı: Hatemi, Aile).
- : Miras Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2004 (Kısaltılmışı: Hatemi, Miras).
- Hausheer, Heinz / Reusser, Ruth / Geiser, Thomas : Berner Kommentar, Das Familienrecht, Bd. II, 2. Unterteilband, Die Gütergemeinschaft, Die Gütertrennung, Bern 1996.
- Hegnauer, Cyril / Breitschmid, Peter : Grundriss des Eherechts, 4. Auf., Bern 2000.
- Honsell, Heinrich / Vogt, Nedim Peter / Geiser, Thomas : Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auf., Basel 2003.

**İmre, Zahit / Erman, Hasan** : Miras Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2013.

**İnan, Ali Naim / Ertaş, Şeref / Albaş, Hakan** : Türk Medenî Hukuku, Miras Hukuku, 8. Baskı, İzmir 2012.

**Kayaoğlu, Ahmet Ziya** : Müşterek Mülkiyet, İştirak Halinde Mülkiyet, Ankara 1946.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Aile Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Aile).

----- : Miras Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Kılıçoğlu, Miras).

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip** : Miras Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1978.

**Köprülü, Bülent** : Miras Hukuku Dersleri I, İstanbul 1975.

**Köprülü, Bülent / Kaneti, Selim** : Aile Hukuku, İstanbul 1985.

**Oğuzman, M. Kemal** : Miras Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1978.

**Oğuzman, M. Kemal / Seliçi, Özer / Oktay-Özdemir, Saibe** : Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.

**Oğuzoğlu, Cahit** : Medenî Hukuk, Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, 5. Baskı, Ankara 1963.

**Öktem, İmran** : Kolektif Mülkiyette İştirak Halinde Mülkiyet, İstanbul 1946.

**Öztan, Bilge** : Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015 (Kısaltılmışı: Öztan, Aile).

----- : Miras Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Öztan, Miras).

**Poroy, Reha / Tekinalp, Ünal / Çamoğlu, Ersin** : Ortaklıklar Hukuku I, 14. Baskı, İstanbul 2019.

**Pulaşlı, Hasan** : Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, 3. Baskı, Ankara 2018.

**Rey, Heinz** : Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Bd. 1, 3. Auf., Bern 2007.

**Saymen, Ferit H. / Elbir, Halid K.** : Türk Eşya Hukuku Dersleri, İstanbul 1963.

**Schlüter, Wilfried** : Erbrecht, 13. Auf., München 1996.

**Schmid, Jörg / Hürlimann-Kaup, Bettina** : Sachenrecht, 2. Auf., Zürich-Basel-Genf 2003.



- Schwab, Karl Heinz / Prütting, Hanns : Sachenrecht, 26. Auf., München 1996.
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay : Miras Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2012.
- Sirmen, A. Lâle : Eşya Hukuku, Ankara 2013.
- Şener, Oruç Hami : Adi Ortaklık, Ankara 2008 (Kısaltılmışı: Şener, AO).  
----- : Ortaklıklar Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2017 (Kısaltılmışı: Şener, Ortaklık).
- Tekinay, Selâhattin S. : Eşya Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1978.
- Tuor, Peter / Schnyder, Bernhard / Schmid, Jörg / Rumo-Jungo, Alexandra : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich-Basel-Genf 2002.
- Winkler, Von Karl : Erbrecht von A-Z, 5. Auf., München 1995.
- Yıldırım, Abdülkerim : Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- Zevkililer, Aydın / Ertaş, Şeref / Havutçu, Ayşe, Gürpınar / Damla : Medenî Hukuk, Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara 2012.
- Zeytin, Zafer / Ergün, Ömer : Türk Medeni Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2013.



## HAKEMLİ MAKALE

### AGAMBEN'S CRITIQUE OF HUMAN RIGHTS\*

Dr.Öğretim Üyesi Murat Tumay\*\*

İsmail Mutlu\*\*\*

#### ABSTRACT

Since humanity has experienced different kinds of problems in a time of global wars, the Cold War and the post-Cold War era, the concept of human rights has provided a conceptual framework to discuss these problems and injustices, ranging from refugee crises to global poverty. However, human rights discourse has been criticised by some scholars due to its perceived use in the justification of imperialist interventions, as well as its having become a major tool for the biopolitical operation of power. In this context, Giorgio Agamben presents a strong critique of human rights, stating that human rights consolidate sovereignty by producing 'bare lives' that are becoming vulnerable to sovereign violence. In this article, we will analyse Agamben's criticism of human rights through his basic arguments and concepts.

**Key words:** *Human rights, Giorgio Agamben, Bare lives, Sovereignty*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 22.10.2019  
Kabul Edildiği Tarih: 01.11.2019

\*\* İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı.  
E-Mail: [murat.tumay@medeniyet.edu.tr](mailto:murat.tumay@medeniyet.edu.tr)  
ORCID-ID: 0000-0002-6092-8914

\*\*\* LLM Student at Birkbeck College University of London.  
ORCID-ID: 0000-0003-0049-3725

## AGAMBEN'DE İNSAN HAKLARI ELEŞTİRİSİ

### ÖZET

İnsanlık, küresel savaşlar, Soğuk savaş ve Soğuk savaş sonrası dönemde çeşitli sorunlarla karşılaşmış ve insan hakları kavramı, mülteci krizinden küresel yoksulluğa kadar uzanan bu sorunları ve adaletsizlikleri tartışmak için kavramsal bir çerçeve sağlamıştır. Bununla birlikte, insan hakları kavramı emperyalist müdahaleciliğin meşrulaştırılması ve iktidarın politik bir aracı haline gelmesinden dolayı bazı düşünürler tarafından eleştirilmiştir. Giorgio Agamben, insan haklarının, egemenliği, egemen şiddete karşı savunmasız hale getiren “çıplak hayatlar” üreterek güçlendirdiğini belirten güçlü bir insan hakları eleştirisi sunuyor. Bu makalede Agamben'in insan haklarına yönelik eleştirileri temel argüman ve kavramları ile analiz edilmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** *İnsan Hakları, Giorgio Agamben, Çıplak hayatlar, Egemenlik*

## I. Introduction

Human rights discourse has become very dominant in many fields such as law and politics. Since humanity has experienced different kinds of problems in a time of global wars, the Cold War and the post-Cold War era, the concept of human rights has provided a conceptual framework to discuss these problems and injustices, ranging from refugee crises to global poverty. However, human rights discourse has been criticised by some scholars due to its perceived use in the justification of imperialist interventions, as well as its having become a major tool for the biopolitical operation of power. In this context, Giorgio Agamben presents a strong critique of human rights, stating that human rights consolidate sovereignty by producing 'bare lives' that are becoming vulnerable to sovereign violence. In the article, we will analyse Agamben's criticism of human rights through his basic arguments and concepts.

Human rights have two main aspects, namely the institutional and the subjective.<sup>1</sup>As institutional entities, they are subjects of laws, constitutions, conventions and court judgments. In the subjective sense, these rights should play a key role in constructing the individual as subject of law; in other words, human rights should allow us to define the meaning and power of humanity and to protect human beings against sovereign power. However, Agamben argued that human rights cannot help humanity, but that they rather participate in the production of the sovereign violence. In this sense, human rights loses its function and becomes a tool in the hand of the sovereign who uses it against its citizens. Accordingly, the concept of human rights needs to face this powerful criticism, otherwise it will serve the sovereign unwillingly.

This article consists of two chapters. The first chapter examines the theoretical underpinnings of Agamben's analysis of sovereignty to provide a background for his critique of human rights. The second chapter will discuss

---

<sup>1</sup> Costas Douzinas, *Human Rights And Empire* (1st edn, Routledge-Cavendish 2007), p. 7

Agamben's main arguments regarding human rights to understand how Agamben makes a huge contribution to the contemporary debate surrounding human rights.

## II. Conceptual Background of Agamben's Critique

To understand an individual's thought, we should first focus on the basic concepts and structure of his argument. To do this, one should examine the purpose of the thinker; that is to say, it should be understood what the key problems of his thought are, how the thinker engages with these problems, and which concepts and arguments are preferred by the thinker in order to conceive of and solve the problem. In this process, firstly, the problem should be defined and clearly laid out in all its parts. Secondly, the thinker should create a conceptual framework by means of concepts and arguments in order to approach the problem correctly. Thirdly, the thinker may analyse the problem through his conceptual framework and attempt to reach a conclusion in which the problem is solved, or at least in which progress on the question is made. In this part, I attempt to follow this methodology to outline Agamben's analysis of sovereignty to provide conceptual background for a debate concerning his critique of human rights.

As a political philosopher, Agamben focuses on the relationship between humans and the state. Since humans maintain their life under the control of the modern nation-state, the relation between humans and the state is the most important aspect that affects our life. In this context, it is crucial to answer the question of what kind of power affects human life and what are the boundaries of that power; that is to say, whether it is bound by something such as law, or it is a sort of transcendent power. In the contemporary era, for the most part, we live in democratic nation-states in which we can choose the representative who in turn will decide how that power is used; the power is also bounded by law, which is created by representatives who are voted in by us. Moreover, some kinds of rights discourse (namely that of human rights, fundamental rights and constitutional rights) protect us against this power in order to ensure our lives. In addition to this, many

international conventions such as the Universal Declaration of Human Rights protect people against many kinds of discrimination ranging from poverty to violence. Despite all of these tools which should protect people against state power, the history of humanity has been one of many calamities and sufferings, including both world wars, the Cold War and issues of today, such as the refugee crisis, terrorist incidents and strict legal rules regarding the state of exception. Having considered all of these points, the problem can be identified as being why humanity cannot be freed from these calamities, and can also be problematised as the question of how modern democratic states turn into totalitarian states. At this point, Agamben analysed the power by means of creating a new conceptual framework to conceive the situation in which human beings maintain their life.

Agamben proposed a new theory of sovereignty which is characterised by power being based on the state of exception and the production of a bare life. He argues that sovereign power establishes itself by means of the production of a juridical order based on the exclusion of bare-naked life.<sup>2</sup> To do this, sovereign power enacts a state of exception in which the law is suspended; in this case, the legal status of a human being is withdrawn and transformed in relation to the sovereign power into that of a bare life. In other words, the state of exception permits sovereign power to encompass what is outside the law as 'human life', and this power also transforms life into a bare life which is stripped of legal status, political functions and rights.<sup>3</sup> He maintained that "the rule, suspending itself, gives rise to the exception" – that is, the juridical order, suspending its own validity, produces the exception of bare life – "and, maintaining itself in relation to the exception, first constitutes itself as a rule."<sup>4</sup> Therefore, human life as a bare life is captured through its relation to sovereign power in the state of exception. In this sense, Homo Sacer is one who has been reduced to bare life through the state of exception by the hand of sovereign

---

<sup>2</sup>Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998).

<sup>3</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) 11 *Contemporary Political Theory*.

<sup>4</sup>Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998).

power. A good example of this situation is the camp, in which sovereign power enacts the state of exception and produces the bare life, while bare life is also seized by the state in the most explicit way. The notion of the camp is used as the space of the exception and must be understood as an existing condition in potential within the political order; that is to say, human beings are living in a sort of gigantic camp but they do not even know it. For Agamben, exception is not only the conditions of Auschwitz but also the conditions of the contemporary political order.<sup>5</sup> In other words, the realm of politics today has been transformed into the realm of bare life, the exception has been made real as a rule and “all citizens can be said... to appear virtually as hominessacri”.<sup>6</sup> Having considered the general structure of Agamben’s conceptual framework, the following paragraphs will elaborate on concepts such as bare life, homo sacer and Agamben’s notion of the exception.

To understand the insidious effects of the power that transforms human life into bare life, Agamben began with Michel Foucault’s analysis of biopower. Foucault’s theory of biopolitics, in which human life becomes the aim of the power of the State, defined a transition in modernity. Foucault argued that the State incrementally took as its duty the care and regulation of human life itself. This process, for Foucault, began in the 17th century. He uses the term ‘biopower’ to describe the organising technology of power that ‘distributes the living in the domain of value and utility’,<sup>7</sup> which indicates for him the emergence of a ‘biopolitics’ of the ‘human race’<sup>8</sup>. This notion of biopower is distinguished from the archaic sovereign based on the threat of death and centralises the regulation and management of the biological life of individuals<sup>9</sup>. Biopower is also at the core of

---

<sup>5</sup>Giorgio Agamben. *Means Without Ends: Notes on Politics*, (University of Minnesota Press 2000) 6

<sup>6</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998).

iii

<sup>7</sup>Michel Foucault *History of Sexuality: Volume I: An Introduction*, (Translated by R. Hurley. New York: Vintage Books. 1988) 144.

<sup>8</sup>Michel Foucault, “*Society Must Be Defended: Lectures at the College de France, 1975- 76*,” (eds. Mauro Bertani and Alessandro Fontana, trans. David Macey. Picador: New York 2003). 243

<sup>9</sup>Michel Foucault, *History of Sexuality: Volume I: An Introduction*, (Translated by R. Hurley.



Agamben's analysis of sovereignty, but rather than positing biopowers distinct from sovereign power as Foucault does, Agamben argues that it is always implicated in sovereignty;<sup>10</sup> that is, to the extent that sovereignty always consists in a decision on life, it is indeed inseparable from biopower. In other words, for Agamben, biopolitics is the essence of sovereignty and Foucault's thesis must therefore be 'corrected, or at least completed'<sup>11</sup> in such a way that "the production of a biopolitical body is the original activity of sovereign power".<sup>12</sup>In this context, Agamben draws on Carl Schmitt's famous definition of sovereignty as the decision on the exception. For Schmitt, sovereignty cannot ground itself in legal norms, as it requires an 'exteriority' or 'factuality' to ground itself.<sup>13</sup>To examine the relation between the sovereign and this exteriority, Agamben turns to the etymology of 'exception' (ex-capere) which specifies that sovereign exception is not merely exclusion; it is more definitively an 'inclusive exclusion' which signifies a double movement, capturing at the very moment of excluding.<sup>14</sup>On the foundation of this etymological thesis, Agamben asserts that the logic of sovereignty consists in capturing, taking in, what is outside the juridico-political order. In this case, the question of 'what is this 'exteriority' that is captured in sovereign law?' arises, and the simple answer is 'life'.<sup>15</sup> The relationship between law and life is the main theme of Agamben's analysis of sovereignty. He maintains that this relationship paves the way for a 'bare life' that can be killed with impunity; that is to say, life can be involved in the sovereign sphere only in the form of an exclusion, or only once stripped of its legal and political status. In this way,

---

New York: Vintage Books 1988) 143

<sup>10</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998) 6-9

<sup>11</sup>i.b.i.d p.9

<sup>12</sup>i.b.i.d p.6

<sup>13</sup> Carl Schmitt and Tracy B Strong, *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (George Schwab ed, University of Chicago Press 2006) 5

<sup>14</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) *Contemporary Political Theory*.

<sup>15</sup>i.b.i.d

sovereign power produces a 'bare life' and establishes itself as a biopolitical sovereign throughout Western history.<sup>16</sup>

As a philosopher of language, Agamben focuses on the Ancient Greek language to consolidate the relationship between 'life' and sovereignty.<sup>17</sup> The Ancient Greeks expressed what they believed to be the meaning of life using two terms: *zoe*, which connotes the simple fact of whole living beings, and *bios*, which indicates the form of living peculiar to a single or individual group. To explain the term *bios*, Agamben turns to moral philosophy, noting that human beings always need to seek happiness in their living and that their life is irremediably assigned to happiness.<sup>18</sup> In this case, the necessity of happiness, which is the main virtue of life, constitutes the political life, in which "a community [is] instituted for the sake of the living and the well living of men in it".<sup>19</sup> In this context, *bios* can be understood to mean that human beings are inscribed into the juridico-political machinery of the state and also that their life can be defined as a community life in which they attempt to live in accordance with happiness, which is the main virtue of life. Human beings whose life can be identified as a *bios* can make an effort to reach to the main virtue of life. In other words, only the political form of life can give human beings the chance to live well. The term *zoe*, on the other hand, indicates a sort of animalisation or naturalisation of the form of life. It is this biopolitical division between political and natural life that produces remainders and turns certain categories of living beings into 'bare life'. Two styles of life are becoming intermixed and indiscernible in today's modernity. The concept of 'bare life' is the life produced as a result of sovereign decisions about what is distinctively human.<sup>20</sup> In this production process, *zoe* becomes the foundation of politics and is excluded, but is also included in a certain way by means of its exclusion: by excluding it, it is also recognised. This

---

<sup>16</sup>i.b.i.d

<sup>17</sup> Giorgio Agamben. *Means Without Ends: Notes on Politics*, (University of Minnesota Press 2000) 3

<sup>18</sup>i.b.i.d p.4

<sup>19</sup>i.b.i.d p.4

<sup>20</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998)

90

'inclusive exclusion' of life has been the permanent characteristic of biopolitical sovereignty. In this context, Homo Sacer is the man who can be killed with impunity, but he is also sacred in the sense that he has been removed from the social order and placed outside the state (a different sphere). In other words, Homo Sacer is not the same thing as *zoe*, but rather is the man from whom *bios* has been withdrawn and who has been reduced to the status of *zoe*.

In brief, Agamben combines Schmitt's definition of sovereign (i.e. "he who decides the exception"<sup>21</sup>) with Foucault's conception of biopolitics to argue that bare life is produced in a zone of indistinction in which law and sovereignty are blurred. Agamben's notion of the camp is "the hidden matrix and nomos of the political space in which we are still living"<sup>22</sup>, the zone in which the state of exception is materialised. Sovereign power manifests itself not only in historical incidents, such as the Auschwitz-Guantanamo-Gaza continuum, but everywhere. In this sense, the notion of the camp as a spatial metaphor is gradually universalised and all human beings become assumed Homo Sacer.<sup>23</sup> To be more precise, a distinguishing feature of the modern sovereign power is that natural life, or *zoe*, which was limited to the sphere of the *oikos* in the classical world, becomes the foundation of politics. The exception becomes the rule and captures the definition of life of every human being, blurring the distinctions between *polis* and *oikos*, *bios* and *zoe*, right and violence.<sup>24</sup> As it is examined, the notion of exception is the key feature of Agamben's thought. The notion of the exception will be elaborated in the following paragraphs.

In his complex thesis of the exception, Agamben mentioned the ideas regarding the state of exception and revealed his own position through these words:

---

<sup>21</sup> Carl Schmitt and Tracy B Strong, *Political Theology: Four Chapters On The Concept of Sovereignty* (George Schwabed, University of Chicago Press 2006) 5

<sup>22</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn., Stanford University Press 1998) 174

<sup>23</sup> Sammy Adelman, 'The Unexceptional Exception: Sovereignty, Human Rights And Biopolitics' SSRN Electronic Journal.

<sup>24</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998), p. 9.

“the state of exception is neither internal nor external to the juridical order, and the problem of defining it concerns precisely a threshold, or a zone of indifference, where inside and outside do not exclude each other but rather blur with one another”.<sup>25</sup> In this case, he problematizes “How can an anomie be inscribed within the juridical order?”<sup>26</sup> To understand this question, Agamben uses the genealogical method for the state of exception, initially citing Gratian, Thomas Aquinas and Dante as he notes with approval the medieval conception of the exception, which contributes not to ‘render to illicit licit’ but ‘to justify a single, specific case of transgression by means of exception’.<sup>27</sup> Secondly, Agamben notes that the modern formulation of the state of exception comes from a 1789 decree of the French constituent assembly, distinguishing a ‘state of peace’ from a ‘state of siege’ in which ‘all the functions entrusted to the civilian authority for maintaining order and internal policing pass to the military commander, who exercises them under his exclusive responsibility’.<sup>28</sup> In this case, the state of exception is gradually emancipated from its war context and is introduced during peacetime to obviate social problems and economic crises. Two points are crucial to understand Agamben’s theory of the state of exception: first, the modern state of exception is a product of the democratic tradition, not the absolutist one; second, the state of exception is characterized as ‘fictitious’, where a discourse of war is maintained metaphorically to legitimise the application of extensive sovereign power.<sup>29</sup>

Having provided the background information, Agamben argues for a theory of exception as “the preliminary condition for any definition of the relation that binds and at the same time abandons the living being to the law”.<sup>30</sup> The state of

---

<sup>25</sup>Giorgio Agamben, *State of Exception* (2005) 27

<sup>26</sup>i.b.i.d p.27

<sup>27</sup> Stephen Humphreys, 'Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State Of Exception' (2006) 17 *European Journal of International Law*.

<sup>28</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception* (2005) 5

<sup>29</sup> Stephen Humphreys, 'Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State Of Exception' (2006) 17 *European Journal of International Law*.

<sup>30</sup>Giorgio Agamben, *State of Exception* (2005) 33.

exception is the identification of what is outside the law, but it also encourages sovereign attempts to encompass the outside within the law. At this point, Agamben consults Schmitt's well-known definition of sovereign as 'he who decides on the exception' and argues that according to Schmitt, the juridical order is preserved even when the law itself is suspended. Agamben rejects Schmitt's position and puts forward that "the state of exception is not a 'state of law but a space without law, a 'zone of anomie'".<sup>31</sup> Agamben maintained that Schmitt's formulation, which attempts to inscribe a legal vacuum into the order, is defined to privilege sovereign violence at all costs.<sup>32</sup> Agamben counters Schmitt through the writer of the 'Critique of Violence', Walter Benjamin, who speaks of a 'pure' or 'divine' violence that is neither subject to nor preserving of law, that may appear as a flash of revolutionary transcendence and that Agamben reads as a 'cipher of human activity'.<sup>33</sup> In brief, Agamben argues that attempts like Schmitt's to legislate for anomie, namely to encompass the non-legal within the law, ignore the existence of that which is outside the legal reality; that is to say, the existing juridical order becomes total.<sup>34</sup> Lastly, Agamben follows the Roman relation of *auctoritas*, which means 'the power to suspend or reactivate the law', to the *potestas*, which means the power of a magistrate to execute the law. *Auctoritas* is located in the figure of authority and is a competence not of law but of life itself, deriving from the people of the republic and later from the emperor. It also exists in a binary relation, one 'at once of exclusion and supplementation', to *potestas*. Agamben argues that through Augustus' *auctoritas*, he 'legitimizes and guarantees the whole of Roman political life'.<sup>35</sup> Through this historical observation, Agamben provides us with a conceptual framework for his critique of human rights by means of the following words: "As long as the two elements [i.e. *auctoritas* and

---

<sup>31</sup>i.b.i.d p.50-51.

<sup>32</sup> Stephen Humphreys, 'Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State Of Exception' (2006) 17 European Journal of International Law.

<sup>33</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception* (2005) 59.

<sup>34</sup> Stephen Humphreys, 'Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State Of Exception' (2006) 17 European Journal of International Law.

<sup>35</sup> Giorgio Agamben, *State of Exception* (2005) 79.

*potestas* or life and law] remain correlated yet conceptually, temporally and subjectively distinct... their dialectic... can nevertheless function in some way. But when they tend to coincide in a single person, when the state of exception, in which they are bound and blurred together, becomes the rule, then the juridico-political system transforms itself into a killing machine".<sup>36</sup>

### III. Agamben's Critique of Human Rights

The notion of sovereignty is very prevalent compared to other political principles in global politics.<sup>37</sup> Similarly, the concept of human rights is always used in various contexts such as refugee crises, poverty and the strict application of government. These two concepts face off against each other in the context of many political and legal issues. For instance, in 1945, the United Nations made reference to human rights, but its main purpose was to consolidate sovereignty as the higher principle of the international legal order.<sup>38</sup> The main function of human rights is, in my opinion, to make sovereignty accountable, but current political affairs indicate a trend in the reverse direction. In the war on terror, states of exception are normalised as the most preferable way of exercising sovereignty, and in this way governments can apply draconian rules and violate human rights law. Huntington's concept of 'clash of civilisation' and Schmitt's friend-enemy dichotomy are revived in the current political situation.<sup>39</sup> In light of these matters, human rights should at least be reconsidered in terms of their usefulness under modern sovereign power. In this sense, Agamben's critique of human rights is the most powerful critique, and unless

---

<sup>36</sup> *ibid* p.86

<sup>37</sup> Sammy Adelman, 'The Unexceptional Exception: Sovereignty, Human Rights And Biopolitics' SSRN Electronic Journal.

<sup>38</sup> The Preamble asserts "faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, [and] in the equal rights of men and women", but Article 2.1 states that "The Organization is based on the principle of the sovereign equality of all its members." The scope of sovereignty is reinforced in Article 2.7: "[n]othing contained in the present Charter shall authorize the United Nations to intervene in matters which are essentially within the domestic jurisdiction of any state".

<sup>39</sup> Sammy Adelman, 'The Unexceptional Exception: Sovereignty, Human Rights And Biopolitics' SSRN Electronic Journal.

human rights recover from this critique, it maylose its stable place in the political discourse.

To begin with, Agamben goes back to the 1789 Declaration of the Rights of Man and Citizen and argues that this declaration reinforced the biopolitical fracture between political and natural life at the centre of Western metaphysics and politics. Since this declaration made life the foundation of the nation-state, every aspect of life has become politicised and subjected to sovereign power<sup>40</sup>. Therefore, human rights perpetuate the process in which life is reproduced as a 'bare life' through sovereign power. After his provocative examination of the 1789 Declaration, Agamben notes that "it is precisely bare natural life... that appears here as the source and bearer of rights".<sup>41</sup> He concludes that these rights declarations represent a modern biopolitics in which bare life moves from the periphery to the centre of the political order<sup>42</sup>. Some other critiques of human rights from various scholars exist, but Agamben's critique is much more radical than others in terms of his conclusion, in which he argues that given the underlying assumptions of human rights, there is no possibility of reconceptualising them a new; instead, we need to imagine a politics beyond human rights so as to sever the tight link that holds human life in the grip of sovereign power<sup>43</sup>.

Agamben's critique of the Declaration is affected by Hannah Arendt's critique of human rights. Both authors' critiques take the condition of refugees as their starting point, considering these problems not as a failed implementation, but rather examining the condition of refugees as a symptom revealing the deeply-

---

<sup>40</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) 11 Contemporary Political Theory.

<sup>41</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998) 127

<sup>42</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) 11 Contemporary Political Theory.

<sup>43</sup>i.b.i.d

embedded paradoxes of human rights in a modern nation-state.<sup>44</sup> Arendt drew attention to this paradox by pointing out that this declaration assumes ‘man’ in his natural condition to be a source and bearer of innate rights, but also postulates the ‘man’ to be a ‘citizen’ with membership in a sovereign nation-state<sup>45</sup>. Agamben begins from a similar starting point, but he proceeds differently and reaches distinctive conclusions. Arendt problematises this paradox as a historically contingent problem that draws our attention to questioning the concept of human rights; in short, her critique does not propose the abandonment of human rights, but rather a rethinking of this concept. Agamben, however, notes that the conceptual dilemma in the rights declaration is an example that reveals the biopolitical fracture, namely that between *bios* and *zoe*, which has defined Western politics and metaphysics for centuries. To be more precise, for Agamben, the modern nation-state attempts to enhance the biopolitical fracture between political (*bios*) and natural (*zoe*) life by providing a fictional unity between man and citizen, birth and nation. However, this leads to reducing almost everyone to bare life<sup>46</sup>. Through this declaration, the question of which man is a citizen becomes basically political<sup>47</sup>. These kinds of questions pave the way for opening ground to an intervening sovereign power with the desire to make decisions about people who inhabit the nation-state without their being entitled to political rights.<sup>48</sup> In brief, for Arendt, the condition of refugees and stateless people between the World Wars revealed the impotence of human rights at a time when they were most needed. Since refugees were deprived of the protection of membership of a political community, they had nothing except their intrinsic rights as human beings. Arendt concludes that stateless people lacked the fundamental ‘right to have right’, namely, the political

---

<sup>44</sup>i.b.i.d

<sup>45</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998) 128 and Hannah Arendt, *The Origins of Totalitarianism*. (New York: Harcourt. 1951) 291

<sup>46</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998) 128

<sup>47</sup>i.b.i.d p.131

<sup>48</sup>i.b.i.d p.130



and legal recognition that would come only from being a member of a political community.<sup>49</sup> However, Agamben goes beyond Arendt's critique and argues that human rights, in their current form, are not protecting us from sovereign power, but rather are merely biopolitical rights to inscribe us—on the basis of our 'bare life'—within the mechanisms of the biopolitical state, whose *raison d'être* is to regulate biological life.

Agamben's analysis of human rights shares some features with that of several other contemporary scholars, particularly Foucault's perspective<sup>50</sup>. For instance, for both, rights are not protective shields protecting subjects against sovereign power; in fact, the more we invoke them, the more entangled we become with sovereign power. However, Agamben's critique becomes distinct in some points. For example, from a Foucauldian perspective, human rights as tactics of governmentality can be used in the regulation and management of population, therefore this perspective urges us to a new form of biopower over life and death instead of the archaic sovereign power.<sup>51</sup> For Agamben, whose aim is to indicate the intersection of sovereignty and biopower, human rights participate in the production of sovereign violence that Foucault assumed to be in decline. That is to say, human rights situate life itself at a site of sovereign decision-making and have also paved the way for practices that blur the line between the politics of life and death.<sup>52</sup> Furthermore, Agamben and Foucauldian critique also differ in terms of their conclusions. Agamben's critique requires the abandonment of human rights altogether in order to sever the bond between life and sovereign power, while from a

---

<sup>49</sup>Hannah Arendt, *We Refugees* (Altogether Elsewhere: Writers on Exile Edited by Marc Robinson 1994)

<sup>50</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) 11. *Contemporary Political Theory*.

<sup>51</sup>i.b.i.d

<sup>52</sup> Giorgio Agamben, *Homo Sacer: Sovereign Power And Bare Life* (1st edn, Stanford University Press 1998) 122.

Foucauldian perspective such as that of Wendy Brown, it is still possible to rethink and invoke human rights in ways that contest sovereign power.<sup>53</sup>

In conclusion, from Agamben's standpoint, human rights, because they define the human as a subject in terms of its 'bare life', situate humans in a politico-legal field identified by the ever-present possibility of the sovereign state of exception, in which the normal constitutional order is suspended and legal protection is withdrawn. In the condition of the state of exception, the subject is neither included nor excluded but held in a 'zone of indistinction' between two orders. This place is the location of 'homo sacer' as a subject of human rights which are doomed to reproduce sovereign violence, making any struggle for rights seem futile. Agamben notes that "The tradition of the oppressed teaches us that 'the state of emergency' in which we live is not the exception but the rule".<sup>54</sup> In this sense, exception becomes the rule, the camp becomes the paradigmatic structure to organise political space, and we have almost become homo sacer. As a result, any serious reflection on human rights must engage with these critiques if the concept is to recover itself.

#### IV. Conclusion

The notion of human rights plays a key role in modern global politics. In some contexts, this notion is seen as a 'universal religion'.<sup>55</sup> Every political matter can be discussed in the light of human rights. They are desired, claimed and believed in by many people. Not only people but also governments use them to legitimise their political action in international politics. Human rights are understood as a panacea to solve all problems of humanity. Under these circumstances, a critique of human rights is crucial in order to perceive modern political matters more deeply.

---

<sup>53</sup>Ayten Gündoğdu, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) in *Contemporary Political Theory*.

<sup>54</sup> Giorgio Agamben. *Means Without Ends: Notes on Politics*, (University of Minnesota Press 2000)

<sup>55</sup>Daan Bronkhorst, 'The Human Rights Film' [2004] Amnesty International Film Festival.

Giorgio Agamben presents a very powerful critique in which he marks the biopolitical foundations of the modern states and the process by which life is integrated into the structure and mechanisms of sovereign power, where it is 'protected' and 'secured' by means of its nakedness in the context of sovereign exception. It can be noted that the pragmatic approach of human rights in which they function as life-protecting and life-enhancing is not adequate to understand the role of human rights today; rather, in Agamben's analysis, human rights are complicit in the practice of state violence and the consolidation of sovereign power. At first glance, this critique can be seen as very radical. However, from our perspective, when Agamben's conceptual background is taken into account, it can be said that this critique has a very strong basis.

To overcome any obstacle, the obstacle must firstly be defined at all points. In Agamben's discourse, this obstacle can be seen to be sovereign power. Sovereign power attempts to encompass our essence of 'life itself'. We have to overcome this obstacle in order to be human in the most profound sense. Initially, human rights can be seen as a saviour for those who wish to overcome the obstacle because human rights are presented as a pure and sincere concept. However, Agamben shows through the elucidation of the structure of sovereign power that this structure can transform everything that has a relation to it, and that human rights is one these things. To be more precise, when the sovereign power builds a relationship to human rights, human rights is transformed and integrated into the mechanism of sovereign power. From this point on, the notion of human rights cannot function in the way we claim. We have to abandon human rights altogether in order to sever the relation between sovereign power and our life.

## BİBLİOGRAPHY

**Adelman S**, 'The Unexceptional Exception: Sovereignty, Human Rights And Biopolitics' SSRN Electronic Journal  
**Agamben, Giorgio** (1998), *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life* (Stanford University Press: Stanford, California).

----- (2000), *Means Without End: Notes on Politics* (University of Minnesota Press: Minneapolis and London).

----- (2005), *State of Exception* (The University of Chicago Press: Chicago and London).

**Arendt, Hannah** (1958) *The Origins of Totalitarianism* (Meridian: New York).

**Bronkhorst D**, 'The Human Rights Film' [2004] Amnesty International Film Festival

**Douzinas, Costas** (2000), *The End of Human Rights* (Hart Publishing: Oxford).

**Foucault, Michel** (1976), *The History of Sexuality: An Introduction, Vol. 1* (Penguin Books: London).

----- (1991), "Governmentality" in Burchell, G., Gordon, C. and Miller, P. (eds.), *The Foucault Effect: Studies in Governmentality* (Harvester Wheatsheaf: London).

----- (2003), "Society Must Be Defended": Lectures at the College de France, 1975- 76, eds. Mauro Bertani and Alessandro Fontana, trans. David Macey (Picador: New York).

**Gündoğdu A**, 'Potentialities Of Human Rights: Agamben And The Narrative Of Fated Necessity' (2011) 11 *Contemporary Political Theory*

**Humphreys S**, 'Legalizing Lawlessness: On Giorgio Agamben's State Of Exception' (2006) 17 *European Journal of International Law*

**Lechte J and Newman S**, 'Agamben, Arendt And Human Rights: Bearing Witness To The Human' (2012) 15 *European Journal of Social Theory*

O'Donoghue A, 'Sovereign Exception: Notes On The Thought Of Giorgio Agamben' (*Critical Legal Thinking*, 2017) <<http://criticallegalthinking.com/2015/07/02/sovereign-exception-notes-on-the-thought-of-giorgio-agamben/>> accessed 11 June 2017

Schmitt, Carl (1988), *Political Theology* (The MIT Press: Cambridge, Massachusetts and London).

Žižek, Slavoj (2005), "Against Human Rights", *New Left Review* 34, July-August 2005



## HAKEMLİ MAKALE

### TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE ÇOCUĞUN KİŞİLİĞİNİN KORUNMASI\*

Dr. Remzi DEMİR\*\*

#### ÖZ

Çocuğun korunmasına ilişkin Türk Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemeler, hem doktrin hem de uygulama bakımından önemlidir. Türk Medeni Kanunu'nda çocuğun kişivarlığının tehlikeye düşmesi durumunda, çocuk çeşitli önlemlerle korunmuştur. Çocuğun korunması yönünde alınan hukuki önlemler hukukumuzda büyük rol oynamaktadır. Hakim, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği çocuğun kişivarlığını korumak için öncelikle çocuğun aile içinde korunması yönünde karar verecektir, ancak buna imkan kalmamışsa daha ağır önlemlere başvuracaktır. Bu önlemler, çocuğun aile yanından alınması ve başka aile veya kuruma yerleştirilmesi ve velayetin kaldırılması önlemleridir. Hakimin velayete ilişkin takdirinin oluşmasında temel ilke, çocuğun üstün yararındır. Diğer bütün ilke ve faktörler bu ilke çerçevesinde ele alınmaktadır.

**Anahtar Kelimeler:** *Türk Medeni Kanunu, çocuk, çocuğun üstün yararı, çocuğu koruma, önlemler.*

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 18.07.2019

Kabul Edildiği Tarih: 15.10.2019

\*\* Ankara Batı Cumhuriyet Savcısı.

E-Mail: [remzidemir60@hotmail.com](mailto:remzidemir60@hotmail.com)

ORCID-ID: 0000-0001-6025-5476

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**THE PROTECTION OF THE PERSONALITY OF THE CHILD UNDER  
TURKISH CIVIL CODE**

**ABSTRACT**

The measures protecting child in the Turkish Civil Code are important in practice and theory. Under Turkish Civil Code, the child is protected by various measures if the child's personal care is endangered. The legal measures taken for the protection of the child play a major role in our legal system. Based on child's supreme benefit principle, judge preferably will decide that the way child should be protected in the family in order to protect child's personal entity, but if there is no possibility for that, judge will resort to more severe measures. These measures include taking child from the family and placing her/his in another family or institution and removing child's guardianship. Guiding principle about creating the discretion of the judge for determining the child custody is "the best interests of the child". The other principles and factors, are considered under this principle.

**Keywords :** *Turkish Civil Code, Children, The best benefit of the child, Child protection, measures.*



## I. GENEL OLARAK

Günümüz hukuk düzenlerinde velayet, sadece ana ve babaya aittir. Ana baba için velayet hakkı, Anayasamızda yer alan temel haklardan olmamakla beraber, bu haklardan türetilmiş bir haktır<sup>1</sup>. Kronolojik olarak başlangıçta ana baba yararına tanınan tabii bir hak olarak görülen velayet anlayışı, çocuğu ana ve babanın hukukuna bağlı kılmıştır. Ancak ilerleyen süreçte hukuk alanında velayete yüklenen anlam bir başkasına sözünü geçirmek, onun üzerinde egemenlik ve otorite kurmak yetkisidir. Kavram olarak kökü soybağı ilişkisine dayanan ve yalnız çocukları kapsayan velayet; gerek ergin olmayan küçüklerin, gerekse ergin çocukların şahısları ve mallarının korunması konusunda ana babanın sahip oldukları tüm hak, yetki ve yükümlülükler olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>. Çocuğun şahıs varlığına, malvarlığına ve

<sup>1</sup> AKKIŞLA, Hasibe Sena : Velayetin Tevdii, Turhan Kitabevi, Ankara 2017,s. 16; KARAKAYALI, Gökhan : Velayet Hakkının Kullanımına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009,s. 6.

<sup>2</sup> DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt : 3, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019,s. 357; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku, Cilt 2, Aile Hukuku, İstanbul 1965,s.363; ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku; 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004,s. 625; AKINTÜRK, Turgut / ATEŞ KARAMAN, Derya : Aile Hukuku, 12. Bası, Beta, İstanbul 2010,s. 406; USTA, Sevgi : Çocuk Hakları ve Velayet, XII Levha, İstanbul 2012,s. 10; BAKTIR ÇETİNER, Selma : “ Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi Ve Hukuki Niteliği “, Prof. Dr. Şeref Aktaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Özel Sayı, Cilt : 19, İzmir 2017,s. 42; ÖZMEN, İsmail : Velayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013,s.12; CANSEL, Erol : “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Sebebiyle Kaldırılması”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.I, Ankara 1977,s.137; BİRİNCİ UZUN, Tuba : “Türk Medeni Kanunu'na Göre Velayetin Kullanılması Ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada Ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.6, Ankara 2016,s.137; KAPLAN GÜLER, Beyhan : Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014,s. 168; ÖZLÜ, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002,s.17; ARAT, Ayşe : “Medeni Kanun'da Velayetin Kaldırılması Tedbiri Ve Bu Tedbirin Uygulanması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Aralık 2012,( Jurix, Erişim tarihi: 22.04.2019 ); CEYLAN, Ebru : “ TMK. M.'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Şeref Aktaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Özel Sayı, Cilt : 19, , İzmir 2017,s.352; ARABACI,Gülistan : “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008,s.7; GENÇCAN, Ömer Uğur : “HMK Sonrasında Velayetin Değiştirilmesi

temsiline ilişkin hak, yetki ve ödevleri kapsayan velayet, çocuğun şahıs ve malvarlığı bakımından ana ve babaya haklar tanığı gibi, onlara bir takım yükümlülükler de getirir<sup>3</sup>.

Türk Medeni Kanun'un (buradan itibaren TMK olarak kısaltılacaktır) m. 28 hükmüne göre, kişilik çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu, ana rahminden ve bedeninden ayrılarak bağımsız, anneden ayrı bir canlı varlık olarak yaşadığı andan itibaren başlamış olur<sup>4</sup>. Çocukluk ise tam ve sağ doğum ile başlayıp, erginliğe erişim arasındaki dönemi kapsamakta, dolayısıyla olağan koşullarda on sekiz yaşın doldurulmasıyla bitmektedir<sup>5</sup>. Erginlik dönemine erişmesine kadar alınacak tüm

---

Davalarında Yargıtay Uygulaması", İzmir Barosu Dergisi, S.1, Y.80, Ocak 2015, s.143; CEYLAN, Ebru : Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006,s.152; BAKTİR ÇETİNER, 2000, s.30; YAVUZ, Cevdet: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi Ankara 2002,s. 17; AKKURT, Sinan Sami : " Çocuğun Kişiliğinin Korunması Ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt : 1, XII Levha, İstanbul 2010,s. 92; ÖZTÜRKMEN İCAN, Yeşim : Hakimın Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Samsun 2015,s. 69.

<sup>3</sup> BİRİNCİ UZUN, s.137; KARAKAYALI,s. 6; KARACA, Hilal : Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2014,s. 6; AKYÜZ, Emine : "Velayet Ve Çocuğun Korunması", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009,s. 112; ALTUNKAYA, Mehmet : "Çocuğun Mallarının Yönetimi Ve Kullanma Hakkı", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, s.113.

<sup>4</sup> ÖZMEN, s.2; ÖZER TAŞKIN, Özden : Velayette Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı , Eskişehir 2006,s. 7; İMAMOĞLU, Hülya Selma : "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. LIV. S. 2, Ankara 2005,s.190; AKKURT, s. 97.

<sup>5</sup> "Türk Medeni Kanunu'nda, çocuk ve küçük kavramları tanımlanmamış olmakla birlikte, çocuklarla ilgili çeşitli hükümler bulunmaktadır. Örneğin, on beş yaşını dolduran küçüğü, mahkemece ergin kılınabilmesi (madde 12); velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri (madde 21/I); evlât edinmede, ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızasının alınması (madde 308/II); ana ve babadan her birinin, velâyeti altında bulunmayan veya kendisine bırakılmayan çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkı (madde 323); ergin olmayan çocuğun, ana ve babasının velâyeti altında bulunması (madde 335/I, cümle 1); çocuk malları (madde 352 vd.); ev başkanının, ev halkından olan küçüğün verdiği zararlardan sorumlu olması (madde 369) gibi." ; ŞİMŞEK, Canan: Türk Hukuku Ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları,Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel

idari ve adli kararlarda, çocuğun bedensel, ruhsal, bilişsel ve sosyal ihtiyaçlarının, kısacası üstün yararının dikkate alınması gerekir<sup>6</sup>. Bu nedenle çocuğun koruma altına alınması için, yasal koşulların yanı sıra aile mahkemesi hakiminin, çocuğu koruma ilkelerini daima rehber kabul etmesi gerekir. Kanaatimizce, hakimin bir çocukmuş gibi, kendisini yargılama konusu olayın öznesi sayarak, o çocuğun neye gereksinimi olduğu hususunda yoğun bir muhakeme yapması, çocuğun üstün yarar ilkesini temin edecektir. Hakimin çocuğa bir yetişkine davranırcasına yaklaşması, kanun koyucunun iradesine uygun olmayacaktır.

## II. ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN İLKELER

4721 sayılı TMK. m. 346 - 349 hükümlerinde, çocuğun korunmasına dair düzenlemeler yer almaktadır.<sup>7</sup> Velayet hakkının kullanılmasında, çocuğun korunmasına ait belirli ilkeler bulunmaktadır.<sup>8</sup> Yargılama sırasında bu ilkelere uyulması, bir ulusun geleceği olan çocukları, insanlığa ve uygarlığa yararlı kılmının zorunluluğu olduğu kanaatindeyiz.

---

Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir 2012,s.8; CANSEL, s. 142; KAPLAN GÜLER, s.169; İMAMOĞLU, s.191; ÖZÜĞÜR, Ali İhsan : Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Ruza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010,s.565; DEDE, İsmail : Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2018,s.4.

<sup>6</sup> AKKIŞLA, s.12; ÖZER TAŞKIN, s.10; POLAT, Oğuz / GÜLDOĞAN, Evin : “Uzman Görüşününün Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, TBB Dergisi, S.118, Ankara 2015,s. 245; GENÇCAN, 2015, s. 144 ; AKKURT, s.96; ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin : “ Çocuğun Menfaati Gereği Görüşününün Alınmaması Gereken Durumlar “, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt : 1, XII Levha, İstanbul 2010, s.827.

<sup>7</sup> İMAMOĞLU, s.193; AKYÜZ, 20009, s. 112; KÖKSAL, Mehmet : “ ' Çocuğun Menfaati' Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1. Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2017,s. 365; YAVUZ, s. 30.

<sup>8</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 367; GENÇCAN, Ömer Uğur : Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s. 379.

### A. Çocuğun Üstün Yararı İlkesi

Çocuğun yararı kavramı, TMK. m. 305'de, "küçüğün yararı"; TMK. m. 346'da, çocuğun menfaati olarak ifade edilmektedir<sup>9</sup>. Çocuğun korunmasında en üst kural olan çocuğun yararı ilkesi, çocuğun yararının ve gelişmesinin tehlikeye düşmesini engellemeyi amaçlamaktadır<sup>10</sup>. Aile mahkemesi hakimi, çocuğun korunması için gerekli önlemleri alırken, çocuğun üstün yararını gözetecektir. Zira çocuğun korunmasındaki amaç, velinin cezalandırılması değildir<sup>11</sup>. Çocuğun korunmasına yönelik önlem alan hakim, ana babanın kusurlu olup olmadığına bakmayacaktır<sup>12</sup>.

Çocuğun yüksek yararı ilkesi, özellikle çocuğun velayetinin anneye mi babaya mı bırakılacağına karar verirken hakime yol gösterecektir. Hakim 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5'inci maddesi gereğince mahkeme bünyesinde görevli uzmanlardan görüş alabilecektir. Ayrıca tarafların da Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293'üncü maddesi kapsamında mahkemeye uzman görüşü sunmalarına cevaz verilmiştir<sup>13</sup>.

Koruma önlemlerine ait davalarda, evrak üstünde karar verilemez. Mahkemece duruşma günü belirlenerek, taraflara tanıkların dinletme olanağı tanınması, ayrıca bildirilen tüm delillerin toplanarak değerlendirilmesi gerekir<sup>14</sup>. Yargıtay bir kararında çocuğun üstün yararının belirlenmesi için aile mahkemesi hakimine, olayın aydınlatılması için gösterilen tanıkları dinlemesi gerektiğine işaret

<sup>9</sup> ŞİMŞEK, s. 10; ÖZER TAŞKIN, s.18; KARACA, s.66; CEYLAN, 2006, s.155; AKKURT, s. 99; ELÇİN GRASSINGER, s.823; ÖZDEMİR, Hayrunnisa / RUHİ, Ahmet Cemal : Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, Onikilevha, İstanbul 2016,s.4; AKYÜZ, Emine : Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000,s. 242; ÖZTÜRKMEN İCAN, s. 71.

<sup>10</sup> AKKIŞLA, s. 29; USTA, s.93; BİRİNCİ UZUN, s.137; KARAKAYALI, s. 19; ÇELİK, Cemil : " Çocuğun Bir Aile Yanına Veya Kuruma Yerleştirilmesi ", Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Der Yayınları,İstanbul 2009,s.40; KÖKSAL, s. 356; VELİDEDEOĞLU, s. 267.

<sup>11</sup> GENÇCAN, 2015, s. 379; DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.367; VELİDEDEOĞLU, s. 266.

<sup>12</sup> GENÇCAN, 2015, s. 379; AKKURT, s. 106; VELİDEDEOĞLU, s. 267; ARAT, 2012, ( E.T. 22.04.2019 ) .

<sup>13</sup> POLAT / GÜLDOĞAN, s. 247.

<sup>14</sup> GENÇCAN, 2015, s.164; BULUT, Harun : Velayet ( Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ) Ve Nafaka Davaları, Beta, İstanbul 2007 ,s. 14.

ederek, bu durumun adil yargılama hakkını içeren hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olduğunu belirtmiştir<sup>15</sup>. Yargıtay başka bir olayda, delil olarak dosyaya sunulan CD'nin bilirkişi aracılığıyla incelenmeksizin hüküm kurulmasını eksik inceleme saymıştır<sup>16</sup>.

Psikiyatrist, psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı ve adli tıp uzmanı gibi uzmanların mütalaaları, mahkeme için önemli bir delil niteliğindedir<sup>17</sup>. Uzmanın soyut ve varsayımlara dayalı değerlendirmeleri, hükme esas alınamaz<sup>18</sup>. Çocuğun kendi görüşleri, onun yüksek yararını belirleyen en önemli etkidir<sup>19</sup>. Yargıtay verdiği bir kararda, çocuğun üstün yararını belirlerken çocuğun bedensel, zihinsel,

---

<sup>15</sup> "Dava, velayetin anneye verilmesi talebine ilişkin olup basit yargılama usulüne tabidir. Ne var ki; mahkemece basit yargılama usulünde duruşma yapılmaksızın karar vermeye imkan tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 320/1. maddesinin uygulanmasında hataya düşülmüştür. Şöyle ki, velayete ilişkin dava kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi uygulanır. Taraflar dilekçelerinde tanık deliline de dayanmıştır. Velayetin düzenlenmesinde asıl olan, çocuğun üstün yararındır. Dinlenecek tanıklarla, mevcut hükümden farklı olarak çocukların üstün yararının gözetilmesini gerektirecek yeni bir durum ve olgu ortaya çıkabilir. Öyleyse, dayandıkları olgu ve vakıaları delillama konusunda taraflara imkan tanınması, "adil yargılama hakkını" içeren "hukuki dinlenilme hakkı"nın bir gereğidir (HMK.md.27.) Öyleyse, açıklanan hususlar gözetilerek mahkemece duruşma günü belirlenerek, taraflara tanıkların da dinletme imkanı tanınması, delillerinin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir." Yargıtay 2.HD., 04.03.2014, 21470 / 4695 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>16</sup> "Velayetin kaldırılması davası kamu düzenini ilgilendirdiğinden; "kendiliğinden araştırma ilkesi" geçerlidir. Hakim, gerekli gördüğü takdirde, tarafların gösterdiği deliller dışında; kendisi de araştırma yapma yetkisine sahiptir. Davaya konu olan çocuğun davalı babasından fiziksel şiddet görüp görmediği hususunda, davacılarca bildirilen tanığın dinlenmesi ve dosyaya sunulan CD üzerinde uygun bir bilirkişi vasıtasıyla inceleme de yaptırıldıktan sonra uzman incelemesi de yaptırılarak, tüm delillerin hep birlikte değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşecek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken; eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."Yargıtay 2.HD., 16.01.2013, 7084 / 597 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>17</sup> ÖZTAN, s.465; GENÇCAN, 2015, s. 151.

<sup>18</sup> GENÇCAN, 2015, s.169; BULUT, s.13; ÖZTÜRK, Mehmet Atif : "Velayetin Kaldırılması", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya 2009,s.32.

<sup>19</sup> POLAT / GÜLDOĞAN, s.252; KARACA, s.101; ELÇİN GRASSINGER, s. 833.

ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacıyla gözetilmesi gerektiğine, ana ve babanın yararlarının ise boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulacağına isabetle işaret etmiştir<sup>20</sup>.

Çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince, koruma önlemine dair davalarda idrak çağında olması durumunda, çocuğun görüşünün alınması gerekir<sup>21</sup>. Üstün yararı farklı bir uygulamayı gerektiriyorsa, hakim çocuğun görüşüne itibar etmeyebilir. Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun m. 314/b.1 hükmünde, çocuğun ayırtım gücünü etkileyecek küçük yaşta olması veya diğer önemli sebeplerin varlığı halinde çocuğun dinlenmeyeceği belirtilmiştir.<sup>22</sup> Yargıtay da, çocukların kendi menfaatlerine uygun düşmeyen görüşlerinin bağlayıcılığının bulunmadığına isabetle hükmetmiştir<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> "Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun "üstün yararı" (Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme m.3; Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 1; TMK. m. 339/1. 343/1. 346/1; Çocuk Koruma Kanunu m. 4/b) dir. Çocuğun üstün yararını belirlerken; onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaki ve toplumsal gelişiminin sağlanması amacıyla gözetilmesi gereklidir. Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları, çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Davacı-davalı annenin ortak çocuk .....'ye kötü davrandığı iddiası karşısında mahkemece, velayet konusunda uzman bilirkişiden sosyal inceleme raporu alınarak ve idrak çağında bulunan 2010 doğumlu müşterek çocuk ....'nin velayeti konusunda, görüşü alınıp deliller hep birlikte değerlendirilmek suretiyle düzenleme yapılması gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Ne var ki, bu husus ilk inceleme sırasında gözden kaçırıldığından, davalı-davacı erkeğin karar düzeltme isteğinin kabulüne, Dairemizin 29.05.2018 tarihli, 2016/24338 Esas 2018/6891 Karar sayılı kısmen onama ilamının velayet yönünden kaldırılmasına, hükmün açıklanan sebeple velayet yönünden bozulmasına karar vermek gerekmiştir." Yargıtay 2.HD., 18.02.2019, 7533 /1241 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>21</sup> ÖZTAN, s.468; İMAMOĞLU, s.192; GENÇCAN, 2015, s.172; AKYÜZ, 2009, s.117; ELÇİN GRASSİNGER, s. 838; KÖKSAL, s. 364; ÖZTÜRKMEN İCAN, s.74.

<sup>22</sup> ELÇİN GRASSİNGER, s. 841.

<sup>23</sup> "Mahkemece, tarafların müşterek çocukları 2001 doğumlu İrem, 2004 doğumlu ...., 2006 doğumlu ...'nın velayeti, babanın yanında kalmak istediklerini beyan ettikleri gerekçesi ile davalı babaya bırakılmıştır. Velayet kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Somut olayda velayet hakkı kendisine bırakılan baba, kendisinin 22 yıldır esrar kullandığını beyan etmiştir. Her ne kadar ortak çocuklar mahkemede babaları

Kanaatimizce, hakimin çocuğu uzman bilirkişi refakatinde, bizzat dinlemesi zorunluluktur. Hakim, başvurduğu uzman bilirkişinin görüşleri ile birlikte çocuğun beyanlarını, çocuğun üstün yararına uygun biçimde değerlendirmelidir. Çocuğun kendisini rahatça ifade edebilmesi için, hakimin gerekirse çocuğun ebeveynini duruşma salonuna almaması ya da çocuğun uzman bilirkişinin kişiliğinden veya davranışlarından hoşnut olmadığını anlaması durumunda başka bir uzman bilirkişi tayin etmesi gerekir. Kaldı ki, bir davanın en iyi bilirkişisi hakimdir.

## B. Eksikliği Giderme İlkesi

Çocuğu koruma önlemlerinin , ana babanın hali hazırdaki yeteneklerini tamamlaması, ana babadaki eksikliği dengelemesi gerekir<sup>24</sup>. Hakim çocuğun korunmasında oluşan eksikliği, önlem alınmaksızın başka bir yoldan giderebiliyorsa eksikliğin giderilmesi ilkesini uygulamalıdır<sup>25</sup>. Öğretide bu ilkeyi tamamlayıcı olma ilkesi olarak adlandıran bir görüşe göre, koruma önlemleri ana babanın yeteneklerini tamamlar ve eksikliğini dengeler. Ana babadan birinin çocuğun eğitiminde ihmalkar davranmasına karşın, diğersinin yetenek ve becerileri, onun eksikliklerini giderirse önlem alınmasına gerek kalmaz<sup>26</sup>. Yargıtay bir kararında, anne ve babasında doğuştan hafif zekâ geriliği bulunduğu sosyal inceleme raporu ile belirlenen çocuğa danışman atanmasının yeterli olmayacağı gerekçesiyle, başka bir koruma önlemine hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>27</sup>.

---

ile kalmayı istediklerini bildirmişler ise de, çocukların menfaatine uygun düşmeyen görüşüne itibar edilemez. Velayet düzenlemesi yapılırken; göz önünde tutulması gereken temel ilke, çocuğun üstün yararadır." Yargıtay 2.HD., 26.09.2018, 4740 / 10168 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>24</sup> İMAMOĞLU, s. 195.

<sup>25</sup> GENÇCAN, 2015, s. 380.

<sup>26</sup> AKYÜZ, 2009, s. 135.

<sup>27</sup> "Danışmanlık tedbiri, çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere, çocuk yetiştirme konusunda çocuklara eğitim ve gelişmeleri ile ilgili sorunlarının çözümünde yol gösterme amacıyla başvurulmuş bir tedbirdir . Küçüğün, anne ve babasında doğuştan hafif zeka geriliği ( hafif mental reterdasyon) bulunduğu sosyal inceleme raporu ile belirlendiğine göre, danışmanlık tedbirinin

Daha dar önlemlerin alınması yoluyla, mevcut tehlike önlenebiliyorsa, çocuğun ana ve babadan alınmamasına hükmedilmelidir. Bu nedenle, çocuğun ana ve babadan alınması, ana baba yanında kalarak korunmasının sağlanamadığı hallerde başvurulmuş ikincil bir önlem olmalıdır. Bu husus hakim tarafından mutlaka araştırılmalıdır<sup>28</sup>. Yargıtay çocuğun korunması için değişik olasılıkların değerlendirilmesinin, çocuğun üstün yararına uygun olacağına hükmetmiştir<sup>29</sup>. Kanaatimizce, isabet bulunan Yargıtay kararında belirtilen değişik olasılıkların masraflı ya da zahmetli olup olmadığından ziyade, çocuğun üstün yararına hizmet etmesi gerekir. Anayasa'nın 2. maddesinde devletimizin sosyal hukuk devleti olduğu belirtildiği için, çocuğun üstün yararı için yapılacak maddi harcamaların; ana babaya, devlete veya çocuktan sorumlu kamu kurumlarına yükletilmesi, insan haklarına saygılı sosyal devlet ilkesiyle de uyumludur.

### C. Denklik İlkesi

Çocuğa yönelik korunma önlemlerine hükmedecek hakimin, alınacak önlemlerde amaç ile önlemin niteliği arasında denk bir tartım yapmalıdır. Hakimin basit koruma önlemlerine hükmederek çocuğun korunmasına karar vereceği hallerde, çocuğun yerleştirilmesi ya da velayetin kaldırılması gibi nitelik önlemlere

---

uygulanmasından bir sonuç alınmayacağı açıktır. Böyle bir durumda yasada gösterilen diğer tedbir veya tedbirlerden uygun olanına karar verilmesi gerekir. Bu husus nazara alınmadan ana ve babaya danışmanlık tedbiri uygulanmasına karar verilmesi de doğru bulunmamıştır.” Yargıtay 2.HD., 12.11.2013, 7196 / 26047 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>28</sup> ŞİMŞEK, s. 106; AKYÜZ, 2009, s.114.

<sup>29</sup> “Mahkemece alınan sosyal inceleme raporunda velayetleri anneye bırakılan 2000 doğumlu .....'nın babayı istediği, 2005 doğumlu .....'ın ise abisi ile birlikte olmak istediğini söylediği anlaşılmaktadır. Sosyal inceleme raporunda çocukların baba yanında kaldıkları ve annelerinin kendilerine kötü davrandığını beyan ettikleri belirtilmiştir. Mahkemece büyük çocuk .....'nın tercihi de nazara alınarak çocukların üstün yararı gereği velayetinin babaya verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 2.HD., 11.03.2013 , 20258 / 6337 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).



karar vermesini denklik ilkesi engeller<sup>30</sup>. Bu kuralın ihlal edilmesi, çocuğun yararını tehlikeye sokar<sup>31</sup>.

Hakimin hükmettiği koruma önlemleri, ana baba ile çocuk arasındaki ilişkileri bozucu etki oluşturmamalıdır. Tehlikenin sebep olduğu duruma göre velayet olabildiğince az, fakat gerektiği takdirde de çok sınırlandırılmamalıdır. Hakimin müdahalesi için, ana babanın kusuru şart değildir. Ancak koruma önlemlerinin seçiminde ve uygulanmasında ana babanın tutum ve davranışları nazara alınır<sup>32</sup>.

Çocuğun velayetinin kaldırılmasında, aile yanına veya kuruma yerleştirilmesinde, çocuk anne veya babadan ayrılmakla duygusal ve başka bakımlardan zarara uğradığı için çocuğun güvenliği tam olarak korunamaz. Bu nedenle çocuğun güvenliğine en uygun karar vermek durumunda olan hakim, çocuk için en az zararlı olan çözümü tercih etmelidir. Çocuğun akli, bedensel ve ruhsal güvenliği, tıp ve beslenme biliminin verilerine, psikoloji, sosyoloji ve sosyal hizmet araştırmalarına göre değerlendirilmelidir. Bu hususta toplumdaki yerleşik kanaatlerin ve davranış örneklerinin en az ölçüde dikkate alınmasını öneren görüşe<sup>33</sup> katılmıyoruz.

Kanaatimizce, soyut yasal düzenlemelerin somut davaya uygulanması sırasında, ülkemizin sosyal, kültürel ve ekonomik durumunun nazara alınması gerekir. Örneğin, çocuğun alkollü bir ortamda eğlenmesi bazı ülkelerde normal karşılanabilir. Ancak uygar ve demokratik toplumlarda, alkolün kendisinin veya ortamının çocuğa vereceği zarar tartışma konusu bile yapılmamaktadır. Bu nedenle, çocuğun üstün yarar ilkesi gereğince verilecek kararlar, çağdaş değer yargılarına aykırı olmamalıdır.

<sup>30</sup> GENÇCAN, 2015, s. 380; BİRİNCİ UZUN, s.145; KAPLAN GÜLER, s.179; ÖZTÜRK, s. 23.

<sup>31</sup> ÖZER TAŞKIN, s.66; İMAMOĞLU, s.195; ÇELİK, s.41; AKYÜZ, 2000, s. 82; YAVUZ, s.80.

<sup>32</sup> AKYÜZ, 2009, s. 136.

<sup>33</sup> ARABACI, s.13; AKYÜZ, 2000, s. 84.

#### D. Zorunlu Kalma İlkesi

Çocuğun korunmasına ilişkin ilkelerden bir diğeri, zorunlu kalma ilkesidir. Örneğin, velayet hakkına müdahale oluşturan velayetin kaldırılmasına, zorunlu kalınmadıkça hükmedilmez. Velayet hukukunda çocuğun korunmasına yönelik bu ilke zorunlu kalma ilkesi olarak adlandırılır<sup>34</sup>. Velayetin kaldırılmasında ya da aile yanına yerleştirilmede çocuklar ailenin parçalandığı hissini daha fazla yaşayacağından bu durum çocuğun ruh sağlığı açısından riskli bir durumdur. Ayrıca ana baba ortamından farklı koşullarda yetişen çocukların birbirleriyle iletişimlerinin sınırlanması ve dolayısıyla çocukların birbirlerine karşı yabancılaşmalarını yaşayabilecekleri çocukların psikik dünyalarında giderilmesi olanaksız zararlara yol açabilir. Anne ya da babasından ayrılacak olan bir çocuğun yaşayabileceği travmanın etkisi derinleşecektir<sup>35</sup>.

Yargıtay verdiği bir kararda, annenin güven sarsıcı davranışlarının bulunması halinde bile zorunlu kalınmadıkça velayetin kaldırılmamasını, çocuğun görüşüne değer verilerek üstün yararının sağlanmasına hükmetmiştir<sup>36</sup>. Hakimin nitelikli koruma önlemlerinden olan velayetin kaldırılmasına karar vermesini, her somut olaya göre değerlendirmesi gerektiğine de örnek oluşturan bu kararda isabet bulunmaktadır. Kanaatimizce, böyle bir durumda, ağır olan velayetin kaldırılması yerine, diğer koruma önlemlerine hükmedilmesinde fayda görmekteyiz.

<sup>34</sup> GENÇCAN, 2015, s. 381; ÖZTAN, s. 468.

<sup>35</sup> POLAT / GÜLDOĞAN, s.251.

<sup>36</sup> "Mahkemece, tarafların ortak çocuğu 2001 doğumlu .....'in velayet hakkı, annenin yaşam tarzının çocuğu olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle davacı babaya verilmiştir. Yaşı itibariyle velayet konusunda görüş ve düşüncesini açıklama olgunluğuna eriştiği anlaşılan müşterek çocuk anne ile birlikte yaşamak istediğini beyan etmiştir. Annenin güven sarsıcı davranışlarının bulunması tek başına velayetin kendisine verilmesine engel teşkil etmez. Velayet düzenlemesinde asıl olan küçüğün üstün yarardır. Bu nedenle müşterek çocuğun velayetinin anneye verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir." Yargıtay 2.HD., 16.05.2013, 582 / 14018 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

## E. Gelişimini Engellememe İlkesi

Koruma önlemi çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimini etkilememelidir<sup>37</sup>. Çocuğun korunmasında amaç, asla velinin cezalandırılması değildir<sup>38</sup>. Hakimin vereceği kararın çocuğa zarar vermesi bir yana, onun gelişimini sürdürerek topluma ve ulusa yararlı bir fert olmasını temin etmesi gerekir. Bu nedenle sadece koruma önleminin tespit anındaki koşullarının değil gelecekteki durumun da değerlendirilmesi, çocuğun kısa, orta ve uzun süreçteki yararının da gözetilmesi gerekir. Hatta hakim kararını verirken, çocuğun günün birinde yetişkin bir insan olarak geriye dönüp baktığında, çocuğun verilmiş karardan dolayı gelişiminin olumlu yönde temin edildiğini de düşünmesi gerekir<sup>39</sup>.

Gerçekten de, anne ile çocuk ilişkisinin çocuğun stresle başa çıkma yöntemlerini, kişilik gelişimi ve ruh sağlığını etkilediği aşıkardır. Anne çocuk bağlılığında yaşanan sorunların çocukta mental hastalıklara yol açma riskinin yüksek olduğu düşünüldüğünde, ilerleyen yaşlarda çocuğun anneye olan gereksinimi azalmaktadır. Bu nedenle diğer koşulların uygun olması durumunda velayet tek başına baba tarafından yerine getirilebilir. Bu konuda kesin gelişimsel aşamalardan söz etmenin doğru olmayıp her çocuğun kendi gelişiminin dikkate alınmasını öneren görüşte<sup>40</sup> isabet bulunmaktadır. Kaldı ki çocuğun yararı, belirli bir durumda, onun en ileri düzeyde gelişim ve korunmasının sağlanmasını içerir. Bu gelişim ve korunmanın , çocuğun kişiliğinin fiziksel, zihinsel, psikolojik, sağlık, sosyo-ekonomik ve hukuksal olmak üzere tüm yönlerini kapsamalıdır<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> İMAMOĞLU, s.195.

<sup>38</sup> GENÇCAN, 2015, s. 379; KARACA, s.99.

<sup>39</sup> ÖZER TAŞKIN, s.23; ÖZTAN, s.630; ÇELİK, s.40.

<sup>40</sup> POLAT / GÜLDOĞAN, s. 249.

<sup>41</sup> ARABACI, s.15; AKYÜZ, 2009, s.136; CEYLAN, 2006,s.152; ELÇİN GRASSİNGER, s. 833; AKYÜZ, 2000, s. 242.

Yargıtay bir kararında, davacı annenin velayete engel psikiyatrik bir hastalığının bulunup bulunmadığı konusunda sağlık kurulu raporu alındıktan sonra sosyal inceleme raporu aldırılmamasını bozma sebebi yapmıştır<sup>42</sup>. Kanaatimizce, bu kararda çocuğun gelişiminin engellenmemesi ve sağlığının korunması için doğru bir tutum sergilemiştir.

### III. ÇOCUĞUN KORUNMASINA İLİŞKİN ÖNLEMLER

Hukukumuzda, çocuğun korunmasında alınan önlemler; basit ve nitelikli koruma önlemleri olmak üzere ikiye ayrılır. Nitelikli koruma önlemleri de çocuğun yerleştirilmesi ve velayetin kaldırılması şeklinde olur<sup>43</sup>. Hakim, denklik ilkesi gereğince, daha dar bir koruma önlemi varken daha geniş bir koruma önlemine karar veremez<sup>44</sup>.

#### A. BASİT KORUMA ÖNLEMİ

TMK. m. 346 hükmünde yer alan basit koruma önlemlerini, hakim kendiliğinden alabileceği gibi, ana ile babanın, çocuğun ve her ilgilinin istemde

---

<sup>42</sup> “Mahkemece alınan 22.10.2015 tarihli sosyal inceleme raporunda, davalı babanın anne hakkındaki iddiaları doğrultusunda davacı annenin velayete engel psikiyatrik bir hastalığının bulunup bulunmadığı konusunda sağlık kurulu raporu alındıktan sonra görüş bildirilebileceği belirtilmiş, davacı anne hakkında düzenlenen 02.03.2016 tarihli sağlık kurulu raporunda ise davacı annenin velayeti üstlenmesine engel halinin bulunmadığı rapor edildiği halde, mahkemece yeniden sosyal inceleme raporu alınmadan ortak çocuğun velayeti, çocuğun cinsiyeti, eğitimi, alıştığı ortam ile tarafların tutum ve davranışlarının dikkate alındığı belirtilerek davalı babaya bırakılmıştır....Bu sebeplerle ortak çocuğun inceleme tarihi itibarıyla idrak çağına ulaştığı da dikkate alınarak bizzat ya da istinabe yoluyla; eğitim, kültür, yaşam olanakları bakımından nerede yaşamak istediği konusunda bilgilendirilerek, velayet hakkındaki tercihinin hakim tarafından kendisinden sorulması ve yeniden psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı niteliğindeki uzman veya uzmanlardan ortak çocuğun anne ve baba yanındaki barınma ve yaşama koşullarını da değerlendirilip içerikte sosyal inceleme raporu alınması ve dosyadaki tüm deliller birlikte değerlendirilip, ebeveynlerinden hangisi yanında kalmasının ortak çocuğun menfaatine olacağı tespit edilip, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması isabetli bulunmamış, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2.HD., 15.10.2018, 24969 /10946 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>43</sup> AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.435; AKKURT, s. 117.

<sup>44</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.367; GENÇCAN, 2015, s. 385; ÇELİK, s.41; AKYÜZ, 2009, s. 136.

bulunması mümkündür<sup>45</sup>. Bu kapsamda çocuğun yararının tehlikede olduğunu düşünen öğretmen, komşu, doktor, hakim gibi kişilerin talepte bulunma hakkı vardır.<sup>46</sup> Kamu düzenini ilgilendiren velayet ile ilgili bir hususta hakim, çocuğu korumasız bırakamaz<sup>47</sup>.

Yargıtay verdiği bir kararda, velayetin kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğunu belirtmiştir. Kanaatimizce, yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutularak, tarafların davayı kabulünün de tek başına hukuki sonuç doğurmayacağı vurgulanan bu karar, kanun koyucunun amacına uygundur<sup>48</sup>.

### 1. Koşulları

Aile mahkemesi hakiminin çocuğun basit korunmasına karar verebilmesi için belirli koşulların gerçekleşmesi gerekir. TMK. m. 346 hükmüne göre, çocuğun

---

<sup>45</sup> AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.436; ÖZUĞUR, s.596; ARAT, 2012, ( Erişim tarihi: 22.04.2019 ).

<sup>46</sup> KARACA, s. 103; İMAMOĞLU, s.195; CEYLAN, 2006, s. 353; ÇELİK, s.48; YAVUZ, s.141.

<sup>47</sup> USTA, s.165; GENÇCAN, 2015, s. 385; ÖZMEN, s.13; ŞİMŞEK, s. 72; KAPLAN GÜLER, s.177; KARAKAYALI, s. 34; KARACA, s.9; ÇELİK, s.48; AKYÜZ, 2009, s.115; ÖZDEMİR / RUHİ, s. 4; KÖKSAL, s. 365.

<sup>48</sup> “ Velayet düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olup, re'sen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu nedenle yargılama sırasında meydana gelen gelişmelerin bile göz önünde tutulması gerekir. Tarafların davayı kabulü de tek başına hukuki sonuç doğurmaz. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. ve Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesinin 3. ve 6. maddeleri idrak çağındaki çocukların kendilerini ilgilendiren konularda görüşünün alınması ve görüşlerine gereken önemin verilmesini öngörmektedir. Çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde, görüşlerinin aksine karar verilmesi mümkündür. Bu sebeple, inceleme tarihi itibarıyla idrak çağında bulunan çocuğun velayet konusundaki görüşü alınarak, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince, psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan babanın yaşadığı yerde de inceleme ve rapor istenilip; ve gerekirse annenin yaşadığı yerde de yeniden uzman raporu alınarak, tüm deliller hep birlikte değerlendirilip, velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken; bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 2.HD., 04.02.2019, 5888 /475 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır<sup>49</sup>.

### a. Çocuğun Menfaati ve Gelişimi Tehlikeye Düşmüş Olmalıdır

TMK. m. 346 hükmünde, menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşen çocuğun bu tehlikeden kurtulması için hâkimin çocuğun korunması için uygun önlemlere hükmedeceği belirtilmiştir<sup>50</sup>. Çocuğun içinde bulunduğu ortama göre çocuğun yararının zedelenebileceğine dair olası bir halin bulunması da, çocuğun yararına bir tehdit oluşturabilir. Koruma önlemlerine başvurabilmek için bu olasılığın gerçekleşmesinin gerekmediği gibi, tehlikenin sebebinin de önemi bulunmamaktadır<sup>51</sup>. Tehlikeli durumun ağır olması gerekmemektedir. Tehlike hafif olsa bile, oluşabilecek zararın gelecekte artacağından ve normal koşullara göre ana babanın böyle bir zararın sonuçlarını kaldıramayacağından endişe edilmesi yeterli gerektir<sup>52</sup>.

Emredici nitelikteki bu hükmün hakim tarafından res'en uygulanacağını belirten düşüncede isabet bulunmaktadır. Bu düşünceye göre, hakimin müdahalesi için çocuğun korunmasını gerektiren somut durumun varlığı veya ciddi bir şüphenin varlığı halinde koruma önlemi uygulanmalıdır<sup>53</sup>. Ana babanın çocuğa karşı merhametsizce davranışı, çocuğun önünde cinsel ilişkide bulunulması, duygusuz davranışları, öğrenme güçlüğü ya da hastalığı olan çocukla yeterince ilgilenilmemesi, özürlü çocuğa uygun eğitim verilmemesi, kumarbazlık, ana babanın ahlaki açıdan tutarsız davranışları çocuğun korunmasını gerektirir<sup>54</sup>.

<sup>49</sup> ÖZER TAŞKIN, s.66; KARACA, s. 100; ÖZUĞUR, s.596; ARAT, 2012, ( Erişim tarihi: 22.04.2019 ).

<sup>50</sup> GENÇCAN, 2015, s. 386; CEYLAN, 2017, s.354; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.435; ÖZTÜRK, s.23.

<sup>51</sup> İMAMOĞLU, s.196.

<sup>52</sup> ÇELİK, s.43; AKYÜZ, 2009, s.140; ÖZDEMİR / RUHİ, s. 4.

<sup>53</sup> USTA, s.166; ÇELİK, s.51; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.437.

<sup>54</sup> İMAMOĞLU, s.196; YAVUZ, s.75; ÖZTÜRK, s. 37.

Kanaatimizce, hakim çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikeye düşmesi koşulunu, çocuğun halen ve gelecekte sağlıklı ve bilinçli bir yurttaş olmasının önündeki engeller olarak yorumlamalıdır. Çocuğun üstün yararı, çocuğun fiziksel, ruhsal, kültürel ve sosyal yönden kendisini tamamlayan bir çocukluk yaşamasını gerektirir.

### **b. Ana ve Baba, Tehlikeye Çare Bulamamış Olmalıdır**

Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşen hallerde, ana ve babanın çare bulamaması durumunda hakim basit koruma önlemlerini alır<sup>55</sup>. Hakim, her olayı somut koşullarına göre değerlendirirken, ana baba ile çocuğun içinde bulunduğu sosyo-ekonomik ve kültürel ortamı, çocuğun üstün yararı ışığında yorumlamalıdır<sup>56</sup>. Ana babanın maddi durumunun geçici olarak zayıflaması, sürekli olmayan hastalıklar gibi durumlar, çaresizlik olarak sayılamaz. Ana ve babanın tehlikeye çare bulamaması halinde, hakim, çocuğun üstün yararını düşünerek gerekli koruma önlemine hükmeder.

### **c. Ana ve Babanın Tehlikeyi Bertaraf Etmeye Güçleri Yetmemiş Olmalıdır**

Ana ve babanın, çocuklarının içine düştüğü durumdan kurtulması için çare bulsalar bile, elverişli ortamı hazırlamaya güçleri yetmiyorsa, hakim tarafından basit koruma önlemine karar verilir<sup>57</sup>. Kanaatimizce, karşılaşılan probleme bulunan çarenin uygulanması için, ana babanın ekonomik gücü ya da eğitim durumu yeterli olmayabilir. Böyle bir durumda, çocuk hakkında koruma önlemi uygulayan hakim, gerekli ortamı hazırlamak için ilgili kurum ya da kişilere emir verebilecektir.

## **2- Konusu**

TMK. m. 346 hükmüne göre, çocuğun ailesinden alınmasını gerektirecek daha ağır haller oluşmadan çocuğun menfaati veya gelişimi tehlikeye düşerse ve ana

<sup>55</sup> GENÇCAN, 2015, s. 386; İMAMOĞLU, s.196.

<sup>56</sup> ÖZTAN, s.648, AKKURT, s. 115; ÖZTÜRKMEN İCAN, s. 85.

<sup>57</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.367; GENÇCAN, 2015, s. 386.

baba bu duruma çare bulamaz veya gücü yetmezse, hakim basit koruma önlemi olarak uygun gördüğü her türlü önlemi alır<sup>58</sup>. Çocuğun menfaati ve gelişiminin tehlikeye düşmesinin, özellikle ana babanın kusurundan kaynaklanmadığı hallerde, ana babanın yetersiz veya güçlerinin yetmediği konularda, çocuğun korunmasını gerektiren durumun ortadan kalkmasını temin etmek üzere, hakim ana babaya uyarda bulunması, talimat vermesi, danışmanlık, eğitim, sağlık ve sosyal yardım önlemlerine hükmetmesi gerekir<sup>59</sup>.

Hakim, alacağı önlemi belirlerken, TMK. m. 4 hükmüne göre, her somut olayın kendisine özgü özelliklerine göre hareket ederek, yargılama konusu somut olay karşısında kesin sonuca ulaşılmasını sağlayacak bir önlemin alınmasına karar verir<sup>60</sup>. TMK. m. 346 hükmü uyarınca önlem alacak hakim, bu kanunun yanı sıra çocuğun korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerden de faydalanır<sup>61</sup>. Yargıtay, bu hususa işaret eden yerel mahkeme kararını onamakla, uluslar arası sözleşmelerin kanun hükmünde olduğunu belirten Anayasa'nın 90/5 maddesine olan duyarlılığını bir kez daha göstermiştir<sup>62</sup>. Kanaatimizce, küreselleşen dünyanın bilimsel ve teknolojik alanındaki gelişmelerle neredeyse küçük bir köy haline gelmesi, hakim uluslararası mahkeme kararlarını ya da karşılaştırmalı hukuktaki uygulamaları da takip etmesini zorunlu kılmaktadır.

Hakimin özellikle, ana veya babaya belirli tarzda davranışta bulunma veya belirli davranışlardan kaçınma yönünde talimat vermesi basit koruma önleminin

<sup>58</sup> ÖZMEN, s.113; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.437.

<sup>59</sup> USTA, s.166; KARAKAYALI, s. 35; CEYLAN, 2017, s.356; AKYÜZ, 2009, s.137.

<sup>60</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.367; ÖZMEN, s.291; KARACA, s.101; ÖZTAN, s.648; GENÇCAN, 2015, s.155.

<sup>61</sup> GÖRGEÇ, Başak : "TMK. M.'nda Velayet Hükümleri Ve Özellikle Çocuğun Korunması", Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s.98.

<sup>62</sup> "Velayet hakkının düzenlenmesinde asıl olan küçüklerin sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararlarıdır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesi, Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 3 ve 6. maddeleri ile TMK. M. md. 335 vd. maddeleri dikkate alınmalıdır." Yargıtay 2.HD.,17.12.2018, 1519 / 14688 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).



konusunu oluşturmaktadır<sup>63</sup>. TMK. m. 346 hükmü kapsamında, hakim tarafından önlem alınmış olması, anne ve babanın velayet hakkından doğan yetkilerine ve görevlerine engel olmaz. Diğer bir ifade ile, hakim tarafından alınmış olan önlemin varlığı, ana ve babanın velayet hakkını etkilemez, anne ve baba velayet hakkından doğan yetkilerini kullanmaya ve görevlerini yerine getirmeye devam ederler<sup>64</sup>. Kanaatimizce, çocuğun korunması önlemlerinin, ana baba için bir ceza olmaması ve çocuğun ana baba şefkatinden mahrum kalmaması sebebiyle bu düzenleme kanun koyucunun iradesinin yanı sıra hukuk siyasetine de uygundur.

## B. NİTELİKLİ KORUMA ÖNLEMLERİ

Çocuğun korunmasına yönelik zorunlu kalma ilkesinin gereği olarak basit önlemlerin yetersiz kaldığı hallerde hakim nitelikli önlemler almak mecburiyetindedir. Nitelik önlemler ise çocuğun bir aile yanına ya da kuruma yerleştirme ve velayetin kaldırılmasıdır. Nitelikli önlemlerin alınması için çocuğun evlilik içi ya da evlilik dışı olmasının önemi bulunmamaktadır<sup>65</sup>.

### 1. Çocuğun Yerleştirilmesi

TMK. m. 347/1 hükmünde, çocukların yerleştirilmesi düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk manen terk edilmiş hâlde kalırsa hakim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir<sup>66</sup>. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, çocuğun, aile içinde kalmasının, ailenin huzurunu, onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozması ve durumun gereklerine göre başka çare de kalmaması halinde, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine, hakim, çocuğun ana

<sup>63</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.367.

<sup>64</sup> GÖRGEÇ, s. 98.

<sup>65</sup> GENÇCAN, 2015, s. 387; İMAMOĞLU, s.197; CEYLAN, 2017, s. 356.

<sup>66</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.368; ÖZMEN, s. 292, AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.437; AKKURT, s.100; ÖZTÜRK, s.24.

ve babadan alınarak, bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar vermesini mümkün kılmaktadır<sup>67</sup>.

TMK. m.347 hükmü, çocuğun nitelikli korunmasına ilişkin özel bir hükümdür. Çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi halinde, ana ve babanın velayet hakkı devam edecektir. Hatta çocuğun yerleşim yeri ana ve babasının yerleşim yerinden farklı olsa da, çocuğun ana ve babadan alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi halinde, ana ve baba velayet hakkından doğan diğer hakları birlikte kullanırlar<sup>68</sup>.

Çocuğun manevi veya ruhsal açıdan anormal davranışlarda bulunmasında, çocuğun toplumdaki kopmuş ve bu nedenle kişiliği yeterince gelişmiyorsa, çalışmaktan veya okuldan kaçıyor, arkadaşları ile ilişki kuramıyorsa, suça yatkınsa, çocuğun manen terk edildiği sonucuna varılacaktır<sup>69</sup>. Çocuğun başı boş bırakılarak serseri bir hayat tarzına sahip olmasına, ahlak ve sağlık yönünden olumsuzluklara düşürülmesine sebep olunması durumlarında da hakim, TMK. m. 347 hükmünde yer alan nitelikli koruma hallerinden birisine hükmetmelidir. Örneğin çocuğun fuhşa sürüklenmesi, uyuşturucu madde dağıtımının yaptırılması halleri çocuğun ana babanın yanından alınarak bir kuruma ya da bir aile yanına yerleştirilmesini gerektiren hallere birer örnektir<sup>70</sup>.

#### a. Aile Yanına Yerleştirme

Çocuğun ailesinin yanında kalması, ailenin huzurunu onlardan katlanmaları beklenmeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre başka çare de yoksa hakim, çocuğu ana ve babasından alarak başka bir aile yanına yerleştirir. Nafakaya ait hükümler saklı kalmak şartıyla, ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa gerekli masraflar devletçe karşılanır<sup>71</sup>. Hakim, çocuğun zihinsel ve bedensel

<sup>67</sup> İMAMOĞLU, s.198; ÖZUĞUR, s. 597; ARAT, 2012, ( Erişim tarihi: 22.04.2019 ).

<sup>68</sup> BİRİNCİ UZUN, s.145; ÖZER TAŞKIN, s 70; KARAKAYA, s. 66; ÖZTÜRK, s.26.

<sup>69</sup> ŞİMŞEK, s. 106; ÇELİK, s.47; AKYÜZ, 2009, s.142.

<sup>70</sup> ÖZMEN, s.292.

<sup>71</sup> GENÇCAN, 2015, s. 389; KARAKAYA, s.53; ÇELİK, s.56.

gelişiminin tehlikede olması, çocuğun manen terk edilmiş olması veya çocuğun aile yanında kalmasının hem çocuktan hem de anne ve babadan beklenemeyecek şekilde katlanılmaz olması hallerinde, çocuğun menfaatini korumak amacıyla çocuğun anne ve babasından alınıp bir ailenin yanına yerleştirilmesine karar verebilir<sup>72</sup>.

Hakim, çocuğun akrabaları veya yakınları arasında onun gelişimi açısından uygun olduğunu düşündüğü bir ailenin yanına yerleştirebileceği gibi, koruyucu aile yanına yerleştirmesi de olanaklıdır. Çocuğun menfaatinin korunması gereği, çocuğun mümkün olduğu sürece tanıdığı bir ailenin yanına yerleştirilmesini gerekli kılar. Çocuğun akrabaları arasında veya aile yakınları arasında çocuğun yanında kalması uygun düşecek bir ailenin bulunmaması halinde çocuğun koruyucu aile ya da kuruma yerleştirilmesi zorunludur<sup>73</sup>. Çocuk başka bir ailenin yanında ne kadar iyi koşullarda yetiştirilirse yetiştirilsin, kendi ailesinin yanında olmanın verdiği huzuru bulamaz. Bu nedenle maddi problem gibi gerekçelerle çocuğun kendi ailesinin yanından alınmaması gerekmektedir<sup>74</sup>.

Kanaatimizce, çocuğun ailesinin maddi durumunun bozulması halinde hakim, çocuğun bu duruma katlanıp kanlanamayacağını uzman bilirkişi vasıtasıyla araştırmalı, çocuğun görüşünün alarak, gerekirse öğretmeninin ya da arkadaşlarının da beyanına başvurmalıdır. Katlanılmazlık halinin saptanmasında, elbette çocuğun üstün yararı gözetilmelidir.

## b. Kuruma Yerleştirme

Koruyucu ailenin görevini gereğince yerine getirmemesi, koruyucu aile kararının iptal edilmesi veya koruyucu ailenin, koruyucu aile olmaktan vazgeçmesi, çocuk ile koruyucu aile arasında oluşan uyuşmazlığın bertaraf edilememesi ya da koruyucu ailenin çocuğa gerektiği gibi bakamaması hallerinde, çocuğun kendi ailesinin yanına yerleştirilmesinin uygun olmaması ve çocuğa uygun başka bir koruyucu ailenin de bulunamaması halinde çocuk yaşına ve koruma önleminin

<sup>72</sup> ÖZMEN, s.297; ÇELİK, s.51; AKYÜZ, 2009, s.140.

<sup>73</sup> GÖRGEÇ, s. 120; USTA, s.168; İMAMOĞLU, s.200.

<sup>74</sup> KARACA, s.104, ÇELİK, s.47.

alınma sebebine uygun bir kuruma yerleştirilir<sup>75</sup>. Çocuğun korunması için kamusal ya da özel bir kuruma yerleştirilmesine, ana babanın talepte bulunması veya ilgililerin durumu mahkemeye ihbar etmesi ile karar verilir<sup>76</sup>. Örneğin, çocuk ana babasının uyarılarına rağmen ahlaki zafiyet yönünden kötü üne sahip kişilerle düşüp kalkıyorsa, ana baba, çocuğun kuruma yerleştirilmesini hakimden talep edebilir.

Kuruma yerleştirilen çocuğun durumunun belirli aralıklar ile kendisine bildirilmesi için hakim, ilaveten denetçi atanması önlemine de başvurur. Denetçi, çocuğun yerleştirilmiş olduğu kurumda, çocuğun yararının ve gelişiminin sağlanıp sağlanmadığını, bu kurumun çocuk için uygun olup olmadığını ve bu konularda zaman içinde herhangi bir değişiklik olup olmadığını, hakim tarafından belirlenecek aralıklarla denetlemek ve hakimi bilgilendirmek ile görevlendirilir<sup>77</sup>.

Kanaatimizce, denetçinin kimliğinin ve kişisel bilgilerinin gizli tutulması gerekir. Adalet Bakanlığı tarafından, denetçilerin listesi her adli yıl başlangıcında belirlenip, hakim tarafından seçilerek atanacak denetçinin adı kodlanabilir. Özellikle saldırgan çocuğun ya da ana babanın rahatsız edici, hatta suç teşkil eden davranışlarına muhatap olan denetçi bu yolla görevini hiç bir baskı altında kalmaksızın yerine getirebilir.

## 2. Velayetin Kaldırılması

Velayet hukukuna göre çocuğun korunmasındaki önlemlerin en geniş ve ağır velayetin kaldırılmasıdır<sup>78</sup>. TMK. m. 348 hükmünde, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa,

<sup>75</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.368; USTA, s. 168; ÇELİK, s.55.

<sup>76</sup> ÖZMEN, s.293; CEYLAN, 2017, s. 361; AKYÜZ, 2009, s.142; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.438; ÖZUĞUR, s. 597.

<sup>77</sup> GÖRGEÇ, s. 129; CANSEL, s.142.

<sup>78</sup> CEYLAN, 2017, s.361; BULUT, s.13; AKKURT, s. 104; ÖZUĞUR, s. 605; ÖZDEMİR / RUHİ, s.988; ÖZTÜRK, s.31.

hakim belirli durumlarda, velâyetin kaldırılmasına karar verecektir<sup>79</sup>. TMK. m. 348/b. 1'de ve b.2'de sayılan koşullardan birinin gerçekleşmesi yeterlidir.

### a. Koşulları

Çocuğun korunmasına ilişkin basit önlemlerin ya da diğer nitelikli önlemlerin yetersiz kalacağına anlaşılması durumunda hakim, aşağıdaki sebeplerin bulunması halinde velayetin kaldırılmasına karar verir<sup>80</sup>.

#### aa. Ana ve Babanın Deneyimsizliği, Hastalığı, Özürlü Olması, Başka Bir Yerde Bulunması veya Benzeri Sebeple Velayet Görevini Gereği Gibi Yerine Getirememesi

TMK. m. 348/ 1 hükmünde, ana ve babanın deneyimsizliklerinin yanı sıra çocuğa bakamayacak ölçüde sürekli hastalıkları da velayetin kaldırılması sebebi olarak belirtilmiştir<sup>81</sup>. Ancak geçici hastalıklar sebebiyle velayetin kaldırılmasına karar verilemez<sup>82</sup>. Ancak felç gibi fiziksel rahatsızlıklar nedeniyle velayetin kaldırılmasına karar verilebilecektir<sup>83</sup>.

Ana babanın çocuğun bulunduğu yerden başka bir yerde bulunması sebebiyle velayetin kaldırılabilmesi için, diğer koruma önlemlerinin yetersiz kalacağına anlaşılması gerekir<sup>84</sup>. Velayet hakkına sahip anne veya babanın yerleşim yerini değiştirmesi, her zaman velayetin yeniden düzenlenmesini gerektirmez<sup>85</sup>. Ana baba ya da bunlardan birisinin başka ülkeye, özellikle farklı kültüre sahip bir ülkeye

<sup>79</sup> ÖZMEN, s.95; BİRİNCİ UZUN, s. 145; KAPLAN GÜLER, s.179; ÖZER TAŞKIN, s. 75; ARABACI, s.55; ARAT, 2012, ( Erişim tarihi: 22.04.2019 ).

<sup>80</sup> GENÇCAN, 2015, s. 392; KARAKAYALI, s. 37; İMAMOĞLU, s.200; AKYÜZ, 2009, s.142; BULUT, s. 13; ÖZUĞUR, s. 605.

<sup>81</sup> ARABACI, s.57; ÖZLÜ, s. 72; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 439; BULUT, s. 14; AKKURT, s. 105; YAVUZ, s.81; ÖZTÜRK, s. 35.

<sup>82</sup> GENÇCAN, 2015, s. 393; USTA, s.169; BİRİNCİ UZUN, s.146; KARAKAYALI, s.42.

<sup>83</sup> ÖZLÜ, s. 283.

<sup>84</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.370; GENÇCAN, 2015, s. 393; KARAKAYALI, s.42; ARABACI, s.56; ÖZTÜRK, s.34.

<sup>85</sup> ÖZTAN, s.472; ARABACI, s.53; GENÇCAN, 2015, s.153; AKYÜZ, 2000, s.285 .

gidiyorsa, hakim tarafından yeni bir koruma önlemine karar verilebilir. Velayet hakkına sahip eş çocuğun sağlığı ve eğitimi açısından uygun olmayan bir yere taşınmışsa veya sürekli yer değiştirdiğinden dolayı çocuğa düzenli bir eğitim ve çevre sağlayamıyorsa, çocuğu akrabalarına bırakıp kendisi başka bir yere gitmişse, bu durumlara örnektir<sup>86</sup>.

Yargıtay, velayet kendisine verilmeyen taraf ile müşterek çocuklar arasında kurulacak kişisel ilişkide, çocukların üstün yararı yanında analık ve babalık duygularının da tatmin edilmesini gözeterek tarafların ayrı şehirlerde yaşamaları halinde, çocukla baba arasında her ayın belirli hafta sonları, aynı şehirlerde yaşamaları halinde ise yarıyıl ve yaz tatillerinde de kişisel ilişki kurulmaması babalık duygularını tatmin etmekten uzak olduğunu isabetle belirtmiştir<sup>87</sup>.

Ana ve babanın, velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi sonucunu doğuran sebepler; maddede yer alan, “benzeri sebepler” ibaresinden de anlaşıldığı üzere, sayılanlardan ibaret değildir. Örneğin, ana babanın kısıtlanması, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilememesi sonucunu doğurabileceği için velayetin kaldırılması sebebi olarak değerlendirilebilir<sup>88</sup>. Velayet görevinin ana baba tarafından gereği gibi yerine getirilmemesine örnek olarak deneyimsizlik, bilgisizlik, çocuğun aşırı şımartılması, davranışlarına sınır konulmaması veya tam aksine çocuğa karşı sert ve kırıcı davranılması örnek gösterilebilir<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> ARABACI, s.53.

<sup>87</sup> “Taraflar aynı şehirde yaşamaktadırlar. Velayet kendisine verilmeyen taraf ile müşterek çocuklar arasında kurulacak kişisel ilişkide çocukların üstün yararı yanında analık ve babalık duygularının da tatmin edilmesi gerekmektedir. Davacı-karşı davalı babayla müşterek çocuk Kerem arasında tarafların aynı şehirlerde yaşadıkları dikkate alınmaksızın, aynı veya farklı yerde oturma durumuna göre kişisel ilişki düzenlemesi yapılması doğru olmadığı gibi, tarafların ayrı şehirlerde yaşamaları halinde çocukla baba arasında her ayın belirli hafta sonları, aynı şehirlerde yaşamaları halinde ise yarıyıl ve yaz tatillerinde de kişisel ilişki kurulmaması babalık duygularını tatmin etmekten uzaktır. Ancak, bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılamayı gerektirmediğinden, hükmün bu yönden düzeltilerek onanmasına karar vermek gerekmiştir” Yargıtay 2.HD., 06.04.2016, 6607 /6990 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>88</sup> ŞİMŞEK, s.113; ÖZER TAŞKIN, s.76; KARAKAYALI, s.40; ARABACI, s.57; İMAMOĞLU, s.201; ÖZLÜ, s. 288; ÖZDEMİR / RUHİ, s. 999; ÖZTÜRK, s.42.

<sup>89</sup> ÖZMEN, s.115; AKYÜZ, 2000, s.284; KARAKAYALI, s.41; ARABACI, s.57; AKYÜZ, 2009, s.143.

Kanaatimizce, "benzeri sebepler" ile aranılan husus, velayet görevinin gereği gibi yerine getirilmemesine yol açan hallerdir. Bu halin takdiri hakime ait olup, hakimin TMK. m. 4 hükmü ile kendisine tanınan takdir hakkını her somut olaya ve koşullara göre takdir etmesi gerekir. Burada da hakim, çocuğu koruyucu ilkelere başvurmalıdır. Örneğin yeni evlat sahibi olan deneyimsiz bir ana baba ile uyuşturucu madde suçundan mahkum olan ana ya da babanın veya her ikisinin durumu aynı değildir.

### **bb.Ana ve Babanın Çocuğa Yeterli İlgiyi Göstermemesi veya Yükümlülüklerini Ağır Biçimde Savsaklaması**

TMK. m. 348/2 hükmünde ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermediği ya da ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde ihmal ettiği ispatlanırsa hâkim, velayetin kaldırılmasına karar verir<sup>90</sup>. Ana babanın hasta çocuğu doktora götürmemeleri, onların çocuğa yeterli ilgiyi göstermediğine bir örnektir. Yine ana babanın çocuğu tehlikeli ve ağır işlerde çalıştırmaları, ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladıklarını göstermektedir<sup>91</sup>. Ana ve babanın tutuklu ya da gözaltında olması ile savaş esirliği halinde de velayet kaldırılır<sup>92</sup>.

Yeterli ilgiyi göstermeme şartının gerçekleşmesi için, ana ve babanın kusurlu olmaları gerekir. Ayrıca bu ihmali davranışın sürekli olması zorunludur<sup>93</sup>. Örneğin, ana ve babanın gündüzleri ise giderek çocukları yabancı kişilere bırakmalarının sürekli olması şarttır.<sup>94</sup> Yargıtay, davacı annenin bakacak durumda olmadığı ve halen yuvada kalan çocukların, babanın da bu konuda bir talebi olmaması dikkate alınarak, velayet haklarının kaldırılarak küçüklere kurum tarafından vasi atanmamış ise, kendilerine vasi tayini için ilgili sulh hukuk mahkemesine ihbarda

<sup>90</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.370; GENÇCAN, 2015, s.395; USTA, s.170; KAPLAN GÜLER, s. 179; ÖZER TAŞKIN, s.75; KARAKAYALI, s.38; AKYÜZ, 2009, s.144; BULUT, s.16; ÖZUĞUR, s. 606; ÖZTÜRK, s.51.

<sup>91</sup> ÖZMEN, s.115.

<sup>92</sup> GENÇCAN, 2015, s. 399,400; ÖZLÜ, s. 86; AKYÜZ, 2009, s.144.

<sup>93</sup> ARAT, 2012, ( Erişim tarihi: 22.04.2019 ).

<sup>94</sup> AKYÜZ, 2000, s.286.

bulunulmasına dair yerel mahkeme kararını davacı annenin çocuklarına karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsakladığını kabule yeterli görmeyerek, hükmün bozulmasına karar vermiştir<sup>95</sup>.

### cc. Ana veya Babanın Yeniden Evlenmesi

TMK. m. 349 hükmüne göre, velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velâyetin kaldırılmasını gerektirmediği gibi<sup>96</sup>, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebilir. Ancak çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa yeniden evlenen ana ya da babanın velayeti kaldırılır. Bu durumda hakim velayet hakkını diğer eşe verebileceği gibi, durum ve şartlara göre çocuğa vasi de tayin edebilir<sup>97</sup>.

Velayet ölüm ya da boşanma sebebiyle eşlerden yalnız birisinin üzerinde kalırsa, bu eşin sonradan evlenmesi halinde hakimin şartlar gerektiriyorsa velayeti kaldırabileceğini ve bunu da “ hal ve koşullara” bağlayan görüşte<sup>98</sup> kanaatimizce, isabet bulunmaktadır. Zira, yeniden evlenme sebebiyle, çocuğun yararlarının tehlikeye düşüp düşmediği olgusu üzerinde durulmalıdır.

### b. Sonuçları

Velayet hakkı mahkeme kararıyla kaldırılınca, velayet hakkı velayetin kaldırılmasına sebep olan ana ya da babadan veya her ikisinden de kaldırılabilir. Velayet hakkının ana ve babanın her ikisinden de kaldırılması halinde, TMK. m. 348 f. 2 hükmüne göre, çocuğa vasi atanır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre,

<sup>95</sup> Yargıtay 2.HD., 20.12.2018, 3090 /14990 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ).

<sup>96</sup> GENÇCAN, 2015, s.151; AKYÜZ, 2009, s.146; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.440; AKKURT, s.108; ÖZUGUR, s.607; ÖZDEMİR / RUHİ, s.989.

<sup>97</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.371; USTA, s.172; ÖZMEN, s.115; ŞİMŞEK, s. 73; KAPLAN GÜLER, s.180; ÖZER TAŞKIN, s.77; KARAKAYA, s. 48; ÖZTAN, s.471; ÖZLÜ, s.119; AKYÜZ, 2009, s.147; AKKURT, s. 109.

<sup>98</sup> ÖZMEN, s.503.



velayetin kaldırılması kararında aksi belirtilmedikçe bu karar mevcut çocukların yanı sıra doğacak tüm çocukları da kapsar<sup>99</sup>.

TMK. m. 350 hükmüne göre, ana ve babanın çocuk üzerindeki velayetinin kaldırılması ile onların çocuğun bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri sona ermez. Ana ve baba ile çocuğun ödeme gücü yoksa bu giderler devletçe karşılanır<sup>100</sup>. Çocuğa yasal temsilci olarak bir vasi atanırsa da, asıl olan küçükler için velayet altında bulunmaktır.<sup>101</sup> Ancak velayet ana ve babanın her ikisinden de kaldırılırsa çocuğa bir vasi atanması gerekir. Bu durumda aile mahkemesi hakiminin yapacağı iş, vesayet makamı olan sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunmaktır<sup>102</sup>.

Velayetle ilgili kararlar kesin hüküm oluşturmadığı gibi, velayetin kaldırılması kararı da hiçbir şekilde kesinlik teşkil etmez. Bu nitelikli koruma önlemi, ancak çocuğun yararlarının gerektirdiği sürece devam edilir<sup>103</sup>. TMK. m. 351 f. 1 hükmüne göre, durumun değişmesi halinde, çocuğun korunmasına ilişkin önlemlerin yeni koşullara uydurulması gerekir. Velayetin kaldırılmasını gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hakim, re'sen ya da ana veya babanın istemi üzerine velâyeti geri verir. Koşulların değişmesi üzerine, mahkemece alınan önlemlerin ağırlaştırılması veya mevcut önlem yerine, daha hafif önlemlerin uygulanması ya da önlemin tamamen kaldırılmasına imkan veren TMK. m. 351 hükmü, " ölçütülük ilkesi"nin bir sonucudur. Hakim kararı dışında, önlemin ortadan kalkması tüm

---

<sup>99</sup> DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s.371; ÖZMEN, s.116; ÖZER TAŞKIN, s.75; ARABACI, s.60; CEYLAN, 2006, s. 364; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s.441; AKKURT, s. 107; ÖZDEMİR / RUHİ, s.990; AKYÜZ, 2000, s. 288; YAVUZ, s. 147; BAKTİR ÇETİNER, 2000, s.123.

<sup>100</sup> ÖZUĞUR, s. 597; ÖZTÜRK, s.25.

<sup>101</sup> CANSEL, s.327; KAPLAN GÜLER, s.171; KARAKAYA, s. 51; İMAMOĞLU, s.201; AKYÜZ, 2009, s.146; BULUT, s.19.

<sup>102</sup> GENÇCAN, 2015, s. 416; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 441; BİRİNCİ UZUN, s.146; ARABACI, s.61.

<sup>103</sup> KARAKAYA, s. 49; ÇELİK, s.66; AKYÜZ, 2009, s.147; AKINTÜRK / ATEŞ KARAMAN, s. 441; BULUT, s.18; ÖZUĞUR, s. 607.

koruma önlemlerinde olduğu gibi, kural olarak çocuğun ergin olması ile mümkündür<sup>104</sup>.

#### IV. SONUÇ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 346 - 349 hükümlerinde, çocuğun korunmasına dair düzenlemeler yer almaktadır. Velayet hakkının kullanılmasında, çocuğun korunmasına ait belirli ilkeler bulunmaktadır. Çocuğun yararı kavramı, TMK. m. 305 hükmünde, *küçüğün yararı*; m. 346 hükmünde ise, *çocuğun menfaati* olarak ifade edilmektedir. Çocuğun korunması bakımından en önemli kural olan çocuğun üstün yararı ilkesi, çocuğun menfaatinin ve gelişiminin tehlikeye düşmesini engellemeyi amaçlamaktadır.

Çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince, koruma önlemine dair davalarda çocuğun idrak çağında olması durumunda görüşünün alınması gerekir. Hakim çocuğun üstün yararı gerektiriyorsa, çocuğun görüşüne itibar etmeyebilir. Çocuğu koruma önlemlerinin , ana babanın hali hazırdaki yeteneklerini tamamlaması, ana babadaki eksikliği dengelemesi gerekir. Hakim çocuğun korunmasında oluşan eksikliği, önlem alınmaksızın başka bir yoldan giderebiliyorsa eksikliğin giderilmesi ilkesini uygulamalıdır. Hakimin hükmettiği koruma önlemleri, ana baba ile çocuk arasındaki ilişkileri bozucu etki oluşturmamalıdır. Tehlikenin sebep olduğu duruma göre velayet olabildiğince az, fakat gerektiği takdirde de çok sınırlandırılmamalıdır. Hakimin müdahalesi için, ana babanın kusuru şart değildir. Ancak koruma önlemlerinin seçiminde ve uygulanmasında ana babanın tutum ve davranışları nazara alınır. Koruma önlemi çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişimini etkilememelidir. Çocuğun korunmasında amaç asla velinin cezalandırılması değildir.

<sup>104</sup> “ Tarafların müşterek çocukları T..... ve T..... 1.2.1998 doğumlu olup karar tarihinden sonra, hüküm henüz kesinleşmeden 1.2.2016 tarihinde ergin oldukları, bu suretle ana ve babanın velayetine tabi olmaktan çıktıkları görülmektedir. Bu durumda bu çocuklarla ilgili velayete ilişkin düzenlemenin yasal dayanağı kalmamıştır. O halde mahkemece bu husus gözetilerek bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir. Yargıtay 2.HD., 24.05.2016 , 23719 / 10101 ( Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi, Erişim tarihi: 23.09.2019 ); ŞİMŞEK, s. 117; KAPLAN GÜLER, s.180; ÖZUĞUR, s. 610.

Velayet hukukuna göre çocuğun korunmasındaki önlemlerin en ağır velayetin kaldırılmasıdır. TMK. m. 348 hükmünde, çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınmaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa, hakim belirli hâllerde velayetin kaldırılmasına karar verecektir. TMK. m. 348 b. 1'de ve b.2'de sayılan koşullardan birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Velayet hakkı mahkeme kararıyla kaldırılınca, velayet hakkı velayetin kaldırılmasına sebep olan ana ya da babadan veya her ikisinden de kaldırılabilir. Velayet hakkının ana ve babanın her ikisinden de kaldırılması halinde TMK. m. 348/2 hükmüne göre, çocuğa vasi atanır. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, velayetin kaldırılması kararında aksi belirtilmedikçe bu karar mevcut çocukların yanı sıra doğacak tüm çocukları da kapsar.

TMK. m. 346 - 349 hükümlerinde yer alan çocuğun korunmasına dair düzenlemeler, çocuğun üstün yararını ilke edinmektedir. Hakimin, konuyla ilgili önüne gelen somut ve özel uyuşmazlığa uygulayacağı normu yorumlaması aşamasında, çocuğun mümkün olduğunca görüşünü alması ve çocuğun üstün yararı ilkesini daima gözetmesi zorunluluktur. Bu nedenle, kanun koyucunun kabul ettiği yasal düzenlemelerin, evrensel hukuk ilkelerine uygun olduğu kanaatindeyiz. Hakim, çocuğu koruyucu önlemlere hükmederken, ulusal ve uluslararası düzenlemeleri çocuğun üstün yararı ilkesi başta olmak üzere, çocuğu koruma ilkelerine uygun karar vermelidir. Kaldı ki, çocuğun korunması konusunda, yasal düzenlemelerin ve yargı kararlarının, tek başlarına sorunu çözmeye yetmeyeceği de bilinen bir gerçektir.

**KAYNAKÇA**

**AKINTÜRK**, Turgut / **ATEŞ KARAMAN**, Derya : Aile Hukuku, 12. Bası, Beta, İstanbul 2010.

**AKKIŞLA** Hasibe Sena : Velayetin Tevdii, Turhan Kitabevi, Ankara 2017.

**AKKURT**, Sinan Sami, “ Çocuğun Kişiliğinin Korunması Ve Velayetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, Cilt : 1, XII Levha, İstanbul 2010, ss. 91-121.

**AKYÜZ**, Emine : Ulusal ve Uluslararası Hukukta Çocuğun Haklarının ve Güvenliğinin Korunması, Ankara 2000.

**AKYÜZ**, Emine : “Velayet Ve Çocuğun Korunması”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, Seçkin Yayınevi, Ankara 2009. ss. 111-157.

**ALTUNKAYA**, Mehmet : “Çocuğun Mallarının Yönetimi Ve Kullanma Hakkı”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006. ss. 111-131.

**ARABACI**, Gülistan : “Boşanmanın Çocuklar Bakımından Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.

**ARAT**, Ayşe : “Medeni Kanun’da Velayetin Kaldırılması Tedbiri Ve Bu Tedbirin Uygulanması”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.2, Aralık 2012, ss.275-296,( Jurix, Erişim tarihi: 22.04.2019 )

**BAKTİR ÇETİNER**, Selma : “ Velayet Müessesesinin Tarihi Gelişimi Ve Hukuki Niteliği “, Prof. Dr. Şeref Aktaş’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Özel Sayı, Cilt : 19, İzmir 2017, ss. 25-46.

**BAKTİR ÇETİNER**, Selma: Velayet Hukuku, Ankara 2000.

**BİRİNCİ UZUN**, Tuba : “Türk Medeni Kanunu’na Göre Velayetin Kullanılması Ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada Ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velayet Modeli”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.6, Ankara 2016, ss.135-166.

**BULUT**, Harun : Velayet ( Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ) Ve Nafaka Davaları, Beta, İstanbul 2007.

CANSEL, Erol : “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Sebebiyle Kaldırılması”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı (1925-1975), C.I, Ankara 1977, ss.137-148.

CEYLAN, Ebru : Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006.

CEYLAN, Ebru : “ Türk Medeni Kanunu'nda Çocuğun Korunmasıyla İlgili Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Şeref Aktaş'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , Özel Sayı, Cilt : 19, , İzmir 2017, ss. 349-375.

ÇELİK, Cemil : “ Çocuğun Bir Aile Yanına Veya Kuruma Yerleştirilmesi “, Prof. Dr. Zahit İmre'ye Armağan, Der Yayınları, İstanbul 2009, ss. 39-73.

DEDE, İsmail : Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazimini, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2018.

DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, Mustafa Alper : Türk Özel Hukuku Cilt : 3, Aile Hukuku, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2019.

ELÇİN GRASSİNGER, Gülçin : “ Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar “, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Cilt : 1, XII Levha, İstanbul 2010, ss. 823-847.

GENÇCAN, Ömer Uğur : “HMK Sonrasında Velayetin Değiştirilmesi Davalarında Yargıtay Uygulaması”, İzmir Barosu Dergisi, S.1, Y.80, Ocak 2015, ss.143-180.

GENÇCAN, Ömer Uğur : Velayet Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.

GÖRGEÇ, Başak : “Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Hükümleri Ve Özellikle Çocuğun Korunması”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2011.

İMAMOĞLU, Hülya Selma : “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. LIV. S. 2, Ankara 2005, ss. 183 -218.

**KAPLAN GÜLER**, Beyhan : Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk, Sümer Kitabevi, İstanbul 2014.

**KARACA**, Hilal : Türk Hukukunda Velayetin Kapsamı ve Hükümleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2014.

**KARAKAYALI**, Gökhan : Velayet Hakkının Kullanımına İlişkin Hukuki Sorunlar ve Özellikle Koruyucu Aile Uygulaması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İstanbul 2009.

**KÖKSAL**, Mehmet : “ Çocuğun Menfaati Konusunda Türk Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Gelişmeler”, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1. Cild, Yetkin Yayınları, Ankara 2017.

**ÖZDEMİR**, Hayrunnisa / **RUHİ**, Ahmet Cemal : Çocuk Hukuku ve Çocuk Hakları, Onikilevha, İstanbul 2016.

**ÖZER TAŞKIN**, Özden : Velayette Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı , Eskişehir 2006.

**ÖZLÜ**, Hakkı, Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi, Ankara 2002.

**ÖZMEN**, İsmail : Velayet Hukuku Davaları, Adalet Yayınevi, Ankara 2013.

**ÖZTAN**, Bilge; Aile Hukuku; 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

**ÖZTÜRK**, Mehmet Atif : “Velayetin Kaldırılması”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Antalya 2009.

**ÖZTÜRKMEN İCAN**, Yeşim : Hakimın Takdir Yetkisinin Velayete İlişkin Yargıtay Karar Örnekleri Üzerinde Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Ana Bilim Dalı, Samsun 2015.

**ÖZUĞUR**, Ali İhsan : Velayet, Vesayet, Soybağı, Evlat Edinme Hukuku, Diğer Eşin Rıza ve Onamına Bağlı İşlemler, 4. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

**POLAT, Oğuz / GÜLDOĞAN, Evin** : “Uzman Görüşünün Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, TBB Dergisi, S.118, Ankara 2015, s.243-254.

**SOLAK, Özlem Ezgi** : Boşanmanın Çocuklar Bakımından Hukuki Sonuçları, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

**ŞİMŞEK, Canan**: Türk Hukuku Ve Uluslararası Sözleşmeler Çerçevesinde Boşanmanın Çocuklar Yönünden Hukuki Sonuçları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, İzmir 2012.

**USTA, Sevgi** : Çocuk Hakları ve Velayet, XII Levha, İstanbul 2012.  
Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi.

**YAVUZ, Cevdet**: Türk Medeni Hukukunda Velayetin Kaldırılması, Adil Yayınevi Ankara 2002.





## HAKEMLİ MAKALE

### RIZA, ÜSTÜN İTELİKTE ÖZEL VE KAMUSAL YARAR BAĞLAMINDA HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ\*

Merve Ayşegül KULULAR İBRAHİM\*\*

#### ÖZET

Hukukun yasakladığı bir fiil yahut davranışta bulunmak şeklinde tanımlanan hukuka aykırılık, kanunun öngördüğü şartların yerine gelmesi halinde belirli durumlarda ortadan kalkabilmektedir. Bunlardan başlıcaları zarar görenin rıza göstermesi, kamu güvenliği ve üstün nitelikte özel veya kamusal yarardır. Diğer hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerle birlikte sayılan rıza unsuru incelendiğinde hukuka aykırılığın ortadan kalkıp kalkmayacağı tartışıldığı çeşitli durumlarla karşılaşmaktadır. Rızanın nasıl verildiği yahut rızayı kimin verdiği burada önem arz etmektedir. Ayrıca diğer durumlardan olan üstün nitelikte yarar da özellikle kamusal yarar ile özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının çatışması gibi durumlarda her zaman hukuka aykırılığın ortadan kalkmasını sağlamamaktadır.

Bu çalışma ile öncelikle konunun temel unsuru olarak hukuka aykırılık konusu kısaca ele alınacak, ardından hukuka aykırılığı kaldıran hallerden zarar görenin rızası, rıza türleri ile incelenecektir. Aydınlatma yükümü doğrultusunda sağlık hukuku kapsamında geçerli rızanın önemi vurgulanacaktır. Ayrıca rıza konusu fikri haklar altında da ele alınacaktır. Sonrasında üstün nitelikte özel yarar ve üstün nitelikte kamusal yarar konuları analiz edilecektir. Kişilik hakları ile kamu yararının

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 13.06.2019

Kabul Edildiği Tarih: 15.10.2019

\*\* Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Araştırma Görevlisi.

Murdoch Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim Hukuku Misafir Araştırma Görevlisi, Perth, Avustralya.

E-Mail: [aysegul.kulular@asbu.edu.tr](mailto:aysegul.kulular@asbu.edu.tr)

ORCID-ID: 0000-0001-6556-0269

çatıştığı durumlar incelenecektir. Makale ile hem Türk hukukunda hem diğer hukuklarda emsal kararlar ve hukuki düzenlemeler ele alınarak çatışan menfaatler dengesi nasıl sağlanabilir sorusuna cevap aranması amaçlanmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** *rtl rıza, aydınlatma yükümü, fikri haklar ve rıza, kamu yararı, hukuka uygunluk sebepleri*

**PEER-REVIEWED ARTICLE**

**JUSTIFICATION REGARDING TO CONSENT, SUPERIOR PRIVATE OR  
PUBLIC INTEREST**

**ABSTRACT**

Unlawful acts can be defined as an act that is contrary to or violates an existing law. It is possible to assess unlawful acts lawful in determined conditions such as consent of aggrieved party, protection of public health and safety, or if there is superior interest. Under some conditions unlawful acts should not be considered legal. Regarding to justification of consent who and how questions should be considered. On the other hand, superior interest will be discussed for conflicting rights regarding to right to privacy and public interest. To balance the conflicting rights it is allowed to consider an unlawful act as legal.

This essay will first analyze the term of illegal act. Then it will focus on the types of consent. The importance of a valid consent will be emphasized considering duty to obtain consent under health law. On the other hand, the consent will be assessed under the law on intellectual property rights. Superior private or public interest will be assessed. With this regard the conflict of personal rights and public interest will be taken into account. The aim of this essay to elaborate on different cases from different countries about enabling act considering consent mainly. This paper seeks to address the question for how to balance conflicting rights.

**Keywords:** *Implied consent, duty to obtain prior consent, IP rights and consent, public interest, unlawful acts*

## Giriş

Hukuka uygun olmayan eylemler kanun tarafından belirlenmiş sınırlı bazı durumlarda ilgili şartları sağlamak üzere hukuka uygun olarak kabul edilebilmekte ve zarar görenin rızası, üstün nitelikte kamusal yarar, üstün nitelikte özel yarar, kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması, özel hukuka dayanan yetkinin kullanılması, meşru müdafaa, zorunluluk hali, kendi hakkını korumak için kuvvet kullanılması halleri, hukuka aykırılığı dolayısıyla eyleme bağlanan hükümlerin sonuç doğurmasını engellemektedir. Her ne kadar hukuka aykırılığı ortadan kaldıra haller ve bunların hangi durum ve şartlarda söz konusu olacakları hukuken düzenlenmiş olsa da ortada aslen hukuka aykırı bir fiil olduğundan bu fiili hukuka uygun saymak her zaman mümkün olmamaktadır. Aksi mümkün olsa idi, yani bu şekilde hukuka uygunluk nedenleri hukuka aykırı eyleme bağlanan sonuçların doğmasını her durumda engelleme gücünü haiz olsalardı hukuk kurallarının bir manası kalmazdı. Bu nedenle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerin gündeme gelebilmesi için ortada hukuka aykırı bir eylemin olması gerektiğinden ve genellikle bu eylem bir başkasının hakkını yahut kamu düzenini, milli güvenlik genel sağlık gibi çeşitli kategorileri ve menfaatleri ihlal ettiğinden çatışan menfaatler arasında denge kurulması oldukça önemli ve bir o kadar da tartışmalı bir konudur.

Bu çalışma ile öncelikle konunun temel unsuru olarak hukuka aykırılık konusu kısaca ele alınacak, ardından hukuka aykırılığı kaldıran hallerden zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel yarar ve üstün nitelikte kamusal yarar konuları analiz edilecektir. Makale ile hem Türk hukukunda hem diğer hukuklarda emsal kararlar ve hukuki düzenlemeler ele alınarak çatışan menfaatler dengesi nasıl sağlanabilir sorusuna cevap aranması amaçlanmıştır.

## Hukuka Aykırılık

Hukukun yasakladığı bir fiil yahut davranışta bulunmak olarak tanımlanabilen hukuka aykırılık Nomer'in ifadesiyle 'eyleme ilişkin bir

nitelendirmedir<sup>1</sup>. Özellikle mutlak hak ihlallerinde söz konusu olan hukuka aykırılık, mutlak hakları ihlal etmemekle yükümlü olan herkes tarafından bu yükümlülüğü ihlal eden eylemler dolayısıyla ortaya çıkar. Dürüstlük kuralı kapsamında hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilen durumlardan kaynaklı zararın tazmini isteminin de hukuka aykırılık dolayısıyla TBK 49uncu maddesinin inci fıkrasına dayanacağı belirtilmektedir<sup>2</sup>. Ayrıca TBK 49uncu maddesinde

*“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*

*Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”* şeklindeki düzenlemede geçen ‘hukuka aykırı fiil’ unsurunun tanımlanmasında hukuka aykırılık yalnızca kanuna aykırılık ile sınırlı olmayıp fiilin yönetmelik, tüzük ve hatta herhangi bir genelge şeklinde hukuk kaynaklarından herhangi birine aykırılık teşkil etmesi yeterlidir. Hukuka aykırılığın söz konusu olabilmesi için her zaman bir emredici hükme aykırılık gereklidir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise TBK 49uncu madde 2nci fıkraya hükmüyle getirilen ve dar anlamda hukuka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna neden olması için gerekli olmayan kast unsurunun ahlaka aykırılığın haksız fiil sorumluluğuna neden olması için şart olması durumudur. Nitekim Yargıtay’ın da bu yönde kararları mevcuttur. Örnekle, yapılmış bir sözleşmenin bozulmasına neden olan fiili hukuka aykırı olarak nitelendiren bir kural olmamakla birlikte, geçerli olarak yapılan bir sözleşmenin keyfe keder bozulması ahlaken uygun görülmeyen bir eylemdir<sup>3</sup>. Dolayısıyla mesela bir kiracı ile aralarında husumet bulunan bir kimsenin mal sahibini ikna ederek kira sözleşmesini bozmasını

<sup>1</sup> NOMER, Haluk Nami, Borçlar Hukuku, İstanbul 2010, s.80.

<sup>2</sup> OĞUZMAN, M Kemal, ve ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku. İstanbul 2014, s.64.

<sup>3</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku, Ankara 2015, s.290.

sağlaması durumunda bu kimsenin fiili ahlaka aykırı olduğundan ve olay kastı haiz bulunduğundan haksız fiil sorumluluğu söz konusu olacaktır<sup>4</sup>.

Diğer taraftan görünüşte bahsedilen şekilde hukuka aykırı bir eylem var olsa dahi aslında hukuka aykırılığın söz konusu olmayacağı durumlarla da karşılaşabilmektedir. Nitekim zarar görenin rıza göstermesi, hukuki bir yetkinin kullanılması, özel yarar yahut kamu yararı, zorunluluk hali ve kendi hakkını koruma amacıyla kuvvet kullanımı gibi TBK'da 'hukuka aykırılığı kaldıran haller' başlığı altında 63'üncü maddede

*“Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”* şeklinde belirtilen durumlarda ve ayrıca kişilik hakkına özel olarak TMK 24'üncü maddesi

*“ Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”* ibaresinde hükmün zıddından hareketle kişilik hakkını ihlal eden kanuna aykırı eylemler; görünüşte eylem hukuka aykırı olmakla birlikte zarar görenin rızasının olması, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar bulunması ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması durumlarından birinin varlığı halinde söz konusu fiilin aslen 'hukuka aykırı olmayan bir eylem' şeklinde nitelendirileceği anlaşılmaktadır.

### **Hukuka Aykırılığı Kaldıran Hallerden Başlıcaları**

#### **Zarar Görenin Rızası**

TBK 26'ncı maddesinde

---

<sup>4</sup> Yargıtay HGK. 3.10.2001 T. 2001/6-653 E. 2001/672 K.

*“Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”* şeklinde ve 27’nci maddesinde

*“Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*

*Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur”* şeklinde belirtilen geçerlik şartlarına uygun olarak verilmiş zarar görenin rızası, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Dolayısıyla her türlü rıza değil, ancak bahsedilen hükümlere uygun olarak verilmiş rıza geçerli olur ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırma vasfını taşır. Örneğin kişinin kişilik haklarının ihlaline yönelik rızası TBK 27nci maddesine uygun olmadığından veya öldürülmesine razı gelmesi durumu her türlü kişisel değer söz konusu olabilmesi için kişinin yaşıyor olması gerektiği tezi<sup>5</sup> de göz önüne alınarak kişilik hakkı kapsamında olan yaşam hakkını<sup>6</sup> ihlalden dolayı hem TBK 27nci maddesine aykırılıktan, hem Anayasa’nın 15inci maddesi

*‘... kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz’* hükmünü ihlalden hem de Hasta Hakları Yönetmeliği 13üncü maddesi

*‘Ötenazi yasaktır.Tıbbi gereklerden bahisle veya her ne suretle olursa olsun, hayat hakkından vazgeçilemez. Kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahil, kimsenin hayatına son verilemez.’* hükmüne aykırılıktan kesinlikle geçerli bir hukuka

<sup>5</sup> HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Korumaya Davalar, İstanbul 2001, s.50.

<sup>6</sup> ARAS, Ümit Yaşar, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, İstanbul 2010, s.23.

uygunluk sebebi kabul edilmeyip zarar verenin fiili hukuka aykırı fiil niteliğini haiz olacaktır.

### Geçersiz Rıza

Rızanın geçersizliği yalnızca hukuka aykırı eylemin hukuka aykırılığını sürdürmesine neden olmakla kalmayıp bazı durumlarda sözleşmenin geçersizliğine yahut kısmi butlanına da neden olabilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, bir film yapımcısı ile bir aktör arasında yapılan ve film yapımı tamamlanana kadar aktörün hamile kalamayacağına ilişkin bir maddeyi içeren bir sözleşme hem yapımcı hem de aktör tarafından kabul edilerek imzalanabilir. Bu durumda söz konusu maddede geçen aktörün hamile kalabilme hakkı; kişilik hakkı içerisinde olan özel hayat<sup>7</sup> bağlamında kişisel özerklik hakkı içerisinde değerlendirilerek TMK 23'üncü madde '*Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz.*' hükmüne ve TBK 27'nci maddesine aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla burada eğer söz konusu madde hükmü olmaksızın da tarafların iradeleri sözleşmeye devam etmekten yana ise sözleşme kısmi butlanla sakat olacak ancak eğer bu madde sözleşmenin temel dayanaklarından birini oluşturuyor yani yapımcı açısından aktörün hamile kalması halinde film yapımı imkansız hale geliyorsa ve bu durumda sözleşme yapılmayacak idiye sözleşme için kesin hükümsüzlük söz konusu olacaktır.

Aslında kişilik hakkına aykırı rızanın geçersiz kabul edilmesindeki temel neden kişilik hakkını korumak olmakla beraber, bazı durumlarda bizzat bu kural kişilik hakkı ihlaline neden olabilmektedir. Konusu kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya imkânsız olmadığı müddetçe TBK 26ncı madde uyarınca herkes sözleşme hürriyetine sahiptir. Burada sözleşme

---

<sup>7</sup> Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8inci maddesi kapsamına alınarak korunan 'kişisel özerklik'in (Clayton QC ve Tomlinson QC 2009) korunması için getirilen kanuni düzenlemelerin özel hayat hakkında özgürce karar verebilme hakkının korunmasına yönelik kanuni düzenlemelere paralel olacak şekilde güncellenmesi gerektiğine yönelik görüşler ve konu hakkında detaylı bilgi için bakınız: MİLLS, J. L., *Privacy: The Lost Right*, New York 2008, Oxford University Press.



hürriyetinin sınırları belirtilmiştir. Bu sınırlar içerisinde olan kişilik hakkına aykırı olmama şartı ile kişileri yalnızca dış müdahalelerden değil ayrıca kendi müdahalelerinden de korumak amaçlanmıştır<sup>8</sup>. Bu durumda yukarıdaki film yapımcısı ve aktör örneği üzerinden düşünüldüğünde bir aktör özel hayatına dair özgürce karar alma hakkını kullanarak film yapımı süresince hamile kalmamayı istese de bu isteme yönelik iradesi, geçerli bir rıza oluşturmayacaktır. Çünkü hamile kalma durumu kişilik hakkı kapsamına girmekte ve kişinin kendisinin dahi kişilik hakkı kapsamındaki bir haktan vazgeçmesi kanunen yasaklandığından kişinin bu eylemi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dolayısıyla bir tarafta bireylerin kişilik hakkının korunması amaçlanmaktayken diğer tarafta aynı kurallar dolayısıyla bireylerin özel hayatı hakkında özgürce karar verebilme hakkı gibi kişilik hakları kısıtlanmaktadır.

Bu konu ve özellikle hastanın rızası konusu yalnızca Türkiye’de değil, yabancı hukuklarda da tartışılmaktadır. Zira toplum ve toplumun ahlak anlayışında zaman içerisinde gözlemlenen değişimlerin kanun koyucular da dahil olmak üzere toplumun her kesimi üzerinde doğrudan etkili olduğu ve fakat genel geçer kabul görmüş bir etik anlayışı bulunmadığından, toplumla yenilenen etiğin yargı sürecine yansımada çeşitli zorluklar olduğu düşünüldüğünde, kişilik hakkını korumaya yönelik kuralların toplumun değişen yapısına uygun şekilde güncellenerek yeniden yapılandırılması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Terri Schiavo davası Amerika’da bu konudaki sorunların ve bu sorunları çözümlenmeye yönelik yargının rolünün tartışıldığı önemli örneklerden biri haline gelmiştir. Öyle ki farklı ahlaki tutumların yargıya nasıl etki ettiğinin gerçek hayattaki göstergelerinden biri haline gelen<sup>9</sup> davada Terri Schiavo, uzun zamandır yaşam destek makinasına bağlı şekilde yaşamaktayken onun bu durumunun devam etmesi yahut sonlandırılması

<sup>8</sup> ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel, "Yaşama Hakkı" TBB Dergisi, Sayı 103, s. 140.

<sup>9</sup> SILVERMAN, Henry J, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480.

konusunda kocası ile anne babası arasında çıkan fikir uyuşmazlığında Terri Schiova'nın konuşması mümkün olsaydı kararının ne olacağı sorgulanmıştır. Konusu dolayısıyla yaşam hakkı ve sağlık hakkıyla da iç içe geçmiş şekilde özel hayatı hakkında özgürce karar verme hakkı bağlamında kişilik hakkı kapsamındaki bu olayda *'Terri Schiova'nın tercihi makinaya bağlı olarak hayatına devam etmek şeklinde mi yoksa yaşam destek makinasının işlevine son verilerek hayata göz kapamayı istemek şeklinde mi olurdu?'* sorusuna cevap aranmıştır<sup>10</sup>. Aynı konuda ebeveynleri ile eşinin etik anlayışları farklı olan hastanın yaşam hakkı konusundaki kararının mahkemece tartışıldığı bu hayat sonu vesayet davası<sup>11</sup>, aynı toplum içerisindeki bireylerin aynı anda ve aynı konudaki etik anlayışlarının birbirinden farklı olabileceğini ve bireyin özel hayatına yönelik özgürce karar verebilme hakkı bazında kişilik hakkını korumanın ve toplumun gelişen değerlerine göre kişilik hakkına yönelik hukuki düzenlemelerin güncellenmelerinin ne kadar zor olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

### Örtülü Rıza

Zarar görenin zarara razı olması, Yargıtay kararlarında da çeşitli açılardan tartışılmış ve önemli hükümlere konu olmuştur. Bunlardan biri de rızanın örtülü olması konusundadır. Rıza bazı durumlarda hukuka aykırılığı kaldırmamakla birlikte tazminatın indirilmesinde rol oynayabilmektedir<sup>12</sup>. Nitekim örtülü rızaya ilişkin Yargıtay kararında da bu şekilde hukuka aykırılık ortadan kalkmamakla birlikte örtülü rızadan ötürü tazminatın indirilmesi gerekmiştir. Olaya göre arkadaşını kendisini almak üzere çağırıp içki içmeye ikna edip kendisi ve arkadaşı sarhoşken arkadaşının arabasına binen ve kazada ölen kişi için tazminat hesaplanmasında TBK 51'inci maddesi *'Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.'* hükmü ve 52' nci maddesi *'Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da*

<sup>10</sup> SILVERMAN, s.480, 481)

<sup>11</sup>Hayat sonu vesayet davası' şeklinde ifade edilen terminolojinin aslı 'end-of-life guardianship case' şeklindedir.

<sup>12</sup> (NOMER, s.81)

*artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*' hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar verilmiş ve TBK 51'inci madde uyarınca fail ile mağdur arasındaki kusur oranı için TBK 74'üncü maddesi '*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*' hükmü dolayısıyla ceza mahkemesi mahkumiyet kararında tespit edilmiş olan fail ve mağdurun kusur oranının hukuk hakimini bağlayıcı olmadığı anlaşılmıştır. Nitekim Yargıtay, kararında, ceza mahkemesince esas alınan kusur oranının hukuk mahkemesinin ilgi alanına giren hukuki meselelere cevap verecek nitelikte bulunmaması durumunda hukuk hakiminin konuyu yeniden değerlendirmesi gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca tazminat şekli ve miktarının tayini için gereken bu değerlendirme yapılırken yalnızca kusur oranının yeterli olmayıp halin özelliklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. İlgili olayda mahkemenin 'hatır taşması' durumunu gözetmeksizin yalnızca ceza mahkemesinin belirttiği 1/8 kusur oranına göre indirim yapmış olması, kusur oranı ile birlikte durumun özellikleri göz önünde bulundurulmadığından ve birlikte içki içmeye ikna edilen komşusunun arabasına içkili olduğunu bilerek binen kişinin bu durumunun TBK 51 ve 52nci maddeleri uyarınca değerlendirilmesi gerekirken TBK 51 ve 52nci maddeleri dikkate alınmadığından mahkeme kararının yasaya ve hakkaniyete aykırı olduğu belirtilerek temyiz başvurusu yerinde bulunmuştur<sup>33</sup>. Yargıtay, kararında olayda mağdurun sarhoş olduğunu bildiği sürücünün arabasına

<sup>33</sup> Y, 4. HD, 15.6.1989, E. 5065, K. 5455.

binmesini, doğrudan ‘zararı doğuran eyleme örtülü rıza gösterme’ şeklinde nitelendirmiştir<sup>14</sup>.

### Hastanın Rızası

Rıza; ‘tıbbi müdahalenin yetkili kişiler tarafından uygulanması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınması ve hastaya müdahale ederken tıp mesleğinin gerektirdiği kurallara ve özen yükümüne uygun davranılması’ şeklinde tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğu için aranan üç şarttan biridir<sup>15</sup>. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması kapsamında, her türlü tıbbi müdahaleden önce hastaya, durumuyla ilgili tıbbi gerçekler, tavsiye edilen tıbbi girişimler, olası risk ve yararları, önerilen girişimlerin farklı seçenekleri, tedavisiz kalmanın etkisi, tanı, sonuç ve tedavinin gidişatı anlatılmalıdır. Bunlar anlatıldıktan sonra hasta, kendi el yazısı ile tüm bunları kabul ettiğine dair rıza vermelidir. Ancak uygulamada hastaların bilgilendirilme hakkı ihlal edilmekte, hasta durumuyla ilgili aydınlatılmadan, uygulanacak işlemlerin gidişatı konusunda bilgi verilmeden ameliyata alınabilmekte, farklı işlemler uygulanacak hastalara aynı matbu onam metninin imzalatılması dolayısıyla vücudundan apse boşaltılacak bir hastaya vücudunun bir uzvunun alınması ameliyatının onam metninin imzalatıldığı durumlar gibi hastanın tedaviden bihaber ameliyata alındığı olaylarla karşılaşabilmektedir

Bu eksikliklerin giderilmesi, hasta haklarının ve hekimlerin yükümlülüklerinin sınırlarının tespiti ve hastaların kişilik hakları konusunda bilgilendirilmesi ile mümkündür. ‘Amerikan hukukunda, hekimlerin aydınlatma yükümlülüğünün tartışıldığı en eski ve örnek dava 905’te görülen Mohr – Williams davasıdır. Davaya konu olayda, davacı hasta sağ kulağında yapılacak cerrahi müdahaleye rıza göstermiş, ancak davalı hekim müdahale sırasında sağ kulaktan çok sol kulağın tedaviye gereksinim duyduğunu fark ederek müdahaleyi sol kulak

<sup>14</sup> KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2004, s.1167-1170.

<sup>15</sup> KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi Sayı: 100, 2012, s.4.

üzerinde gerçekleştirmiştir. Müdahale başarılı olmuşsa da, davacı hasta sol kulakta müdahaleye ihtiyaç olduğu konusunda bilgilendirilmediğini ve sadece sağ kulak üzerinde müdahale için izin verdiğini ileri sürerek dava açmıştır. Mahkeme sol kulak ameliyatı konusunda hasta aydınlatılmadığından ve rızası alınmadığından aydınlatma yükümlülüğünün ihlal edildiğini ve hastanın bedensel bütünlüğüne saldırıldığını kabul etmiştir<sup>16</sup>. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 07.03.1977 tarih ve E. 1976/6297 K. 1977/2541 sayılı kararında ise

*'Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.'* hükmü yer almakta ve rızanın hukuken geçerli olabilmesi için aydınlatma yükümünün çok iyi yerine getirilmiş olması gerektiği vurgulanmaktadır<sup>17</sup>. Hastanın bilgilendirilme hakkına yönelik Yargıtay kararında *'...hasta tehlikelere karşı kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye, hastaya aittir'*<sup>18</sup>. yahut *'Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan "Bilgilendirilmiş Onam" belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını*

<sup>16</sup> KAYA, s.61.

<sup>17</sup> ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, 2011, s.188.

<sup>18</sup> Y. 4. HD, 07.03.1977, E. 6297 K. 2541.

*bilgilendirmeleri bir zorunluluktur*<sup>19</sup>.’ şeklinde kapsamlı bir bilgilendirme yapılmadan alınan yazılı rızanın geçerli olmayacağını ifade eden; hastanın bilgilendirilme hakkının önemini vurgulayan durumlar mevcuttur. Ancak öte taraftan;

*‘Davalıya yöneltilen kusur, ameliyatın küçümsenerek muhtemel sonuçların davacıya anlatılmamasıdır. Davalının bu yolda hareket etmesinin hastanın maneviyatını kuvvetlendirmek bakımından faydalar sağlayacağı genel olarak kabul edilmektedir*<sup>20</sup>.’ şeklinde hastanın bilgilendirilme hakkının ihlal edildiği durumlarda bunu haklı sayan kararları da mevcuttur. Konuyla ilgili spesifik düzenleme olmaması, genel hukuki bilgiyle çözülemeyecek sorunları<sup>21</sup>, yaşam hakkını vücut bütünlüğünü baz alan hastanın kişilik hakkına ilişkin ihlalleri genel düzenlemeler altında yoruma açık hale getirmekte ve bu nedenle aynı konuda birbirine zıt kararlar alınabilmekte; bu durum da hukuka olan güvenin sarsılmasına neden olmaktadır.

Hastanın rızasının alınmasında ihmal edilen ve rızanın geçersizliğine yönelik çeşitli davalara kapı aralayan bir diğer husus ise aynı bölüme tedavi için gelen hastaların çoğuna, uygulanacak tıbbi müdahale farklı olsa dahi aynı matbu onam metninin imzalatılmasıdır. Aynı bölümdeki her hastaya aynı onam metninin imzalatılması, bu metinlerin kapsamının çok geniş olması durumu; doktor başına düşen hasta sayısı, mesai içindeki yoğunluk gibi sebeplerle meşru hale getirilemeyecek kadar önemlidir. Onam metni, hastaya tedavinin ve tedavi sonucunda oluşabilecek sonuçların detaylıca anlatılmasıyla doktorun aydınlatma yükümünü somutlaştırdığı bir metindir. Hastayı durumu hakkında gereği gibi bilgilendirmeden ve yapılacak tıbbi müdahalenin bütün sonuçları anlatılmadan, bireysel olarak hazırlanmamış geniş içerikli bir matbu metin imzalatılması, doktorun sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak ve hastanın rızası olmadığından eylem hukuka aykırı olarak hukuka aykırı file bağlanan hükümler ve yaptırımları söz konusu olacaktır.

---

<sup>19</sup> Y, 13. HD. 23012 E. K. 22561.

<sup>20</sup> Y, 4. HD, 12.05.1964, E.6458, K.4925.

<sup>21</sup> HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015, s.5.

### Küçük ve Kısıtlıların Rızası

Küçük veya kısıtlılara tıbbi müdahalede bulunulmasında bu müdahalenin haksız fiil teşkil etmemesi için küçük veya kısıtlının yasal temsilcilerinin rızalarının alınması gerekmektedir<sup>22</sup> birlikte Hasta Hakları Yönetmeliği 26'ncı maddesi *'Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur olan hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır.'* hükmü uyarınca ayırt etme gücünü haiz bulunmayan küçüğün veya kısıtlının mümkün olduğu ölçüde dinlenmesi gerekli görülmektedir. Yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde ise tıbbi müdahalenin yapılması imkansız hale gelmeyecek, bu durumda HHY 24'üncü maddesi 4'üncü fıkrası *'Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tabben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.'* ibaresi uyarınca TMK 346'ncı maddesi *'Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır.'*ve 461'inci maddesi *'Ayırt etme gücüne sahip olan vesayet altındaki kişi ve her ilgili, vasiinin eylem ve işlemlerine karşı vesayet makamına şikâyetle bulunabilir.'* hükümleri gündeme gelecektir. Bu durumda küçük yahut kısıtlılara tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için gereken tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracak 'rıza'nın küçük yahut kısıtlının yasal temsilcisi tarafından verilmemesi halinde mahkeme kararıyla verilmesi mümkün kılınmıştır.

Türk hukukundaki bu düzenleme genel olarak düşünüldüğünde, sağlık hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı mutlak hak niteliğinde olan kişilik hakkı kapsamında yer aldığından, ayırt etme gücünü haiz küçükler yahut kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı bu haklarını yasal temsilcileri yahut mahkeme kararı vesilesi ile kullanabilmeleri değil, fakat tek başlarına tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmeleri gerektiği ve bu durumda tıbbi müdahaleye rıza göstermenin ayırt etme gücünü haiz küçük yahut

<sup>22</sup> (NOMER, s.81)

kısıtlı için ekonomik yükümlülük getirmesi halinde bu şekilde bir yükümlülük altına girebilmeleri için kanuni temsilcilerinin onamlarının alınması gerektiği<sup>23</sup> şeklinde eleştirilere kapı aralamaktadır. Aslında kişiye sıkı sıkıya bağlı hak kullanımının bu şekilde olması gerekmele birlikte uygulama Türk hukukunda küçük yahut kısıtlının ayırt etme gücünü haiz olup olmadığına bakılmaksızın kendisine tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için gereken rızanın yasal temsilci yahut mahkeme kararı tarafından verilmesi şeklinde sürmektedir.

Konuyla ilgili olarak Amerika'da Terri Schiavo davasına değinmek gerekirse, söz konusu davada da mahkeme kararı gerekmiş; ancak mahkeme kararı hastaya uygulanacak işlem için gerekli kararı verme hakkının kime ait olduğuna yönelik olmuştur. Nitekim Terri Schiavo'nun bitkisel hayat sürmeye devam etmesini isteyen anne babası ve bitkisel hayata son verilmesini isteyen kocası arasında çıkan uyuşmazlık sonucu mahkeme özel hayat hakkında karar verebilme özgürlüğü çerçevesinde böyle bir kararın verilmesinde hastanın ebeveynlerinin değil eşinin yetkili olduğuna hükmetmiştir<sup>24</sup>.

### **Mektup, Hatıra veya Benzer Yazı Sahipleri ile Resmeden veya Çizenin yahut Resmedilen yahut Çizilenin Rızası**

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu 85'inci maddesi

*Eser mahiyetinde olması bile mektup, hatıra ve buna benzer yazılar yazarların ve bunlar ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz. Meğer ki yazarın ölümünden itibaren on yıl geç bulunsun. Mektuplar birinci fıkradaki şartlardan başka muatap veya muatap ölmüş ise on dokuz uncu maddenin in birinci fıkrasında yazı kimselerin muvafakati olmadan yayınlanamaz; meğer ki muatabın bölümünden itibaren on yıl geçmiş bulunsun. Yukarıdaki hükümlere aykırı hareket edenler hakkında borçlar kanununun 49 uncu maddesi ve ceza kanununun 197 ve 199 uncu maddeleri hükümleri uygulanır. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımı caiz olduğu hallerde madeni kanununun 24 üncü*

<sup>23</sup> (NOMER, s.82)

<sup>24</sup> SILVERMAN, s.480.



*maddesi hükmü mahfuzdur'* hükmü uyarınca mektup, hatıra ve buna benzer yazıların; gerek yazarların ve gerekse muhatapların yani yazıldıkları kişilerin rızaları olmaksızın ölümleri üzerinden 10 yıl geçmeden önce yayınlanmaları eylemi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Dolayısı ile bu tür yayınların yayınlanması 10 yıl geçmeden yayınlanması durumunda da hukuka aykırılığı ortadan kaldıran neden olarak rıza gereklidir. Bu kişilerin ölmüş olmaları durumunda yine 10 yıl geçmeden önce söz konusu yazıların yayımlanması halinde ise 19'uncu madde

*'Eser sahibi 14 ve 15 inci maddelerin birinci fıkralarıyla kendisine tanınan salahiyetlerin kullanılış tarzlarını tespit etmişse yahut bu hususu her hangi bir kimseye bırakmamışsa bu salahiyetlerin ölümünden sonra kullanılması, vasiyeti tenfiz memuruna, bu tayin edilmemişse sırayla sağ kalan eşi ile çocuklarına ve mensup mirasçılarına, ana-babasına, kardeşlerine aittir.*

*Eser sahibinin ölümünden sonra yukarıdaki fıkrada sayılan kimseler eser sahibine 14, 15 ve 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları eser sahibinin ölümünden itibaren yetmiş yıl kendi namlarına kullanabilirler.*

*Eser sahibi veya birinci ve ikinci fıkralara göre salahiyetli olanlar, salahiyetlerini kullanmazlarsa, eser sahibinden veya halefinden mali bir hak iktisap eden kimse meşru bir menfaati bulunduğunu ispat şartıyla, eser sahibine 14, 15 ve 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında tanınan hakları kendi namına kullanabilir.*

*Salahiyetli kimseler birden fazla olup müdahale hususunda birleşemezlerse, mahkeme, eser sahibinin muhtemel arzusuna en uygun bir şekil de basit yargılama usulü ile ihtilafı halleder.*

*18inci madde ile yukarıdaki fıkralarda sayılan salahiyetli kimselerden hiç biri bulunmaz veya bulunup da salahiyetlerini kullanmazlarsa yahut ikinci fıkrada belirlene süreler bitmişse eğer memleketin kültürü bakımından önemli görüldüğü takdirde Kültür Bakanlığı 14, 15, 16ncı maddelerin üçüncü fıkralarında eser sahibine*

*tanınan hakları kendi namuna kullanabilir.*' hükmü dikkate alınacaktır. Özetle, mektup, hatıra ve buna benzer yazılar eser niteliğini haiz olmasalar dahi yayınlanmaları hem yazan kişinin hem de yazıldığı kişinin rızası ile hukuka uygun hale gelecektir<sup>25</sup>. Yazan yahut muhatap öldükten 10 yıl geçtikten sonra yazıların yayınlanması halinde eylem rıza olmaksızın hukuka uygun olacaktır. Ancak yazan yahut muhatap öldükten sonra fakat ölüm üzerinden 10 yıl geçmeden önce yazının yayımlanması halinde hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için gereken rızanın 19uncu madde kapsamında belirtilen kişilerce verilmesi gerekmektedir.

Kişilerin resim yahut portreleri için de benzer durum söz konusudur. Söz konusu yasanın 86ncı maddesi

*'Eser mahiyetin de olmasalar bile, resim ve portreler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüş ise 19 uncu maddenin birinci fıkrasında sayılanların muvafakati olmadan tasvir edilenin ölümünden 10 yıl geçmedikçe teshir veya diğer suretle umuma arz edilemez.*

*Birinci fıkradaki muvafakatin alınması;*

- 1. Memleketin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri;*
- 2. Tasvir edilen kimselerin iştirak ettiği geçit resmi veya resmi tören yahut genel toplantıları gösteren resimler;*
- 3. Günlük hadiselerin müteallik resimlere radyo ve film haberleri; için şart değildir.*

*Birinci fıkra hükmüne aykırı hareket edenler hakkında borçlar kanununun 49 uncu maddesi ile Türk ceza kanununun 197 ve 199 uncu maddelerin hükümleri uygulanır.*

*Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre yayımın caiz olduğu hallerde ve medeni kanununun 24 üncü maddenin hükmü mahfuzdur.'*

<sup>25</sup> KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, s.151.

hükmü dolayısıyla kanunda belirtilen istisnalar dışında kişilerin resim yahut portrelerinin teşhir edilmesi yahut umuma arz edilmesi halinde bunların eser niteliğinde olup olmadıklarına bakılmaksızın resmi çizilen yahut portresi çizilen kişinin rızası eylemi hukuka uygun hale getirecektir.

### Üstün Nitelikte Özel Yarar

Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller içerisinde yer alan üstün nitelikte özel yarar, hastanın rızası konusunda olduğu gibi genellikle tıbbi müdahale söz konusu olduğunda önem arz eder. Nitekim hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmek için gerekli rıza beyanında bulunamayacak durumdaki bir hastaya tıbbi müdahalede bulunulması halinde bu eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran durum eylemin işlenmesinde hasta açısından üstün özel yarar bulunmasıdır. Örnekte olduğu gibi fakat küçük yahut kısıtlının hasta olması halinde yasal temsilcinin olmaması ya da hazır bulunmaması yahut yasal temsilci veya mahkemeden izin alınması için gereken zaman içerisinde hastanın hayatı veya hayati organlarından biri tehlikeye girecek olması durumunda ise HHY 24'üncü maddesi *'Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.'* ve *'Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.'* hükümleri dolayısıyla rıza aranmaması ve yapılan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı fiil niteliğini haiz olmaması da yine derhal

tıbbi müdahalede bulunulmasında hasta için üstün özel yarar bulunmasından dolayıdır.

Her ne kadar üstün özel yarar hukuka aykırılığı ortadan kaldıran hallerden biri olsa da üstün nitelikte özel yarar dolayısıyla rıza aranmaksızın tıbbi müdahalede bulunulabilmesi kuralı kötüye kullanılmamalıdır. Bir başka deyişle, üstün nitelikte özel yarar sebep gösterilerek hastanın rızasına zıt olarak yahut uygun olmayarak tıbbi müdahalede bulunulması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkmayacak ve fiili uygulayan fail hukuka aykırılık dolayısıyla doğacak sonuçlara katlanmak zorunda kalacaktır. HHY’de yer alan 22’nci maddede yer alan ‘*Kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, kimse, rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamaz.*’ ve 25’inci maddede yer alan ‘*Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir.*

*Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.*’ hükümleri de bu şekilde üstün özel yarar sebebinin kötüye kullanılmasını engellemek üzere getirilmiş ve her ne kadar kişilik hakkı kapsamında yaşam hakkını doğrudan ilgilendiren ötenazi kişinin yine kişilik hakkı kapsamında özel hayatı hakkında özgürce karar verebilme hakkı ile çatıştığı halde yasaklanmış olmasına rağmen HHY 25’inci madde ile hastaya tanınan tedaviyi reddetme yahut durdurulmasını isteme dolayısıyla pasif ötenaziye müsaade edilmiştir. Bir başka deyişle, ehliyetli hasta için tıbbi müdahalenin sona erdirilmesi hastanın ölümüne neden olacak olsa dahi hasta istemi ile mümkün kılınmıştır<sup>26</sup>. Ehliyetsiz hastalar için ise böyle bir durumda ne yapacağına yönelik hasta önceden bilinci yerindeyken açık ve kesin şekilde ne istediğini belirtir irade beyanında

<sup>26</sup> AŞICIOĞLU, Faruk, BAFRA, Jale ve SEÇKİN, Çetin, "Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlanması (Pasif Ötenazi): Bir Olgu Sunumu", Adli Tıp Dergisi, Cilt: 11, Sayı: 1 - 4, 1995, s.73.

bulunmuş ise tartışmaya yer bırakmayacak derecede açık ve kesin olan bu beyan doğrultusunda bilinci kapandıktan sonra da pasif ötenazi yapılabilir. Bu şekilde önceden vasiyet edilmesi durumunda vasiyet edilmiş olan kişinin güvenilir biri olması gereklidir<sup>27</sup>. Ancak ehliyetsiz yani bilinci yerinde olmayan hastanın bu şekilde tedavinin reddine yahut durdurulmasına yönelik güvenilir bir kişiye ehliyetliken belirtmiş olduğu bir irade beyanının bulunmaması halinde yakınlarının istemi üzerine tedavinin durdurulmasına karar verilip verilmeyeceği konusu önemli ve net cevabı olmayan hem ülkemizde hem de 1980lerde ötenaziyi suç olmaktan çıkararak 2001'de bu durumu yasalaştıran Hollanda<sup>28</sup> gibi diğer ülkelerde oldukça tartışmalı bir konudur<sup>29</sup>.

### Üstün Nitelikte Kamusal Yarar

Kamu yararı, temel mutlak haklardan olan kişilik hakkı ihlallerinde hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir neden şeklinde önemli bir kavram olmakla beraber bu kavram mevzuatta tanımlanmamış ve gerek mahkeme kararlarında gerekse doktrinde kavramı betimleyen çeşitli görüşler doğmuştur. Bunlardan doktrin bazında başlıcaları '*özü ya da içeriği önceden belli olmayan, buna karşılık biçimi aracılığıyla tanınan bir kavram*<sup>30</sup>', '*temel hakların sınırlandırılmasında başvuru*

<sup>27</sup> Konuya yönelik farklı ulusların düzenlemelerine ilişkin deneysel çalışmalar da mevcuttur. Bunlardan Fransa Nancy Üniversitesi Hastanesi'nde yapılan araştırmaya göre katılımcıların %52'si bu şekilde iradelerini belirtecekleri vasiyetleri için 'güvenilir kişi' olarak eşlerini seçmişlerdir Guyon, ve diğerleri "Trusted Person and Living Will: Information and Implementation Defect", La Revue De Medecine Interne, Cilt: 35, Sayı:10, 2014, s.644.

<sup>28</sup> ROSENFELD, Barry, Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics. Washington, DC, 2004, s.129. Ötenazi tarihi ve Hollanda'da ötenazi konusundaki önemli davalar ve detaylı bilgi için Rosenfeld'in ilgili kaynağını inceleyiniz.

<sup>29</sup> Amerika'da konuyla ilgili tartışmalar hakkında önemli emsal olan karar için bakınız: SILVERMAN, Henry J, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480-481. (<https://link-springer-com.ezproxy.library.qmul.ac.uk/article/10.1007/s00134-004-2542-8/fulltext.html>, 05.05.2017)

<sup>30</sup> AKILLIOĞLU, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 1-3, 1988, s.11.

*başlıca nedenlerden biri ve yasama faaliyetlerinin ana amacı ve sonucu olan, yargıcın yetkilerinin belirlenmesinde temel alınan bir kavram ve bir faaliyetin kamu hukukuna uygunluğunun bir ölçütü*<sup>31</sup>, 'kamu düzeni, genel ahlak, genel sağlık, genel asayiş, milli güvenlik, eğitim, sosyal dayanışma vs. şeklinde özel kategorileri olan ve her bir idari makamın herhangi bir kamu yararı amacıyla değil fakat sadece kendisine özgülünen özel kategoriye gerçekleştirmek üzere işlem yapmakla yetkili olduğu ve özgülendiği amaç dışındaki bir kamu yararını gerçekleştirmek üzere işlem yapması durumunda maksat unsuru hukuka aykırı olan idari işlem genel amacı'<sup>32</sup> şeklindeki tanımlardır.

Üstün nitelikte kamusal yarar ise kamusal yararlarla bağlantılı olmakla beraber genel olarak basın yayın dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin korunması hakkını ihlal eden hukuka aykırı durumlarda bu aykırılığı ortadan kaldırma nedeni şeklinde söz konusu olmaktadır. Kamu yararının mı yoksa kişilik hakkı ihlal edilen bireyin mi faydası daha çok şeklinde bir çıkar dengesi sağlanarak bu terazide kamu yararının ağır bastığı durumlarda söz konusu olan bir hukuka uygunluk nedenidir. Bir başka deyişle, birey menfaati ile kamu menfaati arasında denge kurulması doğrultusunda getirilmiş olan bu kural her hâlükârda değil, ancak kamu menfaatinin ağır bastığı durumlarda uygulama alanı bulur. Üstün nitelikte kamusal yararın, eylemin hukuka aykırılığını ortadan kaldırabilmesi için kişilik hakkını ihlal eden haber yahut eleştiri gibi herhangi türdeki bir yayımın gerçeği yansıtması ve kamunun aydınlatılmasına ilişkin olması gereklidir<sup>33</sup>.

Konu ülkemizde olduğu gibi diğer birçok ülkede de tartışılmaktadır. Avrupa'da verilerin korunması hakkındaki direktif<sup>34</sup> incelendiğinde, kişisel verilerin işlenmesi ve ifade özgürlüğü başlığı altında düzenlenen 9'uncu maddesi<sup>35</sup> Türkçe

<sup>31</sup> SARAÇ, Osman, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, Sayı: 139, 2002, s.1.

<sup>32</sup> GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku, Bursa 2003, s.856.

<sup>33</sup> Y, 4. HD. 30.11.2000, E. 11832, K. 10914.

<sup>34</sup> Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council

<sup>35</sup> Article 9

Processing of personal data and freedom of expression

Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the

olarak 'Üye devletler, ancak özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün korunması hakkının uzlaştırılması gerektiği hallerde kişisel verilerin yalnızca gazetecilik amacıyla işlenmesi, sanatsal veya edebi ifade amaçlı işlenmesi durumları için bu bölüm ile 5inci ve 6ncı bölüm hükümlerinden muaf tutulacaklardır.' şeklindeki hükmü ile ifade özgürlüğü kapsamında yapılan yayınların kişilik hakkı kapsamındaki özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmesi durumunda, basın dolayısıyla bilgi öğrenme hakkı olan kamunun bu bilgi edinme menfaati ile özel hayatından bir kesit kamuya duyurularak kişilik hakkı ihlal edilen bireyin özel hayatın gizliliğindeki menfaatinin çatışması halinde veri işlenmesi ile ifade özgürlüğünü dengelemeye yönelik iki şey belirtilmektedir:

Kişisel verilerin yalnızca gazetecilik amacıyla veya sanatsal veya edebi ifade amacıyla işlenmesi meşrudur. Gazetecilik, sanatsal ve edebi ifade olmak üzere toplamda 3 tür ifade kategorisi verilerin korunması hakkındaki direktif yükümlülüklerinden ancak eylemlerin dengelenmesi gerekli kıldığı ölçüde muafır.

Bu çıkarımlardan birincisi yorumlandığında hükümde geçen 'yalnızca gazetecilik amacıyla' ifadesi göz önüne alındığında, kişisel verinin kısmen gazetecilik kısmen de başka bir amaçla işlendiği durumlarda ne olacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Ayrıca gazetecilik amacının yahut sanatsal veya edebi ifade amaçlarının ne olduğu tanımlanmayıp, içeriklerinin ne tür eylemleri kapsadığı belirtilmediğinden bu konularda da sorunlar ortaya çıkmaktadır. İkinci çıkarım yorumlandığında ise, kanun koyucunun ifade özgürlüğü konusunda bazı uyuşmazlıkların çıkabileceğini ancak uyuşmazlık söz konusu olduğunda her türlü ifadenin korunmayacağını, yalnızca uzlaştırma gereken hallerde ve yalnızca gazetecilikle ilgili ve sanatsal ve edebi ifadelerin korunacağını ifade ettiği görülmektedir.

---

purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.

Gazetecilik amacıyla kişisel verilerin işlenmesi konusunda Avrupa Adalet Divanı'nın ilgili kararında gazetecilik amacı 'kamuoyuna bilgi, görüş ve düşüncelerin açıklanması' şeklinde tanımlanmıştır<sup>36</sup>. İlgili davada Finlandiya'daki zengin vatandaşların ödedikleri vergiler bir gazetede önce yayımlanıp ardından abonelere kısa mesaj şeklinde iletilmiştir<sup>37</sup>. Verilerin korunması hakkında direktifin ihlal edildiğine ilişkin açılan davada, davalı gazetenin, kişisel verileri yalnızca gazetecilik amacı için mi işlediğinin belirlenmesi, bu nedenle eylemin hukuka aykırı olup olmadığının tespiti gerekmiştir<sup>38</sup>. Dava metni okunduğunda Avrupa Adalet Divanı'nın kamu yararı dolayısıyla bireylerin kişisel verilerinin paylaşılması eyleminin hukuka aykırılığının ortadan kalkıp kalkmayacağına dair sorunun çözümlenmesi için gerekli tespitleri yapmadığı ancak Finlandiya mahkemesine kararında dikkate alması gerektiği noktaları belirttiği görülmektedir.

Konu Türk hukukunda da tartışmalıdır. Nitekim Yargıtay'ın '*... temel ölçüt kamu yararadır. Gerek yazılı gerekse görsel basın bu işlevini yerine getirirken, özellikle yayının gerçek olmasını, kamu yararı bulunmasını, toplumsal ilginin varlığını, konunun güncelliğini gözetmeli, haberi verirken özle biçim arasındaki dengeyi de korumalıdır. ... O anda ve görünürde var olup da sonradan gerçek olmadığı anlaşılan olayların yayınından da basın sorumlu tutulmamalıdır*' şeklindeki kararı da üstün nitelikte kamusal yararın hukuka uygunluk nedeni olarak hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaması için eylemde aranması gereken özellikleri ve menfaatler arasında denge kurulması gerektiğini belirtmektedir.

Bu kararlar, hukuka uygunluk nedenlerinin her hâlükârda uygulama alanı bulmadığını, nitekim özellikle üstün nitelikli kamusal yarar konusunda kamu menfaati ile birey menfaatinin çatışması halinde bu dengenin iyi korunması gerektiğini her zaman kamu menfaatinin ağır basmadığını ve bu konunun hem

---

<sup>36</sup> Case C-73/07

<sup>37</sup> MORGAN, Richard, ve BOARDMAN, Ruth, Data Protection Strategy, Londra 2012, s.244.

<sup>38</sup> FLANAGAN, Anne, "Defining 'Journalism' in the Age of Evolving Social Media: a Questionable EU Legal Test", International Journal of Law and Information Technology, Cilt: 21, Sayı:1, 2012, s.5.



ülkemizde hem diğer ülkelerde hala tartışılmakta olduğunu göstermesi açısından önem arz etmektedir.

### Sonuç

Gerek ceza hukuku gerek özel hukukta gerek spesifik olarak tıp hukukunda gerek kanun gerek yönetmelik bazında çeşitli düzenlemelerle korunmaya çalışılan menfaatler ve toplumsal düzene yönelik hukuka uygunluk sebepleri, fiilin hukuka aykırı olarak doğmasını önleme işlevi görmektedirler<sup>39</sup>. Hukuka uygunluk nedenleri farklı farklı menfaatleri dengelemek yahut toplumsal düzeni sağlamak işlevlerini haiz olduklarından her birinin gündeme geleceği olgu tipleri de farklılık arz etmektedir. Zarar görenin rızası genellikle tıbbi müdahale konusunda gündeme gelmekte ve böylece hem hastaların kendilerine uygulanacak tedavi hakkında detaylı bilgilendirilmeleri sağlanmakta hem de olası komplikasyonlar hakkında önceden bilgi verilerek hasta ve yakınlarının muhtemel gelişmelere karşı hazırlıklı olmaları sağlanmaktadır. Bu durum doktor açısından ise tıbbi teşhis ve tedaviye “hastanın tıbbi teşhis ve tedaviye rıza göstermesi” sınırlamasının getirilmesi kabul edilmiştir, şeklinde değerlendirilebilir<sup>40</sup>. Böylece, tıbbi tedavide bulunacak hekimin hastayı aydınlatarak onun yazılı rızasını alma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır<sup>41</sup>. Teşhis ve tedaviye başlanılmadan önce alınan yazılı, genel muvafakat şeklindeki onama formunun hasta ve yakınlarının anlayacağı şekilde açıklanması ve bu formda yazanlar dışında varsa tedaviye ilişkin diğer bilgilendirmelerin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde alınan rıza tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır.

Üstün nitelikte özel yarar da genellikle tıbbi müdahaleler için fakat hastanın rızasını almanın mümkün olmadığı durumlarda eylemin hukuka aykırılığını ortadan

<sup>39</sup> AKYAZAN, Ahmet Emrah, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, 2006, s.78.

<sup>40</sup> SANTAŞ, Hatice, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, s.57.

<sup>41</sup> Aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı haller mevcuttur. Nitekim hasta istemez ise, kötü etkileyecekse, endikasyon hallerinde ve anlamsız kalmışsa aydınlatma yükümü ortadan kalkar.

kaldırma nedeni olarak gündeme gelmektedir. Diğer taraftan üstün nitelikte kamusal yarar ise birey menfaati ile kamu menfaati çatışmasının dengelenmesi konusunda ve genellikle gerek basın yayın aracılığıyla olsun gerek TBMM üyelerinin ifadeleri olsun<sup>42</sup> ifade özgürlüğü kapsamında gündeme gelen hukuka aykırılığı kaldırma nedenlerdendir. İnceleme konusu olan bu nedenlerden başka diğer hukuka uygunluk sebepleri ise TBK 63üncü maddesinde sayılmıştır. Hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller her ne kadar kanunda sınırlı sayıdalık esasına göre belirtilmiş olsa da uygulamada gerek hukukumuzda Yargıtay kararlarında gerekse Avrupa Adalet Divanı kararlarında görüldüğü üzere diğer ülke hukuklarında hala tartışılmakta olan bu konularda her bir eylem için detaylı değerlendirme gerekmektedir.

---

<sup>42</sup> (NOMER, s.83)

## KAYNAKÇA

**AKILLIOĞLU, Tekin**, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, *Cilt:* 9, *Sayı:* 1-3, 1988, s.11-22, (<http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuihid/article/view/1023002573/1023002166>, 17.04.2017)

**AKYAZAN, Ahmet Emrah**, "5237 Sayılı TCK'da Hukuka Uygunluk Sebepleri", Ankara Barosu Dergisi, 2006, s.77 - 98.

**ARAS, Ümit Yaşar**, İnsan Hakları Temelinde Özel Hayat Hakkının Ulusal ve Uluslararası Alanda Uygulamaları, İstanbul 2010, Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi. Erişildi: Mart 12, 2017. <http://libris.bahcesehir.edu.tr/dosyalar/Tez/083923C1.pdf>.

**AŞICIOĞLU, Faruk, BAFRA, Jale ve SEÇKİN, Çetin**, "Yaşamsal Desteklerin Kesilmesi ya da Sınırlandırılması (Pasif Ötenazi): Bir Olgu Sunumu", Adli Tıp Dergisi, *Cilt:* 11, *Sayı:* 1 - 4, 1995, s.71-76, ([https://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP\\_11\\_1234\\_71\\_76.pdf](https://www.journalagent.com/adlitip/pdfs/ADLITIP_11_1234_71_76.pdf), 17.04.2017)

**Clayton QC, Richard, ve Hugh Tomlinson QC.** 2009. *The Law of Human Rights*. New York: Oxford University Press.

**ÇİFTÇİOĞLU, Cengiz Topel**, "Yaşama Hakkı" TBB Dergisi, Sayı 103, s. 137-168. (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-103-1230>, 01.04.2017)

**FLANAGAN, Anne**, "Defining 'Journalism' in the Age of Evolving Social Media: a Questionable EU Legal Test", International Journal of Law and Information Technology, *Cilt:* 21, *Sayı:*1, 2012, s.1-30, (<https://qmro.qmul.ac.uk/xmlui/handle/123456789/3206>, 18.04.2017).

**GÖZLER, Kemal**, İdare Hukuku, Bursa 2003, Hüncar Ofset.

GUYON, G, GARBACZ, L, BAUMANN, A, BOHL, E, MAHEUT-BOSSER, A, COUDANE, H, KANNY, G GİLLOIS, P ve CLAUDOT, F, "Trusted Person and Living Will: Information and Implementation Defect", La Revue De Medecine Interne, Cilt: 35, Sayı:10, 2014, s.643-648.

HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2015, Seçkin.

HELVACI, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, Beta.

KARAHASAN, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, İstanbul 2004, Beta Basım.

KAYA, Mine, "Hekimin Hastayı Aydınlatma Yükümlülüğünden Kaynaklanan Tazminat Sorumluluğu", TBB Dergisi Sayı: 100, 2012, s.45-82, (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-100-1181>, 13.04.2017).

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Borçlar Hukuku, Ankara 2015, Turhan Kitabevi.

KILIÇOĞLU, Ahmet Mithat, Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar, Ankara 2006, Turhan Kitabevi.

MİLLS, J. L., Privacy: The Lost Right, New York 2008, Oxford University Press.

MORGAN, Richard, ve BOARDMAN, Ruth, Data Protection Strategy, Londra 2012, Sweet & Maxwell.

NOMER, Haluk Nami. *Borçlar Hukuku*. İstanbul 2010: Beta.

OĞUZMAN, M Kemal, ve ÖZ, M Turgut, Borçlar Hukuku. İstanbul 2014, Vedat Kitapçılık.

ORAL, Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", Ankara Barosu Dergisi, 2011, s.185-209,

(<http://www.ankarabarasu.org.tr/siteler/ankarabarasu/tekmakale/2011-2/2011-2-8.pdf>, 14.04.2017).

**ROSENFELD, Barry**, Assisted Suicide and the Right to Die: The Interface of Social Science, Public Policy, and Medical Ethics. Washington, DC, 2004, American Psychological Association.

**SANTAŞ, Hatice**, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, Bilge Kitabevi.

**SARAÇ, Osman**, "Kamu Yararı Kavramı", Maliye Dergisi, Sayı: 139, 2002, s.1-11,  
([https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye\\_dergisi/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf](https://dergiler.sgb.gov.tr/calismalar/maliye_dergisi/yayinlar/md/md139/O.%20SARAC.pdf), 17.04.2017).

**SILVERMAN, Henry J**, "Withdrawal of Feeding-tubes from Incompetent Patients: The Terri Schiavo Case Raises New Issues Regarding Who Decides in End-of-life Decision Making.", Intensive Care Medicine, Cilt: 31, Sayı:3, 2005, s.480-481.  
(<https://link-springer-com.ezproxy.library.qmul.ac.uk/article/10.1007/s00134-004-2542-8/fulltext.html>, 05.05.2017)



**HAKEMLİ MAKALE**  
**BAŞKASI YERİNE CEZA İNFAZ KURUMUNA VEYA TUTUKEVİNE GİRME**  
**SUÇU (TCK m. 291)**

Dr. Murat AKSAN\*

**ÖZET**

Başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçu TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliyeye Karşı Suçlar" başlıklı ikinci bölümünde düzenlenmektedir. Çalışmada suç, unsurları itibariyle detaylı olarak incelenmiş, suçun konusu, fiil, teşebbüs, içtima gibi konular örneklerle açıklanmaya çalışılmıştır. Suç üstlenme, suçluyu kayırma ve kaçmaya imkan sağlama suçlarıyla karşılaştırılmak suretiyle suçun uygulama alanı ortaya konmuştur. Son olarak suçla ilgili önerilere yer verilmiştir.

**Anahtar kelimeler:** *Hükümlü, tutuklu, ceza infaz kurumu, tutukevi, hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girme, tutuklu yerine tutukevine girme, suçluyu kayırma, kaçmaya imkân sağlama.*

---

\* Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

**CRIME OF ENTRY INTO A PRISON OR PENITENTIARY IN PLACE OF  
ANOTHER PERSON (TPC Article 291)**

**ABSTRACT**

The crime of entry into a prison or penitentiary in place of another person regulated in the second portion of the fourth section of the Turkish Penal Code titled Crimes Against The Court. In this study, it is examined in detail in terms of crime elements and the subjects such as the subject of the crime, attempt, and joinder of offenses are tried to be explained with examples. The area of application of the crime has been revealed by comparing with the crimes of supporting offender, undertaking an offense and facilitating escape. In conclusion, some recommendations about the crime were made in the study.

**Key words:** *convict, prisoner, penitentiary, prison, entry into a penitentiary in place of convict, entry into a prison in place of prisoner, supporting offender, facilitating escape.*



## GİRİŞ

Hükümlü ya da tutuklunun yerine bir başkasının ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesi suçu, aslında insanların pek işlemeyi düşünmeyeceği, kendini özgürlüğünden yoksun bırakmayı isteyebileceği bir suç değildir. Fakat bu suç, başkası yerine ceza infaz kurumuna giren kişinin zaten işsiz güçsüz olması, geçim sıkıntısı çekmesi, kendisine yönelen tehditlerden kurtulmak veya ceza infaz kurumunda bir başkasına karşı suç işlemek istemesi ya da bir yakınını sıkıntıya düşmekten kurtarmak veyahut da maddi menfaat elde etmek gibi amaçlarla işlenebilir. Bununla birlikte ceza infaz kurumlarına ve tutukevlerine girişlerin sıkı kontrol altında yapılıyor olması nedeniyle işlenmesi çok kolay bir suç gibi de gözükmemektedir. Bu nedenlerle olsa gerek, hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı TCK'da suç olarak düzenlenmesine karşın, her iki kanun döneminde de uygulaması pek olmayan bir suç olarak karşımıza çıkmakta, bu suçla ilgili yok denecek kadar az Yargıtay kararına rastlanılmaktadır. Uygulamanın azlığıyla paralel olarak doktrinde de birkaç şerh ve adliyeye karşı suçlar başlığı altında çıkan birkaç kitap ve makale dışında neredeyse hiç ilgilenilmemiş, hatta bu suça mahsus makale dahi bulunmamaktadır. Diğer taraftan mukayeseli hukukta kanunumuzdaki gibi bağımsız, ayrı bir düzenlemeye rastlanılmamıştır<sup>1</sup>. Ancak aşağıda değinileceği üzere, başkası yerine cezanın çekilmesinin, Alman ceza kanunundaki suçluyu kayırma suçu kapsamında cezalandırıldığı görülmektedir.

Çalışmanın konusunu oluşturan başkasının yerine infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun incelenmesinde, 5237 sayılı TCK'nın benimsediği suç teorisi dikkate alınmıştır. Bu kapsamda, korunan hukuksal değer, suçun maddi ve manevi unsurları ile hukuka aykırılık unsuru ve kısırluluğu etkileyen sebepler, teşebbüs, iştirak ve içtima gibi konular irdelenmiştir. Bu konular mümkün olduğunca

---

<sup>1</sup> Bkz. İçel, Kayıhan/Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 9. Bası, İstanbul 2014, s. 244.

uygulamada karşılaşılabilecek örneklerle izah edilmeye çalışılmıştır. Çalışmada, bu suçla ilgili doktrindeki görüşler, Yargıtay kararları da dikkate alınmıştır.

### I. Genel Açıklamalar

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu, TCK'nın "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının "Adliye Karşı Suçlar"ı içeren ikinci bölümün 291. maddesinde "*Kendisini, bir hükümlünün veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kimseye altı aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir*", şeklinde düzenlenmiştir. Eski TCK'da ise "Adliye Aleyhinde Cürümler"i içeren dördüncü babın, "Suç Tasnii ve Resmi Mercileri İğfal" başlıklı ikinci kısmının 284. maddesinde "*Başkasının yerine kendini koyarak hapisaneye giren şahıs bir aydan bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*" biçiminde ifade edilmişti<sup>2</sup>. Bazı yazarlar 5237 sayılı TCK'nın 291. maddesindeki suçun, 765 sayılı TCK'nın 284. maddesinin unsurlarında değişiklik yapılmaksızın yeni terimler kullanılarak düzenlendiğini ifade etmektedir<sup>3</sup>. Diğer bazı yazarlar ise 765 sayılı TCK'daki düzenlemenin, yalnızca hükümlü yerine hapisaneye girmeyi cezalandırdığını, buna karşılık 5237 sayılı TCK'daki hükmün ise, hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girmenin yanında tutuklunun yerine tutukevine girmeyi de cezalandırdığını öngörmek suretiyle suçun kapsamının

<sup>2</sup> Bu hüküm maddenin 08/06/1933 tarih ve 2275 sayılı Kanunun 1. maddesi ile değiştirilmiş şeklidir. Değişiklik gerekçesi: "Ceza Kanununun 284 üncü maddesinde bir ilam ile mahkum olan kimsenin yerine kendini koyanlar hakkında ceza verileceği yazılı olmasına binaen, mezkur madde hükmünün ancak mahkeme kararıyla hapisaneye girenler hakkında tatbik edilebilip Tahsili Emval Kanunu hükmüne tevfiakan hapsen taziyikleri icap eden şahıslar yerine kendini koyanlar hakkında tatbikine imkan olmadığından her şekilde şamil bir surette bu madde değiştirilmiştir (Hükümetin 27.4.1933 tarih ve 6/1245 sayılı esbabı mucibesi -2275 sayılı Kanunun gerekçesi-)", **Çağlayan, Muhtar M.:** Türk Ceza Kanunu, C. 2 (Madde 125-315), 3. Baskı, Ankara (Baskı tarihi yok), s. 1024-1025. Bu değişiklik gerekçesi için bazı yazarlar "Her ne kadar madde gerekçesinde; maddenin "her şekilde şamil" surette tadili lüzumundan bahsedilerek madde değiştirilmiş ise de, değişiklik daha ziyade hüküm ilamına müsteniden girenleri kapsayıp bunun dışında kalan ve cezaevine girmesi kanunen lüzumlu kimselere de teşmili mümkün olmak üzere "başkasının yerine kendini koyarak" tabiri kullanılmak suretiyle madde hükmüne vus'at verilmek istenmiştir" şeklinde açıklama getirmiştir. **Özütürk, Nejat:** Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970, s. 70.

<sup>3</sup> **Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer:** Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, (230-345. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010, s. 4399.

genişletildiğini belirtmektedir<sup>4</sup>. Daha sonra açıklanacağı üzere bize göre tutuklunun yerine tutukevine girmenin de madde metnine dahil edilmesiyle yeni bir konu eklenmiştir.

Diğer taraftan kanaatimizce yeni hüküm, suçun unsurlarını daha açık hale getirmiş ve kanunilik ilkesinin belirlilik unsuruna daha uygun bir şekilde kaleme alınmıştır. Her ne kadar madde başlığında “*Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme*” denilerek yine kapsamı belirli olmayan bir ifade kullanılmış olsa da madde metni, failin kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesi halinde suçun oluşacağını göstermek suretiyle belirlilik ilkesini daha çok gerçekleştirmiştir<sup>5</sup>. Aslında 765 sayılı kanunun 284. maddesinin 1933 yılında yapılan değişiklik gerekçesinden<sup>6</sup> anlaşıldığı kadarıyla hükmün, sadece mahkeme kararıyla hapisaneye girenleri değil, hapsen taziyikleri icap eden kişileri de kapsamı için madde metninde “başkasının yerine kendini koyarak” ifadesi kullanılmıştır. Fakat bize göre “başkası” ifadesi maddeye, maksadı aşan, belirsiz bir içerik kazandırmıştır. Dolayısıyla yapılan değişikliğin gerekçesi ve maddenin ratio legisi dikkate alınmaksızın lafzına sıkı sıkıya bağlı kalındığında failin kimin yerine hapisaneye gireceği öngörülmediği için kanaatimizce hükmün kapsamı geniş yorumlanmaya müsait bulunmaktaydı. Örneğin ceza infaz kurumuna girmeye izinli olmayan kişinin kendisini bu kurumda çalışan birinin (öğretmen, sosyolog, psikolog, infaz koruma memuru veya aşçının) yerine koyarak ceza infaz kurumuna girmesi de önceki metnin lafzına uygun davranış olacaktır. Keza hükümlüyü ceza infaz kurumunda ziyaret etme izni bulunmayan kişinin, ziyarete yetkili kişinin kimliğini kullanarak girmesi halinde de izinsiz ceza infaz kurumuna

<sup>4</sup> Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6 (Md. 252-345), 2. Baskı, Ankara 2014, s. 8535; Gerçekler, Hasan: Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4, (Madde 217-345), 2. Baskı, Ankara 2014, s. 5497.

<sup>5</sup> Burada hemen belirtelim ki aşağıda suçun konusunda değinileceği üzere bu kavramların kullanılmasına rağmen failin kimin yerine ceza infaz kurumuna girmesi durumunda bu suçun işleyeceğine ilişkin tartışma devam etmektedir.

<sup>6</sup> Bkz. dipnot 2.

girilmiş olmakla da tanıma uygun davranış gerçekleşecektir. Nitekim doktrinde 765 sayılı TCK'nın 284. maddesinin tipik hareketi, her ne kadar kendisini başkasının yerine koyarak hapishaneye girmek biçimde düzenlenmiş ise de, bu düzenlemeden *hapislane binasının dokunulmazlığının değil, adil yargılanma hakkının korunduğunu anlamak gerektiği* belirtilmiş ve bu suçun ratio legis'inin bir başkasının hükümlünün yerine hapishaneye girerek hükümlünün hapishaneye konulmasını engellemek olduğu ifade edilmiş, bu nedenle hakkında kesinleşmiş bir hüküm bulunan hükümlünün hakkındaki bu kararının infazını engelleyerek kendisini hükümlü gibi göstermenin cezalandırıldığı bir düzenleme olarak anlamak gerektiği vurgusu yapılmıştır<sup>7</sup>.

## II. Tasarı ve Öntasarılardaki Düzenlenişi

765 sayılı TCK'nın 1 Temmuz 1926 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonra 5237 sayılı TCK'nın kabulüne kadar yeni bir ceza kanunu yapmak için birçok tasarı ve öntasarılar hazırlanmıştır<sup>8</sup>. İlk tasarı 1940 yılında hazırlanmıştır<sup>9</sup>. Bu tasarıyı 1958 tarihli Tasarı<sup>10</sup>, 1987<sup>11</sup> ve 1989<sup>12</sup> tarihli Öntasarıları ile 1997<sup>13</sup>, 2001<sup>14</sup> ve 2003<sup>15</sup> Tasarıları takip etmiştir.

<sup>7</sup> Ünver, Yener: TCK'da Düzenlenen Adliye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 587.

<sup>8</sup> Türk Ceza Kanununun tarihi gelişimi hakkında bkz. Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018, s. 79 vd.

<sup>9</sup> 1940 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Adliye Ceridesinde üç bölüm halinde yayınlanmıştır. Bkz.: (Madde 1-183), Ad. Cer., 1941, Sene 32, S. 9, s. 633-668; (Madde 184-299), Ad. Cer., 1942, Sene 33, S. 2, s. 113-144; (Madde 300-416), Ad. Cer., 1942, Sene 33, S. 6, s. 705-733.

<sup>10</sup> 1958 Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Layihası): "Adliye aleyhine cürümler"i içeren 4. babın "Suç tasnii ve resmi mercileri işgal cürümleri" başlığındaki ikinci fashında 278. maddede düzenlenmiştir: "*Başkasının yerine kendini koyarak ceza ve tevkif evine giren veya başkası yerine kendini emniyet tedbirlerine tabi kılan kimse bir seneye kadar hapis cezasıyla cezalandırılır*", Türk Ceza Kanunu Layihası, Ankara 1958, s. 157. Madde gerekçesi: "*Bu madde ile mer'i 284 üncü maddede, umumi hükümlere ithal edilmiş bulunan emniyet tedbirleri bakımından lüzumlu değişiklik yapılmıştır*", s. 37.

<sup>11</sup> 1987 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı: "Devlete Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü kısmın Adliye karşı suçları"ı içeren yedinci bölümünde "Başkası yerine ceza infaz kurumuna girme" başlığı altında 392. maddede "*Kendisini, bir hükümlünün yerine koyarak ceza infaz kurumuna giren kimseye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir*" şeklinde düzenlenmiştir. Türk Ceza Kanunu Öntasarısı

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçuna 1940 tarihli Tasarıda bağımsız bir suç olarak yer verilmemesine rağmen, sonraki tasarı ve öntasarılardaki düzenlenişine bakıldığında hep adliyeye karşı suçlar kısmında yer verildiği ve 1958 ve 2001, 2003 Tasarılarındaki düzenlemeler dışında, ifade farklılıkları olmakla birlikte temelde 765 sayılı TCK'daki düzenlemeyle aynı mahiyette hükümler sevk edildiği görülmektedir. Farklı olarak ilk defa 1958 Tasarısında başkası yerine ceza infaz kurumuna girmenin yanında “başkası yerine kendini emniyet tedbirlerine

---

Komisyonca Hazırlanan Metin, Ankara 1987, s. 243. Madde gerekçesi: “Madde, bir hükümlünün hüviyetini takınarak, onun yerine ceza infaz kurumuna girmeyi cezalandırmaktadır”, Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekçesi, Ankara 1987, s. 243.

<sup>12</sup> **1989 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı:** “Devlete Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısımda “Adliyeeye karşı suçlar”ı içeren yedinci bölümde “Başkası yerine ceza infaz kurumuna girme” başlığı ile 433. maddede düzenlenmiştir: “Kendisini, bir hükümlünün yerine koyarak ceza infaz kurumuna giren kimseye bir aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”, Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1998, s. 154. Madde gerekçesi: “Madde, bir hükümlünün hüviyetini takınarak, onun yerine ceza infaz kurumuna girmeyi cezalandırmaktadır.”, s. 444.

<sup>13</sup> **1997 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı:** “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısım altında “Adliyeeye karşı suçlar”ı içeren yedinci bölümde “Başkası yerine ceza infaz kurumuna girme” başlıklı 433. maddede düzenlenmiştir: “Kendisini, bir hükümlünün yerine koyarak ceza infaz kurumuna giren kimseye iki aydan iki yıla kadar hapis cezası verilir”. Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun: Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul 1998, s. 220. Madde gerekçesi: “Madde, kendisini hükümlünün yerine koyarak, onun yerine ceza infaz kurumuna girmeyi cezalandırmaktadır”, s. 692.

<sup>14</sup> **2001 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı:** “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar ve Son Hükümler”, başlıklı üçüncü kısımda Adliyeeye karşı suçlar’ı içeren yedinci bölümde “Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme”, başlıklı 434. maddede “Kendisini, bir hükümlünün veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kimseye iki aydan iki yıla kadar hapis ceza verilir”, şeklinde düzenlenmiştir. T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, s. 133.

<sup>15</sup> **2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı:** “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar ve Son Hükümler”, başlıklı üçüncü kısımda Adliyeeye karşı suçlar’ı içeren yedinci bölümde “Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme”, başlıklı 435. maddede “Kendisini, bir hükümlünün veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kimseye iki aydan iki yıla kadar hapis ceza verilir”, şeklinde düzenlenmiştir. s. 340. Madde gerekçesi: “Madde, kendisini hükümlünün yerine koyarak, onun yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmeyi cezalandırmaktadır”, s. 212.

tabi kıl(ma)” da suç olarak kabul edilmiştir. Gerekçe olarak, TCK’nın genel hükümlerine yeni dahil edilmiş bulunan emniyet tedbirlerinin maddeye alınmak istenmesi gösterilmiştir. Ancak sonraki öntasarı ve tasarılar da “başkası yerine kendini emniyet tedbirlerine tabi kılma” suç olmaktan çıkarılmıştır. Böylece maddenin 2001 Tasarısına kadar 765 sayılı TCK’daki içeriği korunmuştur. 2001 Tasarısı ile hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girmenin yanında bu sefer, tutuklunun yerine tutukevine girme de suç olarak öngörülmüştür. Aynı hüküm 2003 Tasarısında da korunmuş ve bu düzenleme 5237 sayılı TCK’ya sadece cezası değiştirilerek aynen alınmıştır. Dolayısıyla mevcut ceza kanundaki hükmün kaynağını 2001 Tasarısındaki hüküm oluşturmuştur.

### III. Korunan Hukuksal Değer

TCK’nın 291. maddesindeki düzenlemeyle, kendisini, hükümlü veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmek fiili cezalandırılmaktadır. Böyle bir fiilin cezalandırılmasıyla korunmak istenen hukuksal değer, bazı yazarlara göre, adliyenin görev ve yetkilerinin yerine getirilmesine ilişkin saygınlığıdır. Çünkü başkasının yerine ceza infaz kurumuna girilmekle, adliyenin görev ve yetki alanı içinde olan bir konuda ilgili adli makamların aldatılmasıyla onların saygınlığı etkilenmektedir<sup>16</sup>. Diğer bazı yazarlara göre ise bu suçla, hakkında tutuklama kararı verilen veya kesinleşmiş bir mahkumiyet hükmü bulunan kişilerin tedbirden veya cezanın infazından kurtulması ve böylece adil yargılanma hakkının ihlal edilmesi önlenmek istenmektedir<sup>17</sup>. 765 sayılı TCK’daki düzenleme için yaptıkları açıklamada da bazı yazarlara göre bu suçla, hapishane binasının dokunulmazlığı değil, adil yargılanma hakkı korunmaktadır<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Meran, Necati: Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar”, Ankara 2006, s. 403; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, 3. Baskı, s. 4400. Doktrinde Soyaslan da resmi makamlar aldatılmakla itibar kaybına uğratılmaktadır demektedir, Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2002, s. 535.

<sup>17</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8535.

<sup>18</sup> Ünver, s. 587.

Kanaatimizce hükümlü yerine ceza infaz kurumuna, tutuklu yerine tutukevine girmenin suç olarak düzenlenmesiyle öncelikle devletin adli fonksiyonlarının normal ve düzgün işleyişi sağlanmak istenmektedir. Böylelikle kişilerin adli makamlara olan güveni, onların görevlerini tam yaptıklarına olan inanç ve itibarları korunmaktadır. Dolaylı olarak da başkasının hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmesinin engellenmesi suretiyle gerçek hükümlünün ceza infaz kurumuna girmesi ve cezasını çekmesi amaçlanmaktadır<sup>19</sup>. Sonuçta, aslında kişinin mahkum olduğu cezasının çektirilmesiyle ve tutuklama kararının infaz ettirilmesiyle adaletin gerçekleşmesinin de temin edilmek istendiği söylenebilir<sup>20</sup>.

#### IV. Tipikliğin Unsurları

##### A. Maddi Unsurları

###### 1. Fail

Maddede suçun faili bakımından (kamu görevlisi, hükümlü, tutuklu, eş, kardeş olma gibi) herhangi bir özel niteleme yapılmadığı için özgü bir suç değildir<sup>21</sup>. Dolayısıyla bu suçun faili belli bir sıfat ya da nitelik aranmaksızın herkes olabilir. Kendisini hükümlü veya tutuklu yerine koyan herhangi bir kimse ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmek suretiyle bu suç işleyebilir<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Doktrinde de adliye karşı suçlardan inceleme konusu suçunda bulunduğu bazı suçların (TCK 278-280; 283-284; 291, 294) suçlunun yargılanmaktan veya *infazdan kaçmasına yardımcı bulunulmasını engellemek amacıyla* ihdas edildiği belirtilmektedir (Koca, Mahmut/Üzülmöz, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2018, s. 983).

<sup>20</sup> Nitekim doktrinde adliye karşı suçların düzenlenmesiyle son tahlilde, ceza adaletinin gerçekleştirilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir (Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 983). Esasta suçluyu kayırma suçu açısından Alman doktrinde yapılan bu açıklamalar için bkz. Zafer, Hamide: Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004, s. 155-156, 239-240; Evik, Vesile Sonay: "Suçluyu Kayırma Suçu", Galatasaray Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Köksal Bayraktar'a Armağan, C. 1, 2010/1, s. 724-725. Nitekim TCK'nın 283. madde gerekçesinde de amacın ceza adaletinin gerçekleştirilmesi olduğu ifade edilmektedir.

<sup>21</sup> Bkz. Ünver, s. 588; Gerçekler, s. 5497; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8535.

<sup>22</sup> Meran, s. 403; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, s. 4400.

Tüzel kişilerin fail olamayacağını kabul ettiğimiz için tüzel kişiler tarafından bu suç işlenemez. Tüzel kişiler bakımından ayrıca yaptırım öngören bir düzenleme de bulunmadığından tüzel kişilerin bu suç bakımından bir sorumluluğu bulunmamaktadır.

Başkasının ceza çekmesini engelleyen suç üstlenme suçunda (TCK m. 270) ve suçluyu kayırma suçunda (TCK m. 283) şahsi cezasızlık sebebine yer verilirken, hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçunda yer verilmemiştir. Bu nedenle gerçek hükümlü veya tutuklu ile onların yerine kendisini koyan fail arasında üstsoy, altsoy, eş veya kardeş gibi belli bir akrabalık ilişkisinin ya da suç ortaklığının bulunması failin cezalandırılmasına engel teşkil etmeyecektir. Fakat doktrinde haklı olarak, bu suç için böyle bir hükme yer verilmeyerek, nemo tenatur ilkesinin hiçbir şekilde düzenlenmeyişi eleştirilmiştir. Gerekçe olarak, fiilin adil yargılanma ilkesini ihlal ettiği için suç olarak düzenlenmesi yerinde olmakla birlikte, özellikle sıkı akrabalık ilişkisi açısından, bu durumun failin psikolojisini etkileyeceği, insanın doğası gereği bundan etkilenecek suç işleyebileceğinin de göz ardı edilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Organize suçluluk, örgütlü suçluluk bakımından düzenlenmese dahi normal suçlar için bir düzenleme yapılabileceği ve olması gereken hukuk açısından bu yönde fıkra eklenmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>23</sup>.

## 2. Mağdur

Doktrinde bazı yazarlar bu suçun mağdurunun olmadığını, devletin ise suçtan zarar gören olduğunu ifade etmektedir<sup>24</sup>. Kanaatimizce suçun belli bir mağduru olmamakla birlikte, toplumu oluşturan herkes bu suçun mağdurudur.

## 3. Konu

Başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçunun konusu, bazı yazarlara göre, kendisini, bir hükümlünün veya tutuklunun yerine

---

<sup>23</sup> Ünver, s. 589.

<sup>24</sup> Meran, s. 403.



koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kimsedir<sup>25</sup>. Aslında maddede, hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girilmesinden bahsedildiği için suçun konusunun, hükümlü veya tutuklu olduğu da ileri sürülebilir. Fakat bize göre, “girme” hareketinin yöneldiği şey “ceza infaz kurumu” veya “tutukevi” olunca, suçun konusunun “ceza infaz kurumu” veya “tutukevi” olduğu söylenebilir. Ancak suçun oluşabilmesi için hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girilmesi gerekir. Dolayısıyla yerine girilecek hükümlü veya tutuklu bulunmadan ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girilmek istenmesi halinde suçun maddi unsurlarında hata hükümlerine göre sorumluluk tayin edilmelidir. Yerine girilecek hükümlü veya tutuklu var olmasına rağmen mahkeme kararının ya da tutuklama kararının ceza infaz kurumuna, tutukevine ulaşmaması, sistemlerinde gözükmemesi gibi başkaca sebeplerle kuruma kabul edilmemesi halinde teşebbüs kabul edilmelidir.

Kanuni tanıma uygun fiilin gerçekleştiğinin tespit edilebilmesi için kanuni tanımda yer alan kavramlardan ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması bir zorunluluktur. Bu itibarla hükümlü veya tutuklu kavramlarını açıklamaya çalışacağız.

*Hüküm*, yargılama makamının yargılama konusu fiil ve faili hakkında verdiği son karardır<sup>26</sup>. CMK'nın 223. maddesinde hüküm çeşitleri düzenlenmiştir: Beraat, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkumiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi, hükümdür. Hükümlüyü<sup>27</sup> ise kanaatimizce, hakkında mahkeme tarafından CMK'nın 223. maddesindeki belirtilen hüküm çeşitlerinden

<sup>25</sup> Meran, s. 403.

<sup>26</sup> Bkz. Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 759; Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017, s. 786. Nitekim CMK'nın 225/1. maddesinde “*Hüküm, ancak iddianamede unsurları gösterilen suçla ilişkin fiil ve faili hakkında verilir*” denilmektedir. Başka hüküm tanımları için bkz. Balci, Murat: Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013, s. 9 vd.

<sup>27</sup> Hükümlü Osmanlıca Türkçe sözlükte, bir hüküm ve emri bildirilen; mahkemece hüküm giymiş kimse olarak açıklanmaktadır.  
<http://www.osmanlicaturkce.com/?k=h%C3%BCK%C3%BCml%C3%BC&t=%40,24.03,2017>.

birisine karar verilen kişi olarak tanımlamak mümkündür. Bu anlamda örneğin, hakkında mahkumiyet kararı da beraat kararı da verilmiş olan kimse hükümlü olmaktadır. Zaten eskiden mahkumun-leh ve mahkumun-aleyh ayrımı vardı. Lehinde hüküm (karar) verilen de hükümlü idi. Sonradan mahkum terimi sadece mahkumun- aleyh yerine kullanılır oldu. Böylece mahkumiyet, sanığı hükümlü (mahkum) durumuna sokmak olarak ifade edildi<sup>28</sup>. Nitekim doktrinde de hükümlü, hakkında verilen mahkumiyet kararı kesinleşmiş kimse şeklinde tanımlanmaktadır<sup>29</sup>. Peki mahkumiyetten anlaşılması gereken nedir? CMK 223. maddesinin 5. fıkrasında yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, sanık hakkında mahkumiyet kararı verilir denmekte; 6. fıkrasında ise yüklenen suçu işlediğinin sabit olması halinde, belli bir cezaya mahkumiyet yerine veya mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine hükmolunur denmektedir. Bu düzenlemelerde mahkumiyetin neye ilişkin olduğu doğrudan ifade edilmese de 6. fıkradaki “cezaya mahkumiyet” ifadesi sanığın TCK’da ceza olarak öngörülen hapis ve/veya adli para cezasına mahkumiyeti kastettiği anlaşılacaktır. Diğer taraftan ceza hukukunda suç karşılığında uygulanacak yaptırımlar olarak ceza ve güvenlik tedbirlerinin öngörülmesi ve 6. fıkrada da açıkça “mahkumiyetin yanı sıra güvenlik tedbirine” hükmolunmasından bahsetmesi nedeniyle yine mahkumiyetin ceza mahkumiyeti olduğu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla doktrindeki tanıma göre kesinleşmiş hapis cezasına ve/veya adli para cezasına mahkum edilen kişi hükümlü olmaktadır<sup>30</sup>. Bir başka ifadeyle sanık hakkında hapis ve/veya adli para cezası verilmesi durumunda bir mahkumiyet sözkonusu olacakken; güvenlik tedbirine karar verilmesi halinde mahkumiyet olmayacak ve hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen sanık, hükümlü sıfatını alamayacaktır. Hakkında güvenlik tedbiri hükmedilmiş kimseyi hükümlü kavramına açıkça dahil etmeyen bu tanım, kanaatimizce güvenlik tedbirleri ile cezaya

<sup>28</sup> Bkz. Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010, s. 1499, dpn. 18.

<sup>29</sup> Bkz. Ünver, s. 588; Meran, s. 423; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 704; Sancar, Türkan Yalçın/Köprülü, Timuçin: Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2014, s. 541.

<sup>30</sup> Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2019, s. 823-824.

mahkumiyet arasında ayırım yapmayan ve her ikisini de “mahkumiyet” kavramına dahil sayan CMUK’nın 253. maddesindeki düzenlemeden kaynaklanmaktadır. Oysa CMK’nın 223. maddesinde mahkumiyet ve güvenlik tedbirleri ayrı birer hüküm çeşidi olarak öngörülmüştür<sup>31</sup>. Bu itibarla kanaatimizce CMK’nın 223. maddesinde güvenlik tedbirine hükmedilmesi de bir hüküm çeşidi olarak ayrıca düzenlendiği için hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen kişi de hükümlü sıfatını kazanacaktır. Doktrinde ise bazı yazarlar, güvenlik tedbirine hükmedilmesinin de mahkumiyet içerisinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir<sup>32</sup>. Böylelikle bu görüş, hakkında güvenlik tedbirine hükmedileni de hükümlü olarak kabul etmiş olmaktadır. Netice itibarıyla bize göre TCK’nın 291. maddesinin kanuni tanımındaki hükümlü kapsamına hapis cezasına ve/veya adli para cezasına mahkum olanlar ile hakkında güvenlik tedbirine hükmedilenler de girecektir. Bununla birlikte 291. maddede “hükümlü” yerine “ceza infaz kurumuna” girmekten bahsedilmesi ve ceza infaz kurumuna girecek olan hükümlünün de sadece hapis cezasına mahkum olanlar olması nedeniyle bu madde açısından hükümlü kavramından sadece hapis cezasına mahkum olanlar anlaşılmalıdır. Hapis cezasına mahkumiyet, TCK’da ya da özel ceza kanunlarında veya ceza hükmü içeren kanunlarda düzenlenen suçlardan kaynaklanabilir.

Burada hakkında disiplin ve tazyik hapsine karar verilenlerin hükümlü sayılıp sayılamayacakları da ele alınmalıdır. Bir diğer ifade ile hakkında disiplin ve

---

<sup>31</sup> **Turhan**, Faruk: “Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, Erzincan Üniversitesi HFD, C. 11, 2007/1-2, s. 63. Güvenlik tedbirine hükmedilmesinin mahkumiyet kapsamından çıkarılması, kanaatimizce mahkumiyet hükmünden daha çok bir cezalandırılmanın anlaşılması ve dolayısıyla işlenen fiil nedeniyle fail hakkındaki bir kınama yargısını yansıtmaması, güvenlik tedbiri hükmünde ise kınama yargısının bulunmamasıdır.

<sup>32</sup> **Yenisey**, Feridun: Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanun Yolları, 2. Baskı, İstanbul 1990, s. 161; **Doğan**, Koray: “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, CHD, Yıl 3, Ağustos 2008/7, s. 190. Nitekim CMK m. 325/1’de “Cezaya veya güvenlik tedbirine mahkum edilmesi halinde, bütün yargılamaya giderleri sanığa yükletilir” denilmekte ve güvenlik tedbirini mahkumiyet olarak ifade etmektedir.

tazyik hapsi uygulanan kişilerin yerine ceza infaz kurumuna girilmesi bu suç oluşturacak mıdır? Doktrinde bu konuya ilişkin bir açıklamaya rastlanılmamasına karşın, Yargıtay'ın bir kararında mal beyanında bulunmama suçu nedeniyle ağabeyi hakkında hükmolunan cezanın infazı amacıyla ceza infaz kurumuna girmenin TCK'nın 291. maddesindeki suçu oluşturacağı belirtilmiştir<sup>33</sup>. Ancak kanaatimizce hakkında disiplin ve tazyik hapsine karar verilenlerin yerine ceza infaz kurumuna girilmesi TCK'nın 291. maddesindeki suçu oluşturmamalıdır. Çünkü maddede kullanılan "hükümlü", "tutuklu", "ceza infaz kurumu" ve "tutukevi" kavramları bir suçun işlenmesinden sonra sözkonusu olabilen teknik kavramlardır. Oysa mevzuatımızda birçok yerde düzenlenmiş bulunan (örneğin, İİK m. 331 vd; CMK m. 60, 71, 124) disiplin hapsi ve tazyik hapsi gerektiren fiiller, haksızlık teşkil eden fiiller olmakla birlikte suç değildirler<sup>34</sup> ve bu fiiller karşılığında öngörülen hapis de suç karşılığında uygulanan hapis cezası değildir<sup>35</sup>. Disiplin hapsi ve tazyik hapsi bir disiplin cezasıdır<sup>36</sup>. Bu nedenle de disiplin hapsi ve tazyik hapsi yaptırımı tayin

<sup>33</sup> "Sanığın, mal beyanında bulunmama suçu nedeniyle ağabeyi hakkında hükmolunan cezanın infazı amacıyla, kendisini ağabeyi gibi tanıtıp ceza infaz kurumuna girip, çıkmaktan ibaret eyleminin TCK'nın 291. maddesinde düzenlenen "Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme" suçunu oluşturduğu, hukuki durumunun buna göre tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden suç vasfında yamılgıya düşülebilecek yazılı şekilde (suç üstlenme) hüküm kurulması kanuna aykırıdır", Y9CD, 8.5.2014, E. 2013/9285, K. 2014/5694, <http://www.kazanci.com/khoz/ibb/files/gcd-2013-9285.htm>

<sup>34</sup> Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 164; Özen, Mustafa: "İflasın Ertelenmesi Sürecinde Atanan Kayyımın Cezai ve Hukuki Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, Mart 2015/103, s. 89; Doktrinde bazı yazarlar ceza hukuku anlamında bir suç işlemeksizin hukuki nedenlerle ceza infaz kurumunda tutulma olarak ifade etmektedir. Bkz. Demirbaş, Timur: İnfaz Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 444 vd.

<sup>35</sup> Zafer, Genel Hükümler, s. 164; Nitekim Anayasa Mahkemesi de 6284 sayılı Kanununun 13. maddesinin anayasaya aykırılığı iddiasıyla baktığı bir davada, "zorlama hapsi, bir suç karşılığı uygulanan ceza değildir. Zorlama hapsi, hukuki niteliği itibarıyla tedbir kararına uyma yükümlülüğünü yerine getirmeye zorlayan ve bu yükümlülüğün ihlali halinde öngörülen bir disiplin hapsidir. Bu nedenle zorlama hapsi, bir hapis cezası (değildir)", demiştir. Bkz. AMK, 28.11.2013, E. 2013/119, K. 2013/141, (RG: 27 Mart 2014/28954); YCGK, 14.11.2006, 2006/16.HD-220 E., 2006/231 K., <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, 4.06.2016.

<sup>36</sup> Özgenç, s. 810; Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 566; Doktrinde bazı yazarlar disiplin veya tazyik hapsinin disiplin cezası da olmadığını, kendine özgü bir yaptırım türü olduğu ifade etmektedir (Özen, s. 89). Doktrinde bazı yazarlar ise disiplin hapsini özel tutuklama başlığı altında

edilen kararlar CMK 223 maddesinde belirtilen hüküm niteliğinde değildir<sup>37</sup>. Dolayısıyla her ne kadar Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzüğü'nün 193. maddesi gereğince disiplin ve tazyik hapislerinin infazı ceza infaz kurumunda infaz ediliyor olsa da hakkında disiplin hapsi ya da tazyik hapsine karar verilenler "hükümlü" sayılmayacakları<sup>38</sup> için onların yerine ceza infaz kurumuna girilmesi bu suçu oluşturmayacaktır.

Bu çerçevede adli para cezasıyla ilgili bir hususa açıklık getirilmelidir. Çünkü yukarıda da açıklandığı gibi adli para cezasına mahkum olan sanık, hükümlü sıfatı kazanmaktadır. Adli para cezasının ödenmemesi durumunda ise hükümlü hakkında kamuya yararlı işte çalıştırılmasına karar verilmekte ve bu yükümlülüğü aykırı davranılması halinde ise çalıştığı günler hapis cezasından mahsup edilerek kalan cezası infaz kurumunda yerine getirilmektedir (CGTİHK m. 106/3). Dolayısıyla hakkındaki adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle ceza infaz kurumuna giren ya da girecek olan hükümlünün yerine bir başkasının girmesi bu suçu oluşturacak mıdır? Kanuni tanıma bakıldığında hükümlülük şartı ve ceza infaz kurumuna girme gerçekleşmiş gibi gözükmektedir. Fakat CGTİHK'nun 106. maddesi gereğince ödenmeyen kısma karşılık gelen gün miktarınca Cumhuriyet savcısının kararıyla hükümlünün hapsedilmesine karşın, bu hapis, bir ceza olarak hapis cezası değildir; disiplin, tazyik hapsi niteliğindedir<sup>39</sup>. Kaldı ki Adli Sicil Kanunu m. 4/1-c 3, 4'de<sup>40</sup> de

---

incelemektedirler. Bkz. **Kunter/Yenisey/Nuhoğlu**, s. 966-967; **Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 373-374; **Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Ceza Muhakemesi Hukuku**, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 285; Bazı yazarlar ise disiplin hapsinin genel tutuklama kararına tabi olmaması nedeniyle özel tutuklama olarak ifade edilmesine karşın özel tutuklama olarak değil, kanundaki gibi disiplin hapsi nitelendirilmesi gerekir demektedir. **Ünver, Yener/Hakeri, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku**, 16. Baskı, Ankara 2019, s. 379; Bazı yazarlar ise tutuklamaya benzer haller kapsamında ele almaktadır. Bkz. **İnci, Z. Özen: Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama**, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 174 vd.

<sup>37</sup> YCGK, 14.11.2006, 2006/16.HD-220 E., 2006/231 K., <http://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, 4.06.2016.

<sup>38</sup> Bu itibarla İnfaz Tüzüğü'nün 193. maddesinde, hakkında disiplin ve tazyik hapsine karar verilenler için "hükümlü" kavramının kullanılmış olması da kanaatimizce doğru olmamıştır.

<sup>39</sup> **Özgenç**, s. 848; **Akbulut, Berrin: Ceza Hukuku Genel Hükümler**, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 875.

tazyik hapsi olduğu ifade edilmektedir. Bu itibarla yukarıda tazyik hapsi ile ilgili açıklamalar adli para cezasının ödenmemesi nedeniyle verilen hapis kararı açısından da geçerli olacak ve onun yerine ceza infaz kurumuna girilmesiyle de bu suç işlenmiş olmayacaktır. O ana kadar ki fiillere bakılarak örneğin, belgede sahtecilik gibi suç varsa ondan sorumluluk tayin edilecektir. Hakkında disiplin ve tazyik hapsi verilen kişilerin yerine ceza infaz kurumuna girilmesi de cezalandırılmak isteniyorsa kanunilik ilkesi gereğince açıkça kanunda düzenlenmesi gerekmektedir. Nitekim hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar hakkında hükümlü veya tutuklunun kaçması suçunun oluşabilmesi açısından kanunkoyucu *“Bu maddede yazılı hükümler...hapis cezası adli para cezasından çevrilmiş olanlar hakkında da uygulanır”* diyerek ayrıca ve açıkça belirleme yapmıştır.

*Tutuklama* suç işlediğine dair hakkında kuvvetli şüphe bulunan kişinin özgürlüğünün kesin hükümden önce hakim kararı ile geçici olarak kaldırılmasıdır<sup>40</sup>. Bu itibarla bir suçtan dolayı hakim kararıyla özgürlüğü kısıtlanan ve tutukevine konulan kişi tutuklu olmaktadır. Ancak yukarıda ifade edildiği gibi sanığın hükümlü sıfatını alabilmesi için hakkındaki mahkumiyet hükmünün kesinleşmesi gerekmele birlikte, tutuklama kararı bakımından kesinleşme aranmaz. Çünkü tutuklama kararına karşı gidilecek olan itiraz kanunyolu tutuklama kararının infazını engellemez<sup>42</sup>. Tutuklama kararı soruşturma veya kovuşturma aşamasında verilmiş olabilir. Hatta hükümlü birlikte verilen tutuklama kararı (hüküm özlülük-hükmen

<sup>40</sup> Adli Sicil Kanunu Adli sicile kaydedilecek bilgiler başlıklı 4/1-c 3, 4: “(1) Türk mahkemeleri tarafından vatandaş veya yabancı hakkında verilmiş ve kesinleşmiş mahkumiyet hükümleri adli sicile kaydedilir. Bu bağlamda; ...c) Adli para cezası ile ilgili olarak;... 3. Adli para cezasının tazyik hapsi suretiyle kısmen veya tamamen infaz edildiği hususu, 4. Adli para cezasının tazyik hapsinden sonra kalan kısmının ödenmek suretiyle infaz edildiği hususu...”

<sup>41</sup> Bkz. Şahin, Cumhuriyet/Göktürk, Neslihan: Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 10. Baskı, Ankara 2019, s. 296; Centel/Zafer, s. 374; Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efser/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2019, s. 461; Ünver/Hakeri, s. 354; Turhan, Faruk: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 219-220.

<sup>42</sup> Ünver, s. 589; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536.

tutukluluk) da ortada kesinleşmiş bir hüküm olmadığı için tutuklama kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.

Devletin hakimiyeti ilkesi gereğince ancak ulusal mahkemelerden verilen kararlarla hükümlü veya tutuklu olanlar bakımından bu suç işlenebilir<sup>43</sup>. Yabancı mahkemeler tarafından verilen tutuklama kararlarının veya mahkumiyet hükümlerinin doğrudan Türkiye’de yerine getirilmesi mümkün değildir<sup>44</sup>. Ancak “hükümlü” bakımından yabancı mahkemelerce verilen mahkumiyet hükümlerinin Türkiye’de hangi şartlarda infaz edilebileceği 23.4.2016 tarihli 6706 sayılı Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanunu’nun<sup>45</sup> “İnfazın Devri” başlıklı beşinci bölümünde (m. 26-29) ve “Hükümlü Nakli” başlıklı altıncı bölümünde (m. 30-33) düzenlenmiştir. Aslında iki durumda da hakkında yabancı mahkemelerce kesinleşmiş mahkumiyet hükmü bulunan hükümlü vardır. Fakat “infazın devri”nde, bu hükümlü infazın devredileceği ülkede bulunmaktadır. “Hükümlü nakli”nde ise hükümlü, kararın verildiği ülkede ceza infaz kurumundadır. 6706 sayılı Kanun’da infazın devri otomatik olmamakta, bunun için Türk mahkemeleri tarafından yabancı mahkeme hükümlerinin Türk hukukuna göre uyarlanması yapılması aranmaktadır. Adı geçen kanununun 26/5. maddesinde yabancı mahkeme hükümlerinin Ankara ağır ceza mahkemesinde uyarlanmasının yapılması

<sup>43</sup> Bkz. Schönke, Adolf/Schöreder, Horst, (S/S-Stree/Hecker): Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neu bearbeitete Auflage München 2014, § 258, kn. 25; Leipziger Kommentar, (LK/Walter), Strafgesetzbuch, Band 8 §§ 242-262, 12. Neu bearbeitete Auflage, Berlin/New York, 2010, § 258, 38; Nomos Kommentar, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhein, Strafgesetzbuch, Band 3, §§ 232-358, 4. Auflage, Baden-Baden 2013, § 258 kn. 61.

<sup>44</sup> Bkz. Akbulut, s. 181-182.

<sup>45</sup> Bkz. RG. 5.5.2016, Sayı: 29703; Adı geçen kanununun 36. maddesi gereğince – “(1) Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla; a) 1/3/1977 tarihli ve 2080 sayılı Ceza Kovuşturmalarının Aktarılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi’nin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanununun 3 üncü maddesi, b) 1/3/1977 tarihli ve 2081 sayılı Ceza Yargılarının Milletlerarası Değeri Konusunda Avrupa Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygulanması Hakkında Kanununun 4 üncü maddesinin birinci ve üçüncü fıkraları ile 5 inci maddesi, c) 8/5/1984 tarihli ve 3002 sayılı Türk Vatandaşları Hakkında Yabancı Ülke Mahkemelerinden ve Yabancılar Hakkında Türk Mahkemelerinden Verilen Ceza Mahkumiyetlerinin İnfazına Dair Kanun, ç) 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 18 inci maddesi, yürürlükten kaldırılmıştır.”

öngörülmektedir. Dolayısıyla sonuç olarak uyarlama yargılaması yapıldıktan sonra artık ortada Türk mahkemelerinden verilmiş bir hüküm ve hükümlü bulunacağı için hükümlü yerine bir başkasının teslim olması halinde de bu suçun işlendiğini kabul etmek gerekir. Hükümlü naklinde ise 6706 sayılı Kanun'da infazın devrinde olduğu gibi açıkça Türk mahkemelerince uyarlama yapılması öngörülmemiştir. Kanundaki bu düzenlemelerden Hükümlülerin Nakline Dair Avrupa Sözleşmesinin 10. maddesindeki usul esas alınarak yabancı devlet mahkemelerince verilen mahkumiyet kararlarının uyarlama kararı verilmeden Türkiye'de aynen infaz edilmesi usulünün kabul edildiği anlaşılmaktadır. 6706 sayılı Kanun'un getirdiği önemli yeniliklerden bir diğeri de Türk vatandaşlarının yabancı bir devlete nakline izin vermiş olmasıdır<sup>46</sup>.

Uluslararası adli işbirliği kapsamında "tutukluluk" haline değinilecek olursa; 6706 sayılı kanunda birçok durum için tutuklama öngörülmüştür. Suçluların İadesine Dair Avrupa Sözleşmesi'ne (m. 16) uygun olarak 6706 sayılı kanunun 14. maddesinde iade kurumu açısından geçici tutuklama<sup>47</sup> düzenlenmiştir<sup>48</sup>. Yine aynı kanunun 21/3. maddesinde Türkiye'den yapılacak transit geçişlerle ilgili olarak ve ayrıca 24/6. maddesinde soruşturma veya kovuşturmanın yabancı devlete devredilmesi ile ilgili olarak gerektiğinde geçici tutuklama tedbiri öngörülmüştür. Geçici tutuklamadan başka iade konusunda 16. maddede CMK hükümlerine göre tutuklama verilmesi de düzenlenmiştir. Türkiye'nin yabancı ülkeden iade talep etmesine ilişkin olarak da 22. maddede mevcut bir tutuklama kararının bulunmasını aramıştır. Bu tutuklama kararı, CMK'ya göre aslında vicahi verilmesi gereken

<sup>46</sup> Bkz. **Turhan**, Faruk: "6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme", Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 3078- 3079.

<sup>47</sup> Geçici tutuklama doktrinde tutuklamaya benzer hal (**İnci**, s. 177), özel tutuklama hali (**Centel**, Nur: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul 1992, s. 171; **Özbek/Doğan/Bacaksız**, s. 285; **İnci**, s. 178; **Yenisey/Nuhoğlu**, s. 375) olarak değerlendirilmektedir.

<sup>48</sup> 6706 sayılı Kanuna göre iadenin kabul edilebilirlik koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Turhan**, Faruk: "Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme", Süleyman Demirel Üniversitesi HFD, Cilt: 8, Sayı 2, Yıl 2018, s. 1-87.



tutuklama kararının bir istisnası olarak, SİDAS'ın iade talebinin yapılması için aradığı tutuklama kararı şartını yerine getirmek bakımından öngörülen gıyabı tutuklama kararıdır. İade sürecindeki tutuklamalarda da bir suçtan dolayı kişi hakkında kuvvetli şüphe bulunması ve hakim tarafından karar verilmesi nedeniyle m. 291'deki tutuklu kapsamında değerlendirmeli ve bu tutuklunun yerine tutukevine girilmesi halinde suçun oluşacağı ifade edilmelidir.

5271 sayılı CMK'ya göre tutuklama kararının verilebilmesi için kural olarak şüpheli veya sanığın huzurda/hazır bulunması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle artık hazır bulunmayan şüpheli veya sanık hakkında gıyabında/yokluğunda istisna(lar) dışında tutuklama kararı verilemeyecektir<sup>49</sup>. CMK hükümlerine göre ancak kaçak olan şüpheli veya sanık hakkında gıyabında tutuklama kararı verilebilecektir (CMK m. 248/5; CMK Yürürlük Kanunu m. 5). Bu gıyapta tutuklama kararı da aslında iade kurumunun işletilebilmesi amacıyla kabul edilmiştir<sup>50</sup>. Bununla birlikte doktrinde, bazı yazarlar tarafından CMK'nın 271/4. maddesindeki "*Merciin, itiraz üzerine verdiği kararlar kesindir; ancak ilk defa merci tarafından verilen tutuklama kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir.*" şeklindeki düzenlemenin de gıyapta tutuklama kararı olduğu ileri sürülmektedir. Bu yazarlara göre, tutuklama talebinin reddedilmesi üzerine şüpheli veya sanığın salıverilmesi ve itiraz incelemesinin de dosya üzerinden yapılması nedeniyle itiraz üzerine verilen tutuklama kararı gıyapta olacaktır<sup>51</sup>. Diğer bazı yazarlara göre ise CMK'da gıyapta tutuklama kaldırıldığı için merciin verdiği bu karar, bir tutuklama kararı değil, şüpheli veya sanığın tutuklanması gerektiği yolundaki bir karardır ve ancak yakalama emri düzenlenmesi biçiminde olabilecektir<sup>52</sup>. Dolayısıyla CMK'nın 271/4.

<sup>49</sup> Yenisey/Nuhoğlu, s. 366; Centel/Zafer, s. 375, 385; Öztürk/Tezcan/Erdem vd., s. 463-464; Şahin/Göktürk, s. 301; Ünver/Hakeri, s. 366; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 282; Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer: Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016, s. 336.

<sup>50</sup> Şahin/Göktürk, s. 305.

<sup>51</sup> Centel/Zafer, s. 385; Öztürk/Tezcan/Erdem vd., s. 464.

<sup>52</sup> Şahin/Göktürk, s. 306; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 1011-102; İtiraz mercii tarafından gıyapta tutuklama kararı verilemeyeceğine ilişkin bkz. Ünver/Hakeri, s. 366.

maddesindeki düzenlemeyi gıyapta tutuklama kararı kabul edenler açısından tutukluluk halinden bahsedilebilecek ve tutuklunun yerine kendini koyanda bu suçun işlemiş olacaktır. Aksi görüşe görüş esas alınrsa, gıyapta bir tutuklama kararı bulunmadığı için tutukluluk hali de sözkonusu olmayacaktır.

6771 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun 17. maddesi ile 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyet Anayasasına eklenen geçici 21 inci maddesinin (E) fıkrası “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır.” Kaldırılmadan önceki askeri mahkemelerce mahkum olmuş hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girilmesi askeri mahkemelerce hakkında tutuklama kararı verilen tutuklunun yerine tutukevine girilmesi halinde de TCK m. 291’deki suç oluşurdu<sup>53</sup>.

Hükümlünün mahkum olduğu ceza, örneğin ceza zamanaşımına uğramışsa, genel affa uğramışsa, özel af ile hapis cezasının infaz kurumunda çektirilmesine son verilmişse ya da adli para cezasına dönüştürülmüşse veya ferdi özel affa uğramışsa ceza infaz kurumunda cezanın çekilmesi sözkonusu olmayacağı<sup>54</sup> için suç da işlenemeyecektir. Yine örneğin, hüküm hakkında olağanüstü kanun yolu olan yargılamanın yenilenmesine başvurulması halinde kural olarak hükümlünün cezasının infazı devam eder, ancak mahkeme infazın geri bırakılmasına veya durdurulmasına karar verebilir (CMK m. 312). İnfazın geri bırakılması veya durdurulması halinde hükümlü serbest bırakılmış olacağı için yerine geçilmesi de sözkonusu olamayacaktır.

Diğer taraftan hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girerek cezanın infazının tamamlanmasına rağmen, bir başkasının aynı hükmün infazı için ceza infaz kurumuna girmek istemesi ve gerçeğin de tespit edilmesi halinde ortada

<sup>53</sup> Nitekim Yargıtay, ilk derece mahkemesi tarafından verilen sanığın, ağabeyi hakkında emre itaatsizlik suçundan dolayı askeri mahkeme tarafından hükmedilen 25 günlük hapis cezasını kendisini ağabeyi gibi tanıtarak onun yerine çekmesi nedeniyle TCK’nın 291/1. maddesinden cezalandırılmasına ilişkin kararını aynen onaylamıştır. Y16CD, 08.06.2015, 2015/731, 2015/1739 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>54</sup> Bkz. LK/Walter, § 258, kn. 39; NK-StGB-Bearbeiter, § 258, kn. 61; Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 235-236.

hükmün gerçek bir infazından bahsedilemeyeceği için sonradan giren kişi açısından da bu suçun oluştuğu kabul edilmelidir.

Maddede açıkça hükümlü ile tutukludan ve ceza infaz kurumu ile tutukevinden bahsettiği için gözaltındaki ya da gözlem altındaki kişinin yerine girmek ya da hakkında yakalama kararı bulunan kişinin yerine teslim olmak ve nezarethaneye girmek bu suçun oluşturmayacaktır.

Burada şöyle bir ihtimalden de bahsedilebilir: Hakkında kesinleşmiş mahkumiyet kararı bulunan hükümlü gerçekte suç işlememiş, fakat muhakeme sonucunda mahkum olmuş olabilir. Örneğin gerçekte suç işleyen kişinin, bir başkasını itham etmesi veya o kişinin isteyerek suçu üstlenmesi sonucu ya da gerçek suçlunun bir başkasını suç üstlenmeye azmettirmesi sonucu, bir başkası mahkum edilmiş olabilir. Gerçekte suçu işleyen kişi ise bu sonuçtan duyduğu vicdan azabı nedeniyle kendisi hükümlünün yerine geçerek ceza infaz kurumuna girmiş olabilir. Ceza infaz kurumuna gerçek suçlu girmiş olmasına karşın fail, TCK'nın 291. maddesindeki suçu işlemiş olacaktır. Aynı durum tutuklama kararı bakımından da sözkonusudur. Önemli olan hukuken geçerli ve infaz kabiliyeti bulunan bir hüküm veya tutuklama kararının varlığıdır. Hükmün doğruluğu veya tutuklama kararının yerindeliği suçun oluşması açısından önemli değildir.

Bununla birlikte gerçekte suç işlemiş olan kişi, kimliği hakkında yalan beyanda bulunarak başkasının kimlik veya kimlik bilgilerini kullanmak suretiyle, verdiği bir başkasının adıyla yargılanıp mahkum olması ve ceza infaz kurumuna girmesi halinde TCK'nın 291. maddesindeki başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçu oluşmayacaktır. Çünkü önemli olan hakkında hüküm verilen kişinin bizatihi kendisidir. Burada hüküm, her ne kadar bir başkasının adı kullanılmış olsa da gerçekten yargılanan kişi hakkında verilmiştir. Oysa inceleme konumuz olan suçun oluşabilmesi için failin kendisini, daha önce hakkında verilmiş bir hüküm bulunan kişinin yerine ceza infaz kurumuna girmesi gerekmektedir. Fakat verdiğimiz ihtimalde daha önce hakkında hüküm verilmiş bir başkası yerine ceza infaz kurumuna girilmemiştir. Bu kişinin başkasının kimliğini kullanmış olması

başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçuna neden olmaz<sup>55</sup>. Ancak kullanılan kimliğin sahte veya gerçek başka bir kişiye ait olmasına göre resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu (TCK m. 206) veya başkasının kimlik ya da kimlik bilgilerini kullanma suçundan (TCK m. 268) ve Kabahatler Kanunundaki kimliği bildirmeme kabahatinden (m. 40) sorumluluk gündeme gelebilecektir<sup>56</sup>.

#### 4. Hareket

TCK 291. maddede suçun hareket unsuru, kişinin kendisini, hükümlü veya tutuklunun *yerine koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmek* şeklinde gösterilmiştir. Buna göre, suçun oluşumu bakımından iki hareketin yapılması gerekmektedir. İlk hareket failin, kendisini gerçek hükümlü veya tutuklunun yerine koyması, kendisini gerçek hükümlü veya tutuklu gibi göstermesidir. Bu hareket herhangi bir şekilde gerçekleştirilebilir<sup>57</sup>. Örneğin sahte nüfus cüzdanı yapılarak ya da saç, sakal, kılık kıyafet değiştirmek suretiyle veya estetik operasyonla kendisini gerçek hükümlü veya tutukluya benzetererek veyahut da bunlara gerek kalmaksızın tek yumurta ikizinin kendisini gerçek hükümlü veya tutuklu olan diğer ikizi yerine koyarak da bu hareket unsuru gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla kişinin kendisinin *hükümlü ya da tutuklunun yerine koyma hareketi* serbest hareketli olmaktadır.

İkinci hareket ise failin, ceza infaz kurumuna veya tutukevine *girmesidir*. Kanuni tanımda failin ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi, kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koymak suretiyle gerçekleştirilmesinden bahsedildiği için suç, bağlı hareketli bir suçtur<sup>58</sup>. Dolayısıyla suçun oluşumu için failin, kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi gerekmektedir. Yoksa madde, kişilerin sadece ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesini cezalandırma amacını taşımamakta, hükümlü ya da tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesini

<sup>55</sup> Aynı yönde Yargıtay kararı için bkz. Y9CD, 08.05.2014, 2014/359, 2014/6183 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>56</sup> Bkz. Yokuş Sevil, Yalan Beyan, s. 145; Ünver, s. 150 vd.

<sup>57</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8535.

<sup>58</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8535.

cezalandırmaktadır. Örneğin kişinin hapisteki kan davasını öldürmek için girmesi, ziyarete izni olmamasına rağmen ziyaret için girmesi gibi her hangi bir nedenle gizlice ceza infaz kurumuna girmiş olması bu madde kapsamında bir fiil olmayacaktır<sup>59</sup>. Hatta kişinin görevlilerle hiç muhatap olmadan gizlice ceza infaz

<sup>59</sup> Bununla birlikte kişinin ceza infaz kurumlarına ya da tutukevlerine izinsiz girmesini açıkça cezalandıran bir hüküm de bulunmamaktadır. Ancak buralara izinsiz girmenin TCK m. 116'daki konut dokunulmazlığını ihlal suçunu oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilebilir. Nitekim ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin konut sayılıp sayılmayacağı doktrin ve Yargıtay kararlarında tartışılmıştır. Doktrinde ceza infaz kurumlarındaki hükümlüler ile tutukevlerindeki tutukuların buralarda kalmaları, tasarrufta bulunmaları hür iradelerine bağlı olmadığı, konut dokunulmazlığı suçunun amacı olan konuttaki kişilerin kişisel hürriyetlerini koruma amacının esasen hürriyetleri kısıtlanmış olan ve buralarda kalmaya mecbur tutulan bu kişiler bakımından gerçekleşmeyeceğinden ceza infaz kurumları ve tutukevlerinin hükümlüler ile tutukuların konutu olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir (Bu görüş için bkz. Şensoy, Naci: "Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü", İHFM, C. 11, 1945/3-4, s. 92; Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018, s. 402; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2019, s. 558; Artuk, M. Emin/Yenidünya, A. Caner: "Yeni Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu (m.116)", Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, Ekim 2005/6-7, s. 121; Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019, s. 442; Okuyucu Ergün, Güneş: 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığı İhlal Suçu, Ankara 2010, s. 47-48). Buna karşın ceza infaz kurumlarında veya tutukevlerinde çalışanlara ait resmi daire olmayan bağımsız özel odalarının konut sayılabileceği kabul edilmiştir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler s. 402; Artuk/Yenidünya, s. 121). Yargıtay da 765 sayılı TCK döneminde verdiği bazı kararlarında "mağdurun yatmakta olduğu hapis hane koşulu, kapısı kapandıktan sonra cezaevi içinde yatanların meskeni mahiyetini olacağından geceleyin rıza hilafına buraya girmek 193'üncü maddenin ikinci fıkrasına giren suçu teşkil eder" demiş (Y4CD, 13.5.1948, 5646/5364; YCGK, 6.3.1961, 4-1/1, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401); diğer bir kararında ise "şahsi hürriyeti esasen tehdit edilmiş bulunan mağdurenin rıza ve muvafakati mevzubahis olamayacağı gibi cezaevinin, hususi durumuna göre mesken addi de mümkün olmadığından, anasını tekevün etmeyen mesken masuniyeti ihlal suçundan ceza verilmesi..." diyerek aksi yönde karar vermiştir (Y4CD, 3.10.1960, 7512/8357, Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401).

Konut olarak kullanılan kısımlar hariç resmi daireler konut sayılmazlar (bkz. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401; Artuk/Yenidünya, s. 119; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 558; Okuyucu Ergün, s. 46-47, 55). 5237 sayılı TCK m. 116'da da korunan yerler arasında açıkça resmi dairelerden bahsedilmemiştir (Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401; Artuk/Yenidünya, s. 120). Bununla birlikte TCK'nın 116/2. maddesiyle açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olmayan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentilerinin konut dokunulmazlığı kapsamına dahil edilmesi ve işyerlerinin de resmi veya özel olması arasında fark

kurumuna girip hükümlünün yerine geçmesi durumunda, görevlilere kendisini, yerine geçtiği hükümlü gibi tanıtmadığı sürece bu suç oluşmayacaktır. Çünkü kendisini hükümlü ya da tutuklu yerine koymadan ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmiştir. Bununla birlikte hükümlünün kaçmasına imkan sağlama suçunun (TCK m. 294/2) oluşacağı ifade edilmelidir.

Kanuni tanıma uygun haksızlığın gerçekleşebilmesi için gerçek hükümlü veya tutuklunun yerine kendini koymak ve ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmek şeklinde birbirine bağlı iki harekete yer verildiği için suç, aynı zamanda çok hareketli bir suçtur<sup>60</sup>. Çünkü iki ayrı iradi hareketle suç işlenebilecektir. Failin hükümlü veya tutuklunun yerine kendini koyma iradi hareketi ve ayrı bir iradi kararla ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme hareketi gerekecektir. Bu iki ayrı iradi hareketin icrasıyla ancak kanuni tanıma uygunluk gerçekleşeceği için bu birden fazla hareketler tipik hareket tekliği içinde değerlendirilecektir. Ancak iki hareket arasında bağlantı olması da aranmalıdır.

Kanuni tanımda birden fazla hareket öngörülmüş olmakla birlikte, ayrıca *neticeye yer verilmemiştir*. Bu nedenle suç, sırf hareket suçudur. Dolayısıyla kişinin kendisini hükümlü veya tutuklunun yerine koyarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesiyle suç oluşacaktır. Maddede bir zarar tehlikesinin gerçekleşmesinden bahsedilmediği için suç, soyut tehlike suçu olmaktadır<sup>61</sup>.

Maddeye hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girmenin yanında tutuklunun yerine tutukevine girilmesinin eklenmesiyle oluşan kanuni tanımdaki bu

---

olmaması (Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 561; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401) nedeniyle açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutlak olmayan resmi daireler işyeri dokunulmazlığı kapsamında değerlendirilebilecektir (Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 562; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 401; Okuyucu Ergün, s. 55). Bu itibarla kanaatimizce açık bir rıza bağlı olarak girilebilen bir işyeri olarak ceza infaz kurumları veya tutukevlerine rıza hilafına, izinsiz girilmesi TCK m. 116/2 kapsamında işyeri dokunulmazlığı ihlalinin oluşturacaktır (Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 445).

<sup>60</sup> Nitekim doktrinde çok hareketli suçların aynı zamanda bağlı hareketli suçlar olduğu ifade edilmektedir, Zafer, Genel Hükümler, s. 237.

<sup>61</sup> Ünver, s. 590.

durum için doktrinde “seçenek davranış” ifadesi kullanıldığı gibi<sup>62</sup>, suçun “seçimlik bir ihlal biçimi” ve “seçimlik unsurlu bir suç” olduğu ifadeleri kullanılmıştır<sup>63</sup>. Kanaatimizce seçimlik hareketli bir suç sözkonusu değildir. Çünkü kanuni tanımda TCK’nın 151. maddesindeki mala zarar verme suçunda olduğu gibi “yıkma, tahrip etme, yok etme, bozma, kullanılamaz hale getirme veya kirletme” gibi birden fazla seçimlik harekete yer verilmemiştir. Suçun hareketi birbirine bağlı olarak gerçekleşen hükümlü veya tutuklunun *yerine koyarak* ceza infaz kurumuna ya da tutukevine *girmek*dir. Maddede seçimlik olacak başkaca bir hareket bulunmamaktadır. Kaldı ki seçimlik hareketli bir suçtan bahsedilebilmesi için seçimlik hareketlerin aynı konu üzerinde gerçekleşmesi gerekmektedir. Eğer konuları farklı ise ayrı ayrı suçlar sözkonusu olur<sup>64</sup>. İnceleme konumuzu oluşturan suçun kanuni tanımında ise hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girilmesinde veya tutuklunun yerine tutukevine girilmesinde suçun konuları farklıdır. Birinde ceza infaz kurumu, diğesinde ise tutukevi suçun konusunu oluşturmaktadır. İki farklı konu bulunması nedeniyle bize göre maddede aynı hareketlerle farklı kurumlara girmekle işlenen seçimlik konulu suç bulunmaktadır. Bunlar, hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girme ve tutuklunun yerine tutukevine girmez.

Suçun kesintisiz suç olma ihtimali üzerinde de duracak olursak; yukarıda açıklandığı gibi suç, failin ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesiyle tamamlanmaktadır. Fakat kanaatimizce suç, kişinin cezaevinde kaldığı sürece de ihmali davranışıyla işlenmeye devam etmektedir<sup>65</sup>. Çünkü fail, gerçeği söyleyerek bu

<sup>62</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8535.

<sup>63</sup> Ünver, s. 589, 590.

<sup>64</sup> Özgenç, s. 186; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 122-123; Akbulut, Genel Hükümler, s. 276.

<sup>65</sup> Nitekim doktrinde kesintisiz suçlarla ilgili olarak; icrai hareketle başlanan suçun ihmali hareketle devam ettirilebileceği belirtilmektedir (Bkz. Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Bası, İstanbul 1992, s. 72; Özgenç, s. 189; Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 270; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 125; Zafer, Genel Hükümler, s. 248; Akbulut, Genel Hükümler, s. 279). Bu duruma örnek olarak bir kimsenin konutuna rızasına aykırı olarak giren kişinin orada bulunduğu sürece konut dokunulmazlığı suçunu işlemeye devam etmesi gösterilmektedir. (Özgenç, s. 189; Artuk/Gökcan/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 270, s. 249; Heinrich, Bernd: Ceza Hukuku Genel

durumu sonlandırabilecektir. Keza gerçek hükümlünün veya tutuklunun ortaya çıkması/çıkarılması ile ya da bir başkasının olayı ihbar etmesi gibi başkaca şekilde suçun işlenmesi kesintiye uğrayabilecektir. Bu bakımından suç, tamamlanmış bir suç şeklinde işlenmeye devam ettiği için kesintisiz bir suç olarak değerlendirilebilecektir<sup>66</sup>. Kaldı ki kesintisiz suç olarak kabul edilmediği takdirde failin ceza infaz kurumunda kaldığı süre içinde dava zamanaşımının dolması gibi bir ihtimal de ortaya çıkabilecektir. Kesintisiz suç olarak kabulü halinde suçun işlendiği zaman, kesintinin meydana geldiği andır ve bu anda yürürlükte bulunan kanun uygulanacaktır.

Bu suç esas olarak icrai bir davranışla işlenebilen suç mahiyetindedir. Çünkü maddede failin, kendisini hükümlü veya tutuklu yerine koyarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesinden bahsedildiği için ancak icrai bir davranışla işlenebilir. Bununla birlikte kesintisiz olduğunu kabul ettiğimiz için failin icrası ihmali bir davranışla devam etmektedir. Fail gerçeği söylemeyerek, ihmali davranarak suçun ihmali bir şekilde devamını sağlamaktadır. Gerçekleşmesi zor gözüксе de örneğin, gerçek hükümlünün kimliğinin üzerinde olması nedeniyle, gerçek hükümlü zannedilerek kolluk tarafından yakalanan diğer tek yumurta ikizinin yanlışlıkla yakalanmasına rağmen, gerçeği açıklamayarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi halinde suçun ihmali işlenmesi düşünülebilir<sup>67</sup>. Buna karşın kişinin gerçek hükümlü olmadığını beyan etmesine rağmen ceza infaz kurumuna götürülmesi halinde başkasının yerine geçme kastı bulunmadığından suç oluşmayacaktır.

---

Kısım I (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014, s. 95). Dolayısıyla konut dokunulmazlığını ihlal suçunda olduğu gibi bir başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçunda da failin, girdiği yeri terk edene kadar suçun işlenmeye devam ettiği söylenebilecektir.

<sup>66</sup> Doktrinde kesintisiz suç, tamamlanmış olarak devam eden suçlar olarak da ifade edilmektedir (Hakeri, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019, s. 179; Akbulut, Genel Hükümler, s. 278).

<sup>67</sup> Doktrinde sırf hareket suçlarının da ihmali şekilde işlenmesi ve şerikliği kabul edilmektedir (Bkz. Akbulut, s. 292). Fakat bizzat işlenebilen suçlarda ihmali şekilde fail olmanın mümkün olmadığı da ifade edilmektedir (Akbulut, s. 286).



Maddede suçun oluşabilmesi için failin hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmesi, tutuklu yerine de tutukevine girmesi aranmaktadır. Dolayısıyla ceza infaz kurumu ile tutukeviden ve bu kurumlara “girme”den ne anlaşılması gerektiği açıklanmalıdır:

**Ceza infaz kurumları**<sup>68</sup>, 5275 Sayılı Cezaların ve Güvenlik Tedbirleri Hakkında Kanun’un ceza infaz kurumlarının türleri başlığı altında 8-15. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre ceza infaz kurumları: Kapalı, yüksek güvenlikli kapalı, kadın kapalı, çocuk kapalı, gençlik kapalı, açık ceza infaz kurumları ile gözlem ve sınıflandırma merkezleri ve çocuk eğitimevleridir. Dolayısıyla tipikliğin oluşabilmesi için failin bu ceza infaz kurumlarına girmesi gerekecektir. Bu kurumlar dışında örneğin hakkında güvenlik tedbiri hükmedilen akıl hastalarının koruma ve tedavi altına alındığı yüksek güvenlikli sağlık kurumlarına girmesi halinde tipiklik gerçekleşmeyecektir. Keza nezarethaneye girilmesi halinde de buranın ceza infaz kurumu olmaması ve de nezarethanede bulunan kişinin kural olarak hükümlü veya tutuklu olmaması nedenleriyle bu suç oluşmayacaktır. Ancak hükmün ya da tutukluluk kararının infazı bakımından örneğin, ceza infaz kurumuna ya da tutukevine naklinin sağlanması için geçici olarak nezarethanede bulundurulduğu zamanda hükümlü ya da tutuklunun yerine geçilmiş olursa ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme hareketi gerçekleşmiş olmayacak, fakat nezarethanede hükümlü ya da tutuklunun yerine geçme hareketi onların yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine geçmek için yapılmışsa teşebbüsten dolayı sorumluluk gündeme gelebilecektir.

Burada hastanelerde hükümlü ya da tutuklulara ayrılmış koşullarda yatan hükümlü veya tutuklunun yerine geçilmesi halinde de suçun oluşup oluşmayacağı değerlendirilmelidir. Hastanelerdeki hükümlü/tutuklu koşulları<sup>69</sup> yukarıda ifade

<sup>68</sup> Ceza infaz kurumu kavramının kullanılmasına yönelik eleştiriler için bkz. **Demirbaş**, İnfaz Hukuku, s. 392; **Özbek**, Veli Özer: İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 241.

<sup>69</sup> CGTİHK m. 16/2: “ (Akıl hastalığı dışındaki) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur” Hastalık Nedeniyle Nakil m. 57/1: “Hastaneyeye sevki zorunlu görülen hükümlü, bulunduğu yere en yakın tam teşekküllü Devlet veya

edildiği üzere İnfaz Kanunu'nda ceza infaz kurumları arasında yer almamaktadır. Bununla birlikte Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol'ün 35. maddesindeki “*Hükümlü koşulları ve servisleri, ceza infaz kurumlarının bir bölümü olarak kabul edilir ve infaz mevzuatı bu bölümlerde de uygulanır.*” düzenlemesi gereği hükümlü koşulları da ceza infaz kurumu olmaktadır. Bu nedenle hükümlü koşullarında hükümlü veya tutuklunun yerine geçilmesi de bu suçu oluşturmaktadır.

Hapis cezasının özel infaz şekillerinden hafta sonu infaz ve geceleri infaz şekilleri de ceza infaz kurumlarında infaz edildiğinden (CGİHK m. 110/1) gerçek hükümlü yerine hafta sonları ya da geceleri ceza infaz kurumuna giren kişi de bu suçu işlemiş kabul edilecektir. Ancak özel infaz şekillerinden konutta infaz şekli ise hükümlünün konutunda, oturduğu yerde infaz edildiği, ceza infaz kurumunda infaz edilmediği için hükümlünün yerine konutta kalan fail tipe uygun davranmış olmayacağından bu suçu işlemiş olmayacaktır<sup>70</sup>. Buna karşılık CGİHK m. 110/5 “*Bu*

---

üniversite hastanesinin hükümlü koşullarına yatırılır.”; Hükümlünün muayene ve tedavi istekleri m. 71: “Hükümlü, beden ve ruh sağlığının korunması, hastalıklarının tanısı için muayene ve tedavi olanaklarından, tıbbî araçlardan yararlanma hakkına sahiptir. Bunun için hükümlü öncelikle kurum revirinde, mümkün olmaması hâlinde Devlet veya üniversite hastanelerinin mahkûm koşullarında tedavi ettirilir.”; Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetim, Dış Koruma, Hükümlü ve Tutukluların Sevk ve Nakilleri İle Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Protokol, Hükümlü koşulları ve servisi m. 32/1: “Hükümlü koşulları ve servisi; hastane bünyesinde doğrudan güneş alan diğer hasta odaları ile aynı şartları taşıyan, erkek, kadın ve gerekli durumlarda çocuk olmak üzere en az birer odadan oluşan, firara karşı engellerin bulunduğu, dış güvenliğinin jandarma, iç güvenliğinin ise ceza infaz kurumu personeli tarafından sağlandığı, hükümlü ve tutuklulara yatarak tedavi ve rehabilitasyon hizmetleri verilmek üzere ayrılan bölümlerdir. Bu koşullar ve servislerden tutuklular da yararlanır”; Hastanelerdeki tedavilerin hükümlü koşullarında yapılması m. 33/1: “Hastaneye sevk edilen hükümlü ve tutuklular, yatarak tedavi edilmeleri gerektiği takdirde, o hastanede bunlara tahsis edilen hükümlü koşullarına yatırılır ve tedavileri burada yapılır. Hastanede hükümlü koşulları olmadığı takdirde, jandarma tarafından gerekli güvenlik tedbirleri alınarak oluşturulacak geçici hükümlü koşullarında tedavileri tamamlanır.”

<sup>70</sup> Bu suçla korunan hukuksal değer dikkate alındığında madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilebilir. Hapis cezasının konutta çekilmesi bakımından konut, yukarıda belirtilen hükümler dikkate alındığında ceza infaz kurumları arasında sayılmamıştır. Ancak sonuçta konutta hapis cezasının infazı gerçekleştirildiği için ceza infaz kurumu kapsamında değerlendirilebileceği de söylenebilir.

*infaz usulünün gereklerine geçerli bir mazeret olmaksızın uyulmaması hâlinde, cezanın baştan itibaren infaz kurumunda çektirilmesine karar verilir” hükmü gereğince cezanın infaz kurumuna çektirilmesine karar verilmesi durumunda inceleme konumuzu oluşturan suç işlenebilecektir.*

**Tutukevi** ise, İnfaz Kanunu'nun tutuklama kararının yerine getirildiği kurumlar başlıklı 111. maddesi<sup>71</sup> dikkate alındığında tutukluların barındırılması için ayrı bir binasının bulunması halinde bu ad altındaki kurumu ve ayrı binanın olmaması halinde ise ceza infaz kurumlarındaki tutuklular için ayrılan bölümü ifade etmektedir. Dolayısıyla tutukevine girme unsuru, failin tutuklulara mahsus yapılan tutukevine girmesiyle ya da ayrı bir tutukevinin olmadığı yerlerde ceza infaz kurumuna girmesiyle gerçekleşebilecektir.

Ceza infaz kurumuna veya tutukevine **girme fiili** ilk ihtimalde hükümlü veya tutuklunun yerine hükmün veya tutuklama kararının infazının başlangıcında ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmekle işlenebilir. Ceza infaz kurumuna veya tutukevine “girme”den anlaşılması gereken doktrindeki bir görüşe göre, failin (bedenen) hazır bulunduğu bir halde ceza infaz kurumu veya tutukevi görevlileri tarafından kuruma kabul kayıt işlemlerinin tamamlanmasıdır<sup>72</sup>. Katıldığımız diğer bir görüşe göre ise failin ceza infaz kurumuna veya tutukevine bedenen tamamen girmesi ile suç tamamlanmış olacaktır. Çünkü maddede “giren” denildiği için kayıt işlemleri tamamlanmış olsa bile ceza infaz kurumuna veya tutukevine girilmediği

<sup>71</sup> 5275 Sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu m. 111: “(1) Tutuklular, iç ve dış güvenlik görevlisi bulunan, firara karşı teknik, mekanik, elektronik veya fizikî engelleri olan, 34 üncü maddede sayılan hâller dışında oda ve koridor kapıları sürekli olarak kapalı tutulan ve yasal zorunluluklar ayrı, dışarıyla irtibat ve haberleşme olanağı bulunmayan normal güvenlik esasına dayalı tutukevlerinde veya maddî olanak bulunmadığı hâllerde diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulurlar. (2) Eylem ve davranışları ile 9 uncu madde kapsamına giren tutuklular, yüksek güvenlikli tutukevlerinde veya buna olanak bulunmadığı hâllerde yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde barındırılırlar. (3) Kadın, çocuk ve gençlik tutukevleri müstakil olarak kurulabilir. Tutuklular, tutukevlerinde veya maddî olanak bulunmadığı hâllerde kapalı ceza infaz kurumlarının tutuklulara ayrılan bölümlerinde, büyükler, kadınlar, gençler, çocuklar olmak üzere ve suç türleri de gözetilerek ayrı yerlerde barındırılırlar.”

<sup>72</sup> Meran, s. 404; Gerçeker, s. 5498.

takdirde suç tamamlanmış olmaz. Ancak girme hareketinin tamamlanabilmesi adına failin koğuşa veya kendine özgü bir odaya yerleştirilmesi veya hakkında başka bir işlem yapılması (kabul odalarına konması, gözlem ve sınıflandırma merkezlerine alınması) gerekli değildir<sup>73</sup>. Keza ceza infaz kurumu veya tutukevi idare binası gibi (hükümlü veya tutuklu dışındaki kişilerin de girebildiği) genel kısımlarına girme değil, infaz kısmına (herkesin giremediği sadece hükümlü veya tutukluların infaz için girdiği kısma) girilmiş olması aranmalıdır<sup>74</sup>.

Fakat burada tutukevine girme hareketinin infazın başlangıcında gerçekleşmesi ihtimali bakımından 5271 sayılı CMK'daki tutuklamaya ilişkin hükümler nedeniyle bir noktaya dikkat çekmek gerekir. Suçun konusu kısmında belirtildiği üzere 5271 sayılı CMK'da tutuklama kararı, yurt dışında bulunan kaçaklar bakımından getirilen istisna dışında (CMK m. 248/5) yüze karşı verildiği için ve dolayısıyla tutuklama kararının verilmesi halinde şüpheli veya sanık, karar anında kolluk kuvvetlerince o anda tutulup mevcutlu olarak tutukevine götürüleceği için başkasının onun yerine geçmesi zor gözükmektedir. Belki istisnaen tutukevine giderken molada ya da sağlık kontrolü için hastaneye gidildiğinde tutuklunun yerine geçilmesi ve tutukevine girilmesi şeklinde mümkün olabilir. Eğer tutukevine girmeden bir başkasının tutuklunun yerine geçtiği anlaşılırsa teşebbüsten sorumluluk belirlenmelidir.

Tutuklunun yerine tutukevine girme suçu bakımından doktrinde failin, daha önceden kendisini tutuklanacak kişi (şüpheli veya sanık) gibi göstererek, ifade ve savunmalar vererek gerçek şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararını verdirmek suretiyle tutukevine girmesiyle de suçun oluşacağı ifade edilmiştir<sup>75</sup>. Fakat kanaatimizce, maddede “tutuklu”nun yerine kendisini koyarak tutukevine giren kimseden bahsedildiği için öncelikle ortada “tutuklu” kişinin bulunması gerekir. Bu itibarla bu suç, ancak mevcut infaz edilebilir tutuklama kararından sonra tutuklu kişi

<sup>73</sup> Ünver, s. 591; Meran, s. 404.

<sup>74</sup> Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8537.

<sup>75</sup> Malkoç, İsmail: Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, (Madde 242-345), Ankara 2013, s. 4752; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536.

varken işlenebilir, kararın alınmasından önce kendini tutuklanacak kişi gibi göstererek işlenmesi mümkün değildir. Fakat failin kendini tutuklanacak kişi olarak gösterme hareketi, suç işleyen kişinin yakalanma ve tutuklanmasından kurtulması amacıyla yapılmış ise TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu gözönünde bulundurulmalıdır.

CMK'ya göre gıyabi tutuklama sadece yurt dışında bulunan kaçak sanıklar hakkında verilebileceği için ancak bu durumda hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kişinin yerine geçerek kendisini tutuklattıran ve tutukevine giren kişi tutuklu yerine tutukevine girme suçundan cezalandırılabilir. Bu karardan sonra gıyabi tutuklama kararının vicahiye çevrilme duruşmasında kendini tutuklu gibi göstererek vicahi tutuklama kararı üzerine tutukevine girmesi halinde TCK'nın 291. maddesindeki suç gerçekleşmiş olur. Çünkü ortada gıyabi tutuklama kararı da verilmiş olsa tutuklu bulunmaktadır. Gıyabi tutuklamanın vicahiye çevrilmesi esnasında hazır bulunan kişinin gıyabi tutuklama kararındaki kişi olmadığı anlaşıldığında ise fail teşebbüsten sorumlu tutulmalıdır. Gönüllü olarak kendisinin gıyabi tutuklama kararındaki kişi olmadığını söylemesi durumunda ise gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin Türkiye'de işlediği bir suçtan dolayı yurtdışına kaçan bir kişinin iadesinin talep edilebilmesi için SİDAS 16. maddesi gereğince iadesi istenen kişi hakkında, gıyabında tutuklama kararı verilmesi gerekmektedir. Bu itibarla iadesi istenen ve hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kaçağın yerine bir başkasının teslim olması durumunda inceleme konumuzu oluşturan suç işlenmiş kabul edilecektir.

İkinci ihtimalde ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme, infaz başladıktan sonraki bir aşamada da sözkonusu olabilir<sup>76</sup>. Örneğin hükümlü veya tutuklunun ziyaretine gelindikten sonra bir şekilde (örneğin infaz koruma memurunun tehdit edilmesiyle, kılık kıyafet değişikliğiyle, tek yumurta ikizi olunmasının verdiği kolaylıkla) hükümlü veya tutuklunun yerine geçerek ceza infaz

<sup>76</sup>

Malkoç, s. 4752; Soyaslan, s. 535; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536-8537.

kurumunda ya da tutukevinde kalınmasıyla da suç işlenebilecektir. Bu durumda herhangi bir kayıt işlemi olmadığı için hükümlü veya tutuklu yerine görevlilerce götürüldüğünde kendini hükümlü veya tutuklunun yerine koyma ve “girme” hareketinin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Diğer taraftan ceza infaz kurumunda hükümlünün veya tutuklunun yerine geçilmesi ile TCK'nın 294. maddesindeki kaçmaya imkan sağlama suçunun da oluşacağı belirtilmelidir. Bu takdirde bize göre fikri içtima hükümleri uygulanarak sorumluluk tespit edilmelidir<sup>77</sup>. Kanaatimizce bu ihtimalde ayrıca, TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suçunda aranan tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması amacıyla hareket edilmişse bu suç da oluşacaktır. Dolayısıyla fikri içtimaya bu suç da dahil edilip ceza tayin edilmelidir. Fakat doktrinde suçluyu kayırma suçunun genel nitelikte bir suç<sup>78</sup> olduğu ve bu nedenle suçluyu kayırma niteliği arz eden belli bazı fiillerin kanunda ayrıca suç olarak düzenlendiği hallerde genel nitelikteki suçluyu kayırma suçunun uygulanmayacağı ifade edilmektedir<sup>79</sup>.

Keza hükümlünün izinle (CGTİHK m. 93 vd; 116) kurum dışına çıkmasından sonra, onun yerine bir başkasının ceza infaz kurumuna girmesiyle de bu suç işlenebilir. Ancak kanaatimizce izinle dışarıda bulunan hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girilmesi hareketiyle TCK'nın 294. maddesindeki kaçmaya imkan sağlama suçu işlenmiş kabul edilmemelidir. Çünkü TCK'nın 294. maddesindeki kaçmayı sağlamak hareketi, gözetim, tutukluluk ve hükümlülük nedeniyle bir kimsenin özgürlüğünün kısıtlandığı bir durumda tutulduğu yerden veya görevlilerin gözetiminden uzaklaşmasını, gitmesini sağlamaktır<sup>80</sup>. Bu itibarla izinde olan hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girilmesi hareketi ile TCK'nın 294. maddesindeki suç oluşmayacaktır. Bununla birlikte fail, gerçek hükümlüyü hükmün infazından kurtarmak amacıyla onun yerine ceza infaz kurumuna girmişse TCK'nın

<sup>77</sup> Bkz. Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536-8537; Malkoç, s. 4752.

<sup>78</sup> Erem, Faruk: Adliye Aleyhinde Cürümler, Ankara 1955, s. 58; Şahin, Cumhuriyet Türk Ceza Kanunu ve Tasarısında Suçlunun Kaynımları Suçları”, TNBHD, 15 Mayıs 1999/102, s. 23; Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 2.

<sup>79</sup> Şahin, s. 23-24.

<sup>80</sup> Bkz. Ünver, s. 616; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8565.

283. maddesindeki suçluyu kayırma suçu da oluşacaktır. Bu ihtimalde de fikri içtima kurallarına göre sorumluluk belirlenmelidir.

Yine hükümlü veya tutuklu kaçtıktan sonra gerçek hükümlü veya tutuklunun yerine teslim olunması halinde de başkasının yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu oluşacaktır. Bu ihtimalde ayrıca TCK'nın 283. maddesinin aradığı manevi unsur, hükmün veya tutuklama kararının infazından kurtarmak için ceza infaz kurumuna veya tutukevine girildiği takdirde suçluyu kayırma suçu gerçekleşecektir. Bu durumda sorumluluk, aynı şekilde fikri içtima çerçevesinde tespit edilmelidir. Ancak hemen yukarıda ifade edildiği gibi TCK'nın 294. maddesindeki suçun aynı gerekçeyle oluşmadığını da belirtmek gerekmektedir<sup>81</sup>.

Hükümlü veya tutuklunun yerine girme ceza infaz kurumunda veya tutukevinde bulunan kişiler tarafından gerçekleştirilirse örneğin, ceza infaz kurumunda bulunan bir hükümlünün şartla tahliye zamanı gelmesine rağmen bir başka hükümlünün yerine geçerek onun dışarı çıkmasını sağlayıp kendisinin ceza infaz kurumunda kalması halinde<sup>82</sup> bu suçun oluştuğu kabul edilmemelidir. Çünkü maddede ceza infaz kurumuna giren denildiği için zaten kurumda bulunan kişiler girme hareketini, tipik hareketi yapmış olmayacaklardır. Ancak bu kişiler hakkında TCK m. 283 ve 294'deki suçlardan sorumluluk doğabilecektir.

Buraya kadar verilen ihtimali durumlarda göstermektedir ki, bu suç hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine ilk olarak girmekle işlenebileceği gibi hükümlü veya tutuklunun infazı devam ederken örneğin

<sup>81</sup> Fakat kanaatimizce, izinle veya kaçmak suretiyle ceza infaz kurumunun dışında bulunan bir hükümlüye hükmün infazından kurtulması için yapılan saklama, yurtdışına kaçırma gibi hareketler TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suçunu oluşturabilecektir.

<sup>82</sup> Örneğin bkz. Metris Cezaevi'nden inanılmaz firar başlıklı haber; "Cezaevine gittiğimizde ceza aldım, ağabeyim de beraat etti" dememi istedi. Ben de böyle bir şey yapamayacağımı söyledim. Ağabeyim "İntihar ederim" deyince ben de kabul ettim. Ağabeyim sakal tıraşı oldu. Kimlik kartımı aldı. Ağabeyimle ben birbirimize çok benziyorduk. Yüz, kulak, burun yapımız birbirine benziyordu. Ertesi gün ağabeyimin kaçtığını yetkililere söyledim. Ancak ben ağabeyimin kaçıışı ile ilgili herhangi bir plan yapmadım", <http://www.hurriyet.com.tr/gundem/metris-cezaevinden-inanılmaz-firar-40335359>

açık görüşte<sup>83</sup> onun yerine geçerek de işlenebilir. Dolayısıyla bu suçun, hükümlünün ya da tutuklunun infazının başlangıç anından ceza infaz kurumunda infazının sona erme anına ya da tutukluluk halinin sona erme anına kadar işlenmesi mümkündür.

Burada suçun konusunda değinildiği üzere yabancı mahkeme kararlarının Türkiye’de infazı bakımından infazın devri ve hükümlü naklindeki ihtimale de temas etmekte yarar vardır. Bir ülkede verilen hükmün başka bir ülkede infazı sözkonusu olduğunda da gerçek hükümlü yerine bir başkası geçebilir. Örneğin 6706 sayılı kanunun 30. maddesine göre hakkında yabancı ülke mahkemesinden verilip kesinleşen mahkumiyetin infazı nedeniyle ceza infaz kurumunda bulunan Türk vatandaşının yerine Türkiye’ye nakli sırasında başka birinin (Türk veya yabancı) gerçek hükümlü yerine geçmesi halinde her ne kadar bu hareket yurt dışında gerçekleşmiş olsa da ceza infaz kurumuna girme hareketi Türkiye’de gerçekleşeceğinden TCK’nın 8. maddesi gereğince suç Türkiye’de işlenmiş olacaktır. Fakat gerçek hükümlünün yerine geçme hareketi yurt dışında yapılmışsa Türkiye’de yapılmış bir icra hareketi veya ceza infaz kurumuna girme hareketinin gerçekleşmesi sözkonusu olmayacağı için Türkiye’de suçun işlendiği kabul edilemeyecektir. Bununla birlikte sorumluluğun belirlenmesi bakımından örneğin, yabancı ülkede bir Türk vatandaşı diğer bir Türk vatandaşının yerine ceza infaz kurumuna girse şahsılık ilkesinin şartları mevcut olduğunda Türkiye’de yargılanması mümkün olabilecektir.

Tersi bir durumda yani, Türk mahkemelerinden bir yabancı hakkında verilip kesinleşen mahkumiyetin aynı kanunun 32. maddesine göre yabancı ülkede infazı için Türkiye’de başka birinin (Türk veya yabancı) onun yerine geçmesi halinde de her ne kadar ceza infaz kurumuna girme hareketi Türkiye’de gerçekleşmeyecekse de kendisini hükümlü yerine koyma hareketi Türkiye’de gerçekleştiği takdirde yine TCK m. 291’deki suç oluşacak ve fiil kısmen Türkiye’de icra edildiği için TCK’nın 8/1.

<sup>83</sup> Örneğin bkz. İkiziyle yer değiştirip cezaevinden firar etti başlıklı haber; “Kasten öldürme suçundan yaklaşık 1 yıldır Mersin E Tipi Kapalı Cezaevi’de tutuklu bulunan ... A. (19), açık görüş sırasında kendisini ziyarete gelen ikiz kardeşi H... ile yer değiştirerek firar etti. Cezaevinde yüz tanıma sistemi olmadığından zanlının firar ettiğini bir süre sonra fark eden cezaevi yönetimi, durumu hemen polise bildirdi.”, <https://www.ntv.com.tr/turkiye/ikiziyle-yer-degistirip-cezaevinden-firar-etti.wr5dxxOoNUiLvAzvpFx8IA>



maddesi uyarınca Türkiye’de işlenmiş kabul edilecektir. Başkası yerine geçme hareketi ortaya çıktığında ise icra hareketi Türkiye’de yapıldığı için bu suça teşebbüs oluşacak ve Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır.

Yukarıdaki açıklamalar iade kurumunun uygulanması bakımından da sözkonusu olabilecektir. Örneğin Türkiye’de bulunan bir yabancı hakkında yabancı ülkede verilmiş ve kesinleşmiş hükmün infazı için iadesine karar verildiğinde gerçek hükümlü yerine bir başkasının teslim olması durumunda başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçu Türkiye’de işlenmiş sayılacaktır.

Son olarak cevaplandırılması gereken bir ihtimal de CGTİHK’nın 16. maddesinin 1 ve 2. fıkraları<sup>84</sup> gereğince sağlık kurumlarında bulunan hükümlülerin yerine geçilmesi halinde bu suçun oluşup oluşmayacağıdır. Maddede sağlık kurumlarının mahkumlara ait kısımları denildiği için yukarıda hükümlü koğuşu kısmında yapılan açıklamalar buradada da geçerlidir. Fakat akıl hastasının gönderildiği sağlık kurumu ceza infaz kurumu olmadığı için suç oluşmaz. Kanaatimizce maddede aranan hükümlü olma sıfatı somut olayda mevcut olmasına rağmen, tipikliğin gerçekleşebilmesi için failin, hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmesi gerektiği için, ceza infaz kurumları arasında sayılmayan sağlık kurumunda hükümlü yerine geçilmesi halinde tipiklik gerçekleşmeyecektir. Ancak sağlık kurumunda yerine geçme hareketi ceza infaz kurumuna geçmek için yapılmış olması durumunda TCK m. 291’deki suça teşebbüs tartışılabilir. Bununla beraber bu fiille TCK m. 294’deki kaçmaya imkan sağlama suçu da oluşabilecektir. Bu halde fikri içtima kurallarına göre en ağır cezayı gerektiren suçtan sorumluluk belirlenecektir.

<sup>84</sup> CGTİHK m. 16/1, 2: “(1) Akıl hastalığına tutulan hükümlünün cezasının infazı geriye bırakılır ve hükümlü, iyileşinceye kadar Türk Ceza Kanununun 57 nci maddesinde belirtilen sağlık kurumunda koruma ve tedavi altına alınır. Sağlık kurumunda geçen süreler cezaevinde geçmiş sayılır. (2) Diğer hastalıklarda cezanın infazına, resmî sağlık kuruluşlarının mahkûmlara ayrılan bölümlerinde devam olunur. Ancak bu durumda bile hapis cezasının infazı, mahkûmun hayatı için kesin bir tehlike teşkil ediyorsa mahkûmun cezasının infazı iyileşinceye kadar geri bırakılır.”

### 5. Netice ve Nedensellik Bağı

Kanuni tanımda ayrıca bir neticeye yer verilmediği için sırf hareket suçudur. Bu nedenle tanıma uygun bir suçun oluşup oluşmadığını belirlerken neticeyi ve neticenin olması halinde aranacak olan nedensellik bağına da araştırmaya gerek yoktur.

### B. Manevi Unsuru

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun manevi unsuru kasıttır<sup>85</sup>. Ancak doktrinde kastın çeşidi konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar, bir gerekçe göstermeden bu suçun sadece doğrudan kastla işlenebileceğini belirlemektedir<sup>86</sup>. Diğer bazı yazarlar ise, suçun doğrudan kastla işlenebileceğini, bununla birlikte fiilen çok karşılaşılmasa dahi, teorik olarak olası kastla da işlenmesinin mümkün olabileceğini ifade etmektedirler<sup>87</sup>. Bize göre de bu suçun uygulamada gerçekleşmesi zor olsa da olası kastla işlenmesine teorik olarak bir engel bulunmamaktadır. Örneğin arkadaşının hapis cezasına mahkum olup olmadığı konusunda kesin bilgisi bulunmayan failin, kişi ceza infaz kurumunda geçirmek adına kendisini onun yerine koyarak savcılığa teslim olması halinde olası kastın varlığı kabul edilebilir. Çünkü failin, arkadaşının hükümlü olup olmadığı konusunda kesin bilgisi bulunmamakta, hükümlü olma ihtimaline binaen hareket etmektedir. Bu ihtimali durumda yerine girilecek hükümlü olduğu takdirde kendisini hükümlü yerine koyarak ceza infaz kurumuna girilirse kanuni tanıma uygun suç gerçekleşmiş olacaktır. Yerine girilecek hükümlü yoksa daha öncede ifade edildiği üzere suçun maddi unsurlarında hataya göre hareket edilmelidir.

<sup>85</sup> “Somut olayda; 01.02.2006 tarihinde yakalandığı sırada kimliğini ibraz ettiği Hasan...hakkında kesinleşmiş hapis cezası bulunduğunu öğrendikten sonra gerçek kimliğini açıkladığı halde cezaevine alınan ve bu tarihten bir gün sonra Cumhuriyet savcısına beyanda bulunarak gerçeğin ortaya çıkmasını sağlayan sanığın, kimliğini ibraz ettiği kişi yerine cezaevine *girme kastıyla hareket etmediği*, bu nedenle yüklenen suçun yasal unsurlarının oluşmadığı gözetilmeden, beraati yerine yazılı gerekçelerle mahkumiyetine karar verilmesi, kanuna aykırıdır”, Y9CD, 2.5.2013, 1166/6840, (Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8538.

<sup>86</sup> Meran, s. 404.

<sup>87</sup> Ünver, s. 590; Aynı yönde Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8537.

Ceza kanununda bu suçun taksirli haline açıkça yer verilmediği için taksirle işlenmesi de mümkün değildir.

TCK 291. maddede suçun manevi unsuru bakımından belli bir saik veya amaç aranmamıştır. Failin, hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine hangi saikle veya amaçla girdiğinin bir önemi yoktur<sup>88</sup>. Failin gerçek hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girdiğini bilmesi suçun manevi unsuru açısından gerekli ve yeterlidir. Suçun oluşabilmesi için yerine geçilen hükümlü veya tutuklunun haberinin olması da şart değildir. Failin hükümlü veya tutuklu yerine kendisini koyarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesi yeterlidir. Dolayısıyla fail, örneğin, bir yakınına korumak için<sup>89</sup> veya maddi bir menfaat karşılığı olarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmiş olabileceği gibi, sokakta yaşayan biri de barınma ve yiyecek gereksinimlerini karşılamak için girmiş olabilir<sup>90</sup>. Keza ceza infaz kurumunda veya tutukevinde başka bir eylemi gerçekleştirmek için ya da izinsiz bir şekilde inceleme-araştırma yapmak için veyahut da gerçek hükümlü veya tutuklunun kaçmasını sağlamak için de girilmiş olabilir. Kaldı ki hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girerek onları hükmün veya kararının infazından kurtarmak amacıyla da yapılmış olabilir<sup>91</sup>. Eğer hükümlünün hükmün infazından kurtulması için ceza infaz kurumuna girilmişse ya da tutuklunun hakkındaki tutuklama kararının infazından kurtulması amacıyla tutukevine girilmişse bu takdirde aşağıda ifade edileceği üzere TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suçunun da oluşabileceği dikkate alınmalıdır.

<sup>88</sup> Ünver, s. 590; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, 3. Baskı, s. 4400; Parlar, Ali/Öztürk, Mustafa: Uygulamada Adliye Karşı Suçlar, İstanbul 2018, s. 506; Gözübüyük, Abdullah Pulat: Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılımı, C. III, (Hususi Kısımlar), (Madde 202-368), Ankara (tarih yok), s. 428.

<sup>89</sup> Soyaslan, s. 535.

<sup>90</sup> Bkz. Parlar/Öztürk, s. 506.

<sup>91</sup> Bkz. Ünver, s. 590.

### V. Hukuka Aykırılık

Bu suçta hukuka aykırılığı ortadan kaldıracak herhangi bir hukuka uygunluk sebebi uygulanabilir gözükmemektedir. Meşru savunma olamaz; çünkü meşru savunmanın şartlarının bu suç açısından gerçekleşmesi pek mümkün görünmemektedir. Örneğin, ortada saldıran bir kişi bulunmamakta, olsa dahi içeri girme hareketinde saldırgana yapılan bir savunma hareketi de söz konusu olmamaktadır. Kaldı ki meşru savunmanın daha çok bireysel değerler açısından uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bireyselüstü değerlerde meşru savunma ancak bireysel değerlere yönelik bir saldırının da varlığı halinde kabul edilmektedir<sup>92</sup>. İlgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni uygulanabilirliği akla gelse de bu suçta mağdur toplumu oluşturan herkes olduğu için ilginin rızasından da bahsetmek mümkün değildir. Kaldı ki Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin 2. fıkrasındaki “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz*” hükmü gereğince kişinin hürriyetinden vazgeçme anlamını doğuracak veya hukuka ya da ahlaka aykırı bir rıza hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilemez. Diğer taraftan rıza suçu işleyen kişiye karşı gösterilirken, burada suçu işleyen zaten ceza infaz kurumuna ya da tutukevine giren kişidir. Ayrıca bu suçta rıza gösteren kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak da yoktur. Dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi olan rızanın gerçekleşmesi imkanı bulunmamaktadır. Görevin ifası hukuka uygunluk sebebi ancak hukuka uygun emirlerde söz konusu olduğu için yine bu suçta uygulama kabiliyeti bulamayacaktır. Ortada bir başkası yerine hapse girme şeklinde bir hak da olmadığı için hakkın kullanılması hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır.

### VI. Kusurluluğu Etkileyen Nedenler

Kusurluluğu etkileyen nedenlerden ilk olarak, yaş küçüklüğü, sağır dilsizlik, akıl hastalığı, geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olma bu suçta gerçekleşebilir gözükmemektedir. Örneğin 15-18 yaş arasında bir çocuk bir başkası

<sup>92</sup> Bkz. Akbulut, s. 482; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 280.

yerine ceza infaz kurumu olan çocuk eğitimevlerine veya diğer ceza infaz kurumlarına girebilir. Bu takdirde TCK'nın 31/3. maddesine göre TCK'nın 291. maddesinden hüküm kurulacaktır. İnceleme konumuz suç, sağır dilsiz tarafından işlendiğinde TCK'nın 33. maddesi; akıl hastası tarafından işlendiğinde ise TCK'nın 32. maddesi; geçici nedenler, alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında olan bir kimse tarafından işlendiğinde ise TCK'nın 34. maddesi dikkate alınarak karar verilecektir.

Hukuka aykırı ve fakat bağlayıcı emir durumunda ise örneğin amirin, memurlarından birinin diğer hükümlü memurun yerine ceza infaz kurumuna girmesini istemesi durumunda, emrin konusu suç teşkil ettiğinden TCK'nın 24. maddesi uyarınca emri veren, inceleme konumuz olan suça azmettirmeden, yerine getiren ise fail olarak sorumlu olacaktır.

Haksız tahrikle bu suçun işlenmesi mümkün değildir. Haksız tahrikin şartlarından örneğin tepki teşkil eden fiilin haksız fiili gerçekleştirene yönelmesi bu suçta gerçekleşmemektedir.

Bu suçta zorunluluk hali şartlarının gerçekleşmesi de mümkün gözükmemektedir. Şöyle bir örnek üzerinden değerlendirecek olursak, kimsesi olmayan, eşi de ölmüş olan ve küçük çocukları bulunan hükümlü kişinin yerine çocuklarının hayatının tehlikeye girmemesi için ya da hükümlü ceza infaz kurumuna girdiğinde orda bulunan diğer bir hükümlü tarafından öldürülecek olmasının önüne geçmek, hayatına yönelik tehlikeden korumak için bir başkası ceza infaz kurumuna girmiş olabilir. Ancak bu ihtimallerde tehlikeden korunmak için başka hareketlerin yapılması, devletten yardım istenmesi gibi korunmaya yönelik hareketler olabileceği için fail zorunluluk halinden yararlanamayacaktır.

Cebir veya tehditle bir başkasının ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesinin sağlanması halinde ise cebir veya tehdide maruz kalarak ceza infaz kurumuna ya da tutukevine giren kişi kusurunun bulunmaması nedeniyle bu suçtan sorumlu tutulamazken, cebir veya tehdidi uygulayan kişi dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır.

## VII. Teşebbüs

Başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun teşebbüse müsait olup olmadığı, hareketi bakımından yaptığımız belirlemeler çerçevesindeki hukuki nitelendirmesi ve manevi unsuru gözönünde bulundurularak açıklanmalıdır. Başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme, sırf hareket suçu olmasına rağmen, icra hareketleri kısımlara bölünebilen bir suç olduğu için teşebbüse müsait bir suçtur. Bir görüşe göre suç kişinin ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme işlemi bitirildiği anda tamamlanmaktadır<sup>93</sup>. Bu görüşe göre kuruma giriş işlemleri yapılırken, her ne kadar kişi ceza infaz kurumunda ya da tutukevinde bulunsun da henüz kuruma giriş işlemleri bitmeden gerçek hükümlü veya tutuklu olmadığı anlaşıldığı takdirde, suçun tamamlanmadığı, teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilmelidir<sup>94</sup>. Bize göre ise daha öncede belirtildiği üzere maddede ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmeden bahsedildiği için suç failin kurumdaki infaz kısmına girmesiyle tamamlanmaktadır. Bu itibarla giriş işlemleri tamamlandıktan sonra kişinin infaz kısmına girmeden kaçması halinde suç tamamlanmış değil, teşebbüs aşamasında kalmış kabul edilmelidir. Kayıt işlemleri tamamlanmasına rağmen infaz kısmına götürüleceği zaman gerçeği söylediğinde ise gönüllü vazgeçme uygulanmalıdır. Kendisini hükümlü veya tutuklu yerine koyarak savcılığa teslim olduktan sonra gerçeğin ortaya çıkması halinde icra hareketlerinin başladığı kabul edilmeli ve teşebbüsten sorumluluk belirlenmelidir. Yine örneğin kişi, hükümlü veya tutuklu nakledilirken ya da kontrol maksatlı hastanede bulunurken onun yerine geçmesine rağmen ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmeden fark edilmesi durumunda suçun teşebbüs aşamasında kaldığı ifade edilmelidir.

Çok hareketli suçlara teşebbüs tartışmalı<sup>95</sup> olmakla birlikte, bize göre ilk hareket yağmada, irtikap ve dolandırıcılık da olduğu gibi bir muhataba yönelik olarak gerçekleştirilmişse teşebbüs kabul edilmelidir. Fakat hareket bir kimseye

<sup>93</sup> Meran, s. 404; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536; Gerçeker, s. 5498.

<sup>94</sup> Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8536; Gerçeker, s. 5498.

<sup>95</sup> Tartışma için bkz. Akbulut, s. 274.

yönelik değilse ve sonraki hareket yapılmamışsa teşebbüsten sorumluluk belirlenmemelidir<sup>96</sup>. Örneğin hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmek için sahte kimlik hazırlamasına rağmen bu kimliği kurum görevlilerine yönelik kullanmadığı takdirde teşebbüs sözkonusu olmayacaktır. Bununla birlikte hazırlanan belgenin resmi belge olması nedeniyle resmi evrakta sahtecilikten sorumlu tutulmalıdır<sup>97</sup>.

İhmali suçlara teşebbüs de tartışmalı<sup>98</sup> olmakla birlikte, teşebbüs kabul edildiğinde bu seferde icranın ne zaman başladığı sorunu ortaya çıkmaktadır. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi bu suçun ihmali işlenmesi mümkün görüldüğünde, görevlilerin yanlışlıkla hükümlü olmayan ikizini götürmek için hareket etmesine rağmen ikizin gerçeği açıklamadığı anda suçun icrasının başladığı söylenebilecektir.

Yine teşebbüsün tartışmalı<sup>99</sup> olduğu olası kastta, biz teşebbüsü kabul etmediğimiz için suçun olası kastla işlendiği hallerde sorumluluk meydana gelen duruma göre belirlenmelidir. Örneğin sahte nüfus cüzdanı hazırlanmışsa resmi evrakta sahtecilikten sorumluluk tespit edilmeli, başkasının yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçundan cezalandırma olmamalıdır.

Fail suçun icrasına başladıktan sonra iradi olarak icra hareketlerine devam etmediği, suçu tamamlamadığı takdirde hakkında gönüllü vazgeçme hükümleri uygulanacaktır<sup>100</sup>. Örneğin, hükümlü veya tutuklunun yerine kendisini koyarak kolluğa teslim olduktan sonra ceza infaz kurumuna ya da tutukevine götürülürken gerçek hükümlü veya tutuklu kişi olmadığını açıklaması halinde gönüllü vazgeçme sözkonusu olacaktır. Bu durumda TCK'nın gönüllü vazgeçmeye ilişkin 36. maddesi gereğince işlemeyi kastettiği bu suçtan sorumlu tutulamayacaktır. Fakat vazgeçme anına kadar gerçekleştirdiği hareketler bağımsız bir suç oluşturuyorsa, örneğin

<sup>96</sup> Akbulut, s. 274.

<sup>97</sup> Meran, s. 404.

<sup>98</sup> Bkz. Koca/Üzülmöz, Genel Hükümler, s. 433 vd.

<sup>99</sup> Bkz. Sözüer, Adem: Suça Teşebbüs, İstanbul 1994, s. 167 vd.

<sup>100</sup> Ünver, s. 591; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8537.

belgede sahtecilik ya da resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun oluştuğunun kabul edildiği takdirde bu gibi suçlardan sorumlu tutulacaktır.

Suç tamamlandıktan sonra, yani gerçek hükümlü ya da tutuklu yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girdikten sonra pişmanlık duyarak, gerçek hükümlü ya da tutuklu olmadığını söyleyen fail, bu suçla ilgili **etkin pişmanlık** öngörülmediği için bu pişmanlığından yararlanamayacaktır. Ancak failin bu pişmanlık gösteren hareketi cezanın belirlenmesinde hakim tarafından gözönünde bulundurulmalıdır.

### VIII. İştirak

Suç iştirak açısından bir özellik göstermez. İştirake ilişkin genel kurallara göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin bir ilçe ceza infaz kurumundaki infaz koruma memuru ile arkadaş olan birisi kamu görevlisi arkadaşına, çok yüklü bir miktar para karşılığı hükümlü birinin yerine içeri girmek istediğini söylese, kamu görevlisi de nöbetçi olduğu bir gün gelmesini kendisini hükümlünün yerine kabulünü yapabileceğini söylese ve yapsa, kanaatimizce kamu görevlisi yardım eden olarak sorumlu olur.

Burada şöyle bir örnekte akla gelebilir: Birbirinden habersiz olarak birden fazla kişi, bir (aynı) hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmek isteyebilir. Bu durumda ceza infaz kurumuna veya tutukevine giren kişi tamamlanmış suçtan sorumlu olacak, icra hareketlerine başlayan, örneğin savcıya teslim olmaya gelen kişi ise bu suça teşebbüsten sorumlu olacaktır. Olması çok zor olmakla birlikte, örneğin sistemdeki bir hatadan dolayı aynı hükümlü yerine yine birbirinden habersiz iki kişi ceza infaz kurumuna girmiş olsa bile her ikisi de bu suçun müstakil faili olarak tamamlanmış suçtan sorumlu tutulacaklardır. Çünkü her iki durumda da hala yerine girilecek olan bir hükümlü var olduğu için suç oluşacaktır.

Bu suça azmettiren ve yardım eden olarak katılmak mümkündür. Örneğin hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kuruma ya da tutukevine girme düşüncesi olmayan birisinin, işsiz güçsüz olması, zor geçinmesi veya sokakta yaşaması gibi nedenlerden dolayı maddi bir menfaat karşılığında ikna edilerek bu



kişinin ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi halinde azmettirme sözkonusu olacaktır. Bu suçta azmettirmenin mafya tipi örgütlerde olma ihtimali çok daha yüksektir. Örgüt liderinin cebir veya tehdit uygulaması sonucu örgüt üyesinin hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmesi halinde dolaylı faillik sözkonusu olur. Ancak cebir veya tehdit uygulamaksızın ikna edilerek girmesi halinde azmettirme gerçekleşir. Aynı şekilde bizzat hükümlü veya tutuklu olan kişi tarafından da azmettirmenin yapılması mümkündür. Ancak suç tamamlandıktan sonra failin devam eden fiilini sonlandırmak istemesine rağmen başkaları (diğer hükümlü veya tutuklular gibi) tarafından fiilini devam ettirmeye ikna edilmesi halinde azmettirmenin<sup>101</sup> veya yardım etmenin sözkonusu olacağı ifade edilmektedir<sup>102</sup>.

Önceki suç nedeniyle tutuklanan ya da hükümlü olan kişinin bir başkasını bu suçta azmettirmesini cezalandırılmayan sonraki eylem olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır. Çünkü önceki suçuyla bağlantılı olmakla birlikte başka bir haksızlık muhtevasına sahip bir suç ve yeni bir hukuksal değer ihlali yapılmaktadır.

Yardım etmenin hem maddi hem de manevi şekli ile de bu suçta katılma gerçekleşebilir. Örneğin A, zengin birisinin işlediği suçtan dolayı aldığı bir mahkumiyet nedeniyle kendisi yerine cezaevine girmesini istediğini arkadaşı B'ye sorsa B'de bu düşüncenin kendisi için avantajlı olacağını, hatta ailesiyle de kendisinin ilgilenebileceğini söylese, B suçta teşvik suretiyle yardım eden olarak katkı sağlamış olur. Bu suçta maddi yardım etme de sözkonusu olabilir. Örneğin iştirak iradesiyle gerçek hükümlü kişiye benzetmek için estetik ameliyat yapan doktor yardım eden olarak sorumlu olur. Keza hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girmek için ihtiyacı olan sahte kimliği hazırlayan kişi de yardım eden olarak sorumlu

<sup>101</sup> Nitekim doktrinde Önder, mütemadi suç bahsinde yaptığı açıklamalarında bu noktaya değinmektedir: "ihmalî veya ihmal suretiyle icra mütemadi suçunu ika etmekte iken fail suç işleme kararından vazgeçer ve uhdesine düşen ve yapılması gereken fiili ika etmek isterse, fakat bu anda başka bir kimse tarafından ihmalî harekette devam etme kararı verdirilirse bu takdirde bu şahıs ika edilmekte olan mütemadi suçta azmettiren durumundadır", bkz. Önder, Ayhan: "Mütemadi Suç", İHFM, C. 29, 1963/1-2, s. 111.

<sup>102</sup> Bkz. Akbulut, s. 718-719.

tutulur. Sahte kimlik hazırlayarak bir başkasının ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçuna yardım eden kişi, aynı zamanda bağımsız bir suç olan resmi evrakta sahtecilik suçunu (TCK m. 204/1) da fail olarak işlemiş olacağı için bir hareketle işlemiş olduğu fiillerden dolayı sorumluluğu, failiğin şerikliğe önceliği prensibi gereğince belirlenmeli ve sadece resmi evrakta sahtecilik suçundan fail olarak sorumlu tutulmalıdır. Kesintisiz bir suç olması nedeniyle yardım etme hareketi, failin ceza infaz kurumuna veya tutukevine girdikten sonra orda kalmasını sağlamaya yönelik hareketlerle de gerçekleşebilir. Örneğin kişinin gerçek hükümlü ya da tutuklu olup olmadığından şüphelenen ve bu durumu sorgulayan infaz koruma görevlilerine onun gerçek hükümlü ya da tutuklu olduğunu söylemek suretiyle gerçek hükümlü ya da tutuklu olmadığına ortaya çıkmasını engellemiş olabilirler.

Failin gerçek hükümlüye “senin yerine ben cezaevine girerim” diye söylemesi ve hükümlünün de kabul etmesi halinde hükümlünün sorumluluğu yardım eden olarak kabul edilmeli, fail de cezaevine girme düşüncesi var olduğu için azmettiren olarak sorumluluk belirlenmemelidir.

Kamu görevlisi de azmettiren veya yardım eden olarak katkı sağlayabilir. Örneğin bir ceza infaz kurumundaki infaz koruma memuru failin ceza infaz kurumuna girmesi konusunda yol göstermesi, tavsiyelerde bulunması halinde kamu görevlisi yardım eden olarak sorumlu olur. Bu yardımı yapmak için rüşvet de almışsa rüşvetten (TCK m. 252/2) de ayrıca sorumlu olmalıdır.

Diğer taraftan teorik olarak ihmali hareketle de suça yardım eden şeklinde katılmak mümkündür. Kamu görevlisi açık görüş esnasında hükümlünün yerine ziyaretçinin geçmesine iştirak iradesiyle göz yumması halinde ihmali hareketiyle bu suça yardım eden olarak katılmış olacaktır. Aynı zamanda kamu görevlisi, hükümlünün kaçmasına imkan sağlama suçunu (TCK m. 294/5) da işlemiş olacaktır. Diğer taraftan kamu görevlisi hükümlünün, hükmün infazından kurtulması için ihmali davranmış ise TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suçunun da olduğu söylenebilecektir. Dolayısıyla kamu görevlisi tek ihmali davranışı ile birden fazla sorumluluk doğuran fiil gerçekleştirmiş olmaktadır. Böyle bir durumda kamu görevlisinin sorumluluğu kanaatimizce, işlediği bir fiille hem şerik hem de fail

olduğu suçlar bulunması nedeniyle öncelikle failliğin şerikliğe önceliği prensibi gereğince sorumluluk belirlenmeli ve sadece fail olduğu suçlardan sorumluluğu tayini yoluna gidilmelidir. Fail olduğu suçlar bakımından da fikri içtima kurallarından hareket edilmelidir.

Bir kamu görevlisi ceza infaz kurumuna giren kişinin gerçek hükümlü ya da tutuklu olmadığını bilmesine rağmen, diğer kamu görevlisinin ceza infaz kurumuna kabul işlemlerini yapmasına iştirak iradesiyle kasten müdahale etmeyerek, kişinin ceza infaz kurumuna girmesine engel olmadığı takdirde, bu ihmali hareketiyle inceleme konumuz olan suça yardım eden olarak katıldığı söylenebilecektir<sup>103</sup>. Fail kamu görevlisi bu ihmali hareketiyle kanaatimizce, aynı zamanda TCK'nın 279. maddesindeki kamu görevlisinin suçu bildirmeme suçunu da işlemiş olacağından, failliğin şerikliğe önceliği ilkesi gereğince sadece TCK m. 279'dan fail olarak sorumlu olmalıdır.

### IX. İçtima

İçtima konusunun gerçekleşebilecek ihtimali durumlara göre incelenmesinde yarar vardır. Ancak içtima ile ilgili bazı ihtimallere yeri gelmişken iştirak bahsinde değinildiği için tekrar etmiş olmamak adına burada ele alınmayacaktır. İlk olarak *bileşik suç* ihtimali ele alınacak olursa; bu suçun nitelikli hali düzenlenmediği için, bir suçun diğer bir suçun nitelikli halini oluşturmasıyla ortaya çıkan bileşik suç durumu bu suçta sözkonusu değildir. Keza kanaatimizce, bileşik suçun diğer bir şekli olan, bir suçun diğer suçun unsurunu oluşturması hali de bu suçta bulunmamaktadır. TCK 291. maddede açıkça bir suçtan bahsedilmemesi nedeniyle hiçbir suç, bu suçun unsuru değildir. Dolayısıyla bu suçun işlenebilmesi için bir başka suçun işlenmesi halinde bileşik suç hükümlerinin uygulanarak sadece inceleme konumuzu oluşturan suçtan hüküm kurulması doğru olmayacaktır. Bu ihtimalde özellikle resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan ve belgede

<sup>103</sup> Nitekim doktrinde icrai hareketle işlenebilen bir suça ihmali hareketle müşterek fail olarak katılmanın mümkün olmadığı ifade edilmektedir (Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 144).

sahtecilik suçlarının bu suçun unsuru olup olmadığı üzerinde durulmaktadır. Doktrinde bir görüşe göre failin, hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi daha çok yalan beyan suçu ve belgede sahtecilik suçlarıyla gerçekleştirilmekle birlikte, başka hareketlerle de işlenebileceği için yalan beyan ve belgede sahtecilik suçları, hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçu içerisinde erimezler. Dolayısıyla bu görüşe göre fail, hem başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçundan hem de yalan beyan veya belgede sahtecilik suçundan sorumlu olacaktır<sup>104</sup>. Yargıtay da bir kararında başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçu açısından TCK'nın 206. maddesindeki resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçunun da değerlendirilerek hukuki durumun tayin edilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir<sup>105</sup>. Başka kararlarında ise Yargıtay, kamu görevlisine yalan beyanda bulunmanın, başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçunun ögesi olduğunu belirterek failin sadece TCK'nın 291. maddesi uyarınca cezalandırılması gerektiğine karar vermiştir<sup>106</sup>. Kanaatimizce, hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmek için kamu görevlilerine failin kendisini hükümlü veya tutuklu olarak tanıtmaya yalan beyanda bulunma suçunu oluşturmamaktadır. Çünkü yalan beyanda bulunma suçunun oluşabilmesi için, 206. maddenin gerekçesinde de

<sup>104</sup> Ünver, s. 591; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8537-8538.

<sup>105</sup> Y16CD, 12.01.2016, 2015/6046, 2016/330 (Karar yayınlanmamıştır).

<sup>106</sup> "Başka bir suçtan yakalaması olan Mehmet'in kardeşi olan sanık Ahmet(in) polis memurlarının yapmış oldukları kimlik kontrolünde kardeşine ait ehliyeti ibraz ederek onun yerine cezaevine girip 50 gün cezaevinde yatmaktan ibaret eyleminde memura yalan beyanda bulunmanın, başkası yerine cezaevine girme suçunun ögesi olup, sanığın sadece TCK'nın 291. maddesi uyarınca hükümlülüğüne karar verilmesi ile yetinilmesi gerekirken, memura yalan beyan suçundan da ayrıca hüküm kurulması,...bozmayı gerektirmiş(tir)", Y4CD, 27.9.2011, 2009/15160, 2011/16547, Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8539; "Sanık (M.Z.) hakkında kurulan resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçundan kurulan hüküm yönünden yapılan incelemede; sanı(ğın) eyleminin bir bütün olarak TCK'nın 297/1 (kararda madde numarası 297 yazmasına rağmen olay 291. madde ile ilgili olduğu için aslında bu madde numarası 291/1 maddesine işaret etmektedir) maddesinde yazılı suçu oluşturduğu gözlemlenmeden atılı suçtan hüküm kurulmasına yer olmadığına karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması, Kanuna aykırı... hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına", Y16CD, 01.07.2015, 2015/2904, 2015/2289, (Karar yayınlanmamıştır).

belirtildiği üzere, belgenin gerçeği yansıtmaması, failin yapmış olduğu açıklamaya dayanması gerekir. Eğer kamu görevlisinin, kişinin beyanına rağmen gerçeği araştırma yükümlülüğü varsa yalan beyan suçunun oluştuğundan söz edilemez<sup>107</sup>. Bir hükmün ya da tutuklama kararının infazı için yetkili makamlara gelenlerin bu beyanları üzerine yetkili kamu görevlileri tarafından hükümdeki veya tutuklama kararındaki kişinin gelen kişi mi olduğunun kontrolü yapılmaktadır. Örneğin ceza infaz kurumuna kabulde “ben cezamı çekmeye geldim” diyen kişi hemen içeri alınmamakta gelen kişinin ya da getirilen kişinin gerçek hükümlü kişi olup olmadığı kontrol edilmektedir<sup>108</sup>. Dolayısıyla sadece kişinin beyanı üzerine infaz işlemi yapılmadığı, kamu görevlisinin de kontrolü sözkonusu olduğu için yalan beyanda bulunma suçu oluşmayacaktır. Bu nedenle bize göre, salt hükümlü veya tutuklu yerine kendisini koyan kişi bakımından TCK'nın 206. maddesindeki resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşmayacağı için, eğer belgede sahtecilik suçu

<sup>107</sup> Gökçen, Ahmet: Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212), 3. Baskı, Ankara 2013, s. 399; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Özel Hükümler, s. 736; Tezcan/Erdem/Önok, Ceza Özel Hukuku, s. 978; Özbek/Doğan/Bacaksız, Özel Hükümler, s. 859; Koca/Üzülmöz, Özel Hükümler, s. 755; Yokuş Sevük, Handan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 485; Yokuş Sevük, Handan: “Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçu (TCK m.206)”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019, s. 144-145. Ancak doktrinde aksi yönde de görüş bulunmaktadır. Bu görüşe göre madde metninde, yalan beyana muhatap kamu görevlisinin beyanın doğruluğunu araştırmak zorunda olup olmadığıyla ilgili bir ayrım yer verilmemiştir. Madde metni esas alındığında sadece yalan beyanda bulunmak, suçun oluşması için yeterli olacaktır (Bkz. Ünver, Yener: “TCK'daki Evrakta Sahtecilik Suçları”, Rechtsbrücke-Hukuk Köprüsü Dergisi, Nr. 4, 2013/4, s. 99). Dolayısıyla bu görüş uyarınca, kamu görevlilerine kişinin kendisini hükümlü veya tutuklu olarak tanıtması halinde TCK'nın 206. maddesindeki resmi belgenin düzenlenmesinde yalan beyan suçu oluşacaktır.

<sup>108</sup> Nitekim Yargıtay da “(...) sanığın suç tarihinde bölge trafik görevlilerinin yaptıkları denetleme sırasında suçu konu şikayetçi E.K.'a ait ve üzerinde şikayetçinin resmi bulunan gerçek sürücü belgesini ibraz ettiği sırada yakalanması şeklinde gerçekleşen eyleminde, trafik görevlilerinin ibraz edilen sürücü belgesinin ibraz eden şahsa ait olup olmadığını denetleme görev ve yetkilerinin bulunması, zaten bu denetleme neticesinde belgenin sanığa ait olmadığını anlamaları karşısında; atılı suçun unsurları itibarıyla oluşmadığının gözetilmemesi”, Y11CD 13.02.2012, 2009/17849, 2012/1438, (Gökçen, s. 399-400), şeklindeki kararıyla kimlik ibraz eden kişinin dahi kimlikteki kişi olup olmadığını kontrol yükümlülüğü olarak kabul etmiş ve yalan beyan suçunun oluşmadığına da işaret etmiştir.

gibi başka bir suç da işlenmemişse, yalnızca başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçu işlenmiş olacaktır.

İkinci olarak bu suçta zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilip uygulanamayacağı değerlendirilecek olursa; hükümlü veya tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçunun TCK'nın 43/1. maddesinde "*Bir suç işleme kararının icrası kapsamında, değişik zamanlarda bir kişiye karşı aynı suçun birden fazla işlenmesi durumunda, bir cezaya hükmelidir*" şeklinde düzenlenen zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Mağdur kısmında da belirtildiği üzere, bu suçun belli bir mağduru yoktur; toplumu oluşturan herkes bu suçun mağdurudur. TCK'nın 43/1. maddesinin son cümlesinde de "*Mağduru belli kişi olmayan suçlarda da bu fıkra hükmü uygulanır*" denildiği için bu suç zincirleme suç şeklinde işlenebilecektir. Fakat hemen vurgulamak gerekir ki zincirleme suç hükümlerinin uygulanabilmesi için *aynı suçun birden fazla işlenmesi gerekmektedir*. Aynı suçtan kasıt ise aynı maddenin ihlal edilmesi değildir; çünkü aynı madde içinde (TCK m. 132, 224'de olduğu gibi) farklı suçlara yer verilebilmektedir. Bu nedenle aynı maddenin ihlali aynı suçu oluşturamayabilir<sup>109</sup>. TCK'nın 291. maddesi açısından zincirleme suç hükümleri uygulanabilir. Ancak bu durumda zincirleme suçun oluşabilmesi için bir suç işleme kararının doğru tayin edilmesi gerekir. Failin çıkacak fırsatlardan yararlanma, geçimini sağlama ya da her işsiz, evsiz kaldığında başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi halinde zincirleme suç uygulanmamalıdır<sup>110</sup>. Kendisi yüzünden suç işlediğini düşündüğü arkadaşının tutuklansa veya mahkum olsa da onun yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme kararı alan failin arkadaşının tutuklanması üzerine onun yerine tutukevine girmesi, serbest kaldıktan sonra arkadaşının mahkum olması nedeniyle onun yerine ceza infaz kurumuna girmesi halinde zincirleme suç düşünülebilir.

TCK'nın 43/2. maddesinde "*Aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fülle işlenmesi durumunda da, birinci fıkra hükmü uygulanır*" şeklinde düzenlenen aynı neviden fikri içtimain bu suçta gerçekleşmesi mümkün değildir. Çünkü aynı neviden

<sup>109</sup> Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 522; Aynı yönde, Akbulut, s. 786.

<sup>110</sup> Bkz. Akbulut, s. 792-793.

fikri içtimadan bahsedilebilmesi tek fiille farklı konular üzerinde aynı suçun işlenmesi gerekmektedir<sup>111</sup>. Oysa inceleme konumuzu oluşturan suçta tek ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme fiiliyle farklı hükümlü ya da tutuklu yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmenin gerçekleşmesi sözkonusu olamaz. Dolayısıyla aynı neviden fikri içtima bu suçta gerçekleşemez.

TCK'nın 44. maddesinde "*İşlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır*" biçiminde düzenlenen farklı neviden fikri içtima durumu ise gerçekleşebilir gözükmektedir. Örneğin suç, failin, hükümlü veya tutuklunun ceza infaz kurumunda ya da tutukevindeyken ziyaretine gidilip onunla yer değiştirmek suretiyle gerçekleştirildiğinde bir içtima durumu ortaya çıkacaktır. Böyle bir olayda hem TCK m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama suçu hem TCK m. 291'deki başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu hem de hükmün infazından kurtarmak amacıyla hareket edilmesi durumunda aynı zamanda TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu da oluşacaktır. Kanaatimizce bu durumda daha öncede ifade ettiğimiz gibi farklı neviden fikri içtima kuralına göre sorumluluğu belirlemek gerekir<sup>112</sup>. Çünkü fikri içtimada tek fiil çeşitli suçları ortak bir yönden gerçekleştirmekte ve her ihlalin kendine özgü özellikleri baki kalmaktadır. Oysa özel norm genel norm ilişkisinde, özel norm diğer normun unsur ve özelliklerini kapsamasının yanında ayrı özelliklere de sahiptir<sup>113</sup>. Bu nedenle somut örneğimizde failin, gerçek hükümlüyü hükmün infazından kurtarmak için hareket ettiği zaman ancak suçluyu kayırma suçuyla ortak bir durum arz etmekte ve o suçu da ihlal etmektedir. Dolayısıyla özel-genel norm şeklindeki görünüşte içtima ile değil, fikri içtima ile çözüme gidilmesi daha doğru gözükmektedir. Kaldı ki suçluyu kayırma

<sup>111</sup> Bkz. Özgenç, s. 634; Koca/Üzülmez, Genel Hükümler, s. 540-541; Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, Genel Hükümler, s. 755; Akbulut, s. 806.

<sup>112</sup> Bkz. Malkoç, s. 4752.

<sup>113</sup> İçel, Kayhan: Suçların İçtiması, İstanbul 1972, s. 183; İçel, Kayhan: "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Güz 2008/14, s. 39, <http://www.ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s14/035-049.pdf>, 15.08.2016.

suçundaki manevi unsurla hareket edilmesi durumunda bu suçunun ceza aralığının daha fazla olması nedeniyle ceza adaletinin gerçekleşmesi bakımından daha doğru bir çözüm olacaktır.

Bu suçtaki gerçek içtima durumuna bakılacak olursa; fail örneğin, hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girmek amacıyla kendisini gerçek hükümlü gibi gösterebilmek için sahte bir nüfus cüzdanını kullandığı takdirde sorumluluk nasıl belirlenecektir? Bazı yazarlar, aynı kasıt altında iki suç işlenmiş olacağından fikri içtimanın uygulanarak en ağır cezayı kapsayan suçtan sorumluluğun belirlenmesi gerektiğini ifade etmişlerdir<sup>114</sup>. Bize göre ise bir suç işlemek için olsa dahi her biri ayrı bir iradi kararla gerçekleştirilen ayrı ayrı fiiller bulunduğu için fail, hem resmi belgede sahtecilik suçundan hem de başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçundan cezalandırılmalıdır. Kaldı ki TCK'nın 212. maddesi hükmü de bir suçun işlenmesinde sahte belge kullanılması halinde *hem sahtecilik hem de ilgili suçtan dolayı ayrı ayrı cezaya hükümlenir* demektedir.

Keza fail örneğin, hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girebilmek için sahte nüfus cüzdanını bir başkasına hazırlatmış ve bunu kullanarak ceza infaz kurumuna girmiş ise bu takdirde fail birden fazla cezalandırılabilir harekette bulunmuş demektir. İlk olarak sahte resmi belge hazırlamaya azmettirme (TCK m. 38), sahte resmi belgeyi kullanma (TCK m. 204/1) ve TCK m. 291'deki bir başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçu ve yukarıda belirtildiği gibi TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suç ile yerine girdiği hükümlü ceza infaz kurumunda bulunmakta ise ayrıca TCK m. 294'deki kaçıma imkan sağlama suçlarını da işlemiş olacaktır. Bu ihtimalde sahte resmi belge hazırlamaya azmettirmeden sonra fail, hazırlattığı bu sahte belgeyi kullandığı için bu suçun seçimlik hareketlerinden birine şerik (azmettiren) olarak katılmış, kullanma seçimlik hareketini ise fail olarak gerçekleştirmiş olduğu için failliğin şerikliğe önceliği ilkesine göre bu suç bakımından sadece fail olarak sorumluluğu belirlenmelidir. Fail olduğu bu suçun yanında, ceza infaz kurumuna girme hareketiyle yani, bir fülle hem inceleme

<sup>114</sup> Gözübüyük, s. 428.



konumuz olan suçu hem TCK m. 283'deki suçu hem de 294'deki suçu da işlemesi nedeniyle bu üç suçtan dolayı sorumluluk, fikri içtima kurallarına göre en ağır cezayı gerektiren suçtan tespit edilmelidir. Dolayısıyla bir suç işlemek için dahi olsa her biri ayrı bir iradi kararla gerçekleştirilen birden fazla suç olması nedeniyle hem resmi belgede sahtecilik suçundan hem de fikri içtiman uygulanması sonucu en ağır cezayı öngören suçtan dolayı gerçek içtima kuralına göre ayrı ayrı cezalandırılmalıdır (TCK m. 212).

Tehditle birisinin başkasının yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi sağlanır ise bu kurumlara giren kişiye tehdit uygulandığı için cezalandırılmayacak (TCK m. 28), CMK'nın 223/3-b. maddesi gereğince sanığın yüklenen suçu tehdit etkisiyle işlemesi nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilecektir. Ancak tehdidi uygulayarak kişinin ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesine neden olan fail, kanaatimizce bu hareketi ile hem başkası yerine ceza infaz kurumuna girme suçunu işlemiş olmakta hem de ceza infaz kurumuna girdirdiği kişiye karşı hürriyetten yoksun kılma hareketini gerçekleştirmiş olmaktadır. Bu durumda tehdidi uygulayan failin sorumluluğu nasıl belirlenecektir? Bize göre, başkası yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçu ve tehditle kişiyi hürriyetten yoksun kılma suçu (TCK m. 109/2) açısından fail dolaylı fail olarak sorumlu olacaktır. Tehditle kişiyi hürriyetten yoksun kılma bileşik suç olarak düzenlendiği için tehditten ayrıca cezalandırma sözkonusu olmayacaktır. Dolayısıyla bir tehdit fiiliyle iki dolaylı faillik sözkonusu olacağı için fikri içtimaya göre sorumluluk tayin edilecektir.

Hapis cezasının özel infaz şekillerinden hafta sonu infaz ve geceleri infaz şekilleri de ceza infaz kurumlarında infaz edildikleri için gerçek hükümlünün yerine hafta sonları veya geceleri giren kişi de bu suçu işlemiş olacaktır. Ancak burada failin birden fazla ceza infaz kurumuna girip çıkması, bu suçu birden fazla işlediği şeklinde kabul edilmemeli ve fail hakkında gerçek içtima uygulanmamalıdır. Hafta sonları veya geceleri ceza infaz kurumuna girme, hükmün konusunun tekliği ve özel infaz şeklinin özelliği gereği hukuki anlamda hareketin tek olduğu kabul edilmeli ve bir

suçtan sorumluluk belirlenmelidir. Bununla birlikte örneğin, fail sadece bir hafta sonu veya bir gece ceza infaz kurumuna girmiş ve fakat yakalanmış olsa yine de tamamlanmış suçtan sorumluluk sözkonusu olacaktır. Bir hafta sonu veya bir gece ceza infaz kurumuna girdikten sonra iradi olarak devam etmemiş olsa da icra hareketleri tamamlandıktan sonra gönüllü vazgeçme olmayacağı için bu kurum uygulanamayacaktır. Bu suçla ilgili etkin pişmanlık düzenlemesi de olmadığından fail tamamlanmış suçtan sorumlu olacak, ancak bu pişmanlığının cezanın belirlenmesinde gözönünde bulundurulması yerinde olacaktır.

## X. Benzer Suçlarla Karşılaştırılması

### A. Suç Üstlenme Suçu

Suç üstlenme suçu TCK'nın 270. maddesinde *“Yetkili makamlara, gerçeğe aykırı olarak, suçu işlediğini veya suça katıldığını bildiren kimseye iki yıla kadar hapis cezası verilir. Bu suçun üstsoy, altsoy, eş veya kardeşi cezadan kurtarmak amacıyla işlenmesi halinde; verilecek cezanın dörtte üçü indirilebileceği gibi tamamen de kaldırılabilir”*, şeklinde düzenlenmiştir. Suç üstlenme suçunda fail yetkili makamlar huzurunda kendisini işlemediği bir suçun faili veya şeriki olarak itham etmelidir. Fail tarafından kendisine yüklenen suç hiç işlenmemiş olabileceği gibi, gerçekte başkası tarafından işlenmiş de olabilir<sup>15</sup>.

Suç üstlenme suçu ile başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu hiç işlenmemiş bir suçun üstlenmesinde değil, başkası tarafından işlenen suçun üstlenilmesinde benzeşebilir görünmektedir. Hiç işlenmemiş bir suçun üstlenilmesinde hakkında ceza muhakemesi yapılan başka kimse bulunmadığı için bir başkasının yerine tutukevine veya ceza infaz kurumuna girme gerçekleşmeyecektir. Oysa başkası tarafından işlenen suçun üstlenilmesinde fail,

<sup>15</sup> Bkz. Madde gerekçesi; aynı yönde Ünver, s. 166; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8149; Evik, s. 726; Yokuş Seviik, Özel Hükümler, s. 653. *“Kişinin gerçekte hiç işlenmemiş veya başkası tarafından işlenmiş olan bir suçu kendisinin işlediğinden bahisle bildirimde bulunmasıyla oluşan suç üstlenme suçunun...”*, YCGK, 05.07.2013, E. 2013/1-30, K. 2013/333, İlhan, Abdülkadir/Erel, Kemalettin vd.: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015, s. 1373; YCGK, 02.04.2013, E. 2013/1-44, K. 2013/115, İlhan/Erel vd., s. 1374.

başkası tutuklanacakken ya da mahkum olacakken onun suçunu üstlenerek onun yerine tutuklanabilmekte ya da mahkum olabilmektedir. Dolayısıyla fail, sonuçta, başkasının yerine tutuklu kalmakta ya da başkası yerine ceza infaz kurumuna girmektedir. Ancak bu durumda dahi başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu oluşmamaktadır. Çünkü suç üstlenme suçunda fail, başkasının işlediği suçu üstlenmekte ve bundan dolayı da verilen tutuklama kararı veya hüküm kendisi adına verilmektedir. Dolayısıyla başkasının suçunu üstlenen kişi gerçekte başkasının yerine tutukevine ya da ceza infaz kurumuna girse de hukuken kendi adına verilen tutuklama kararı veya hüküm nedeniyle tutukevine ya da ceza infaz kurumuna girmektedir. Halbuki başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunda fail, kendisini hakkında verilmiş bir tutuklama kararı veya hüküm bulunmamasına rağmen, başkası hakkında verilen tutuklama kararı veya hükümdeki kişi gibi göstererek, kendisini gerçek hükümlü ya da tutuklu kişi gibi tanıtarak ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmektedir<sup>116</sup>.

Diğer taraftan suç üstlenme suçunda önemli olan failin üstlendiği suç ile fail veya şeriklik gibi herhangi bir ilgisinin bulunmamasıdır<sup>117</sup>. Buna karşılık hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girme suçunda failin önceki suçla hiçbir bağlantısı olmasını engelleyecek (teorik olarak) maddede bir düzenleme olmadığı için örneğin önceki suçun azmettiren mahkum olup cezasını çektikten sonra estetik operasyonlarla ya da kamu görevlilerinin rüşvetle vs. görmezden gelmesiyle yine aynı suçtan hükümlü olan diğer bir kişi yerine ceza infaz kurumuna girebilir.

## B. Suçluyu Kayırma Suçu

Suçluyu kayırma suçu TCK'nın 283. maddesinde "(1) Suç işleyen bir kişiye araştırma, yakalanma, tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlayan kimse, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suçun

<sup>116</sup> Bkz. Parlar/Hatipoğlu, C. 4, 3. Baskı, s. 4400.

<sup>117</sup> Ünver, s. 171; Evik, s. 726; Parlar/Hatipoğlu, C. 4, 3. Baskı, s. 4255.

*kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır. (3) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü gibi bu suç, suç işleyen kişinin hakkında yapılan araştırmadan, yakalanmadan kurtulması için imkan sağlamak şeklinde işlenebileceği gibi tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlanmak şeklinde de işlenebilmektedir. Maddede tutuklanma veya hükmün infazından kurtulması için imkan sağlanmanın nasıl olacağı konusunda bir belirlemede bulunulmadığı için serbest hareketli bir suç olmaktadır. Dolayısıyla imkan sağlayıcı her hareket bu kapsamda değerlendirilebilecektir. Ancak imkan sağlayıcı bu hareket, failin tutuklanmadan ve hükmün infazından kurtulmasını sağlamak amacıyla yapılmalıdır<sup>118</sup>. Tutuklanmadan veya hükmün infazından kurtulmasına imkan sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde hakkında tutuklama kararı verilen failin yerine tutukevine girilmesi halinde ya da hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girilmesiyle de suçluyu kayırma suçu oluşacaktır. Nitekim Türk doktrininde<sup>119</sup> suçluyu kayırma suçunun karşılığı olarak ifade edilen Alman Ceza Kanununun (StGB) 258. maddesi bakımından Alman doktrini<sup>120</sup>, hükümlünün yerine bir başkasının ceza infaz kurumuna girmesini, yani başkası yerine cezanın çekilmesini, Alman Ceza Kanununun 258. maddesinin ikinci fıkrasındaki suçluyu kayırma suçu<sup>121</sup> olarak kabul*

<sup>118</sup> Özgenç, İzzet: Suç Örgütleri, 12. Bası, Ankara 2019, s. 211; Ünver, s. 480; Koca/Üzülmüş, Özel Hükümler, s. 1011; Evik, s. 738-739.

<sup>119</sup> Bkz. Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried: Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015, s. 368; Evik, s. 720-721; Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 5 vd.; Erem, s. 55.

<sup>120</sup> Kindhäuser, Urs: Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Völligneuüberarbeitete Auflage, Baden-Baden 2015, s. 325, kn. 16; Fischer, Thomas: Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016, § 258, kn. 31; Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, (MüKoStGB/Cramer/Pascal), Band 4, §§ 185-262, 2. Auflage, München 2012, § 258 kn. 35; S/S-Stree/Hecker, § 258 kn. 28; LK/Walter, § 258, kn. 38; Dölling/Duttge/Rössner-Pflieger, Gesamtes Strafrecht StGB-StPO-Nebengesetze Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2013, § 258 kn. 16. Nitekim doktrinde Zafer, Alman hukukunda suçluyu kayırma suçunun maddi unsurunu oluşturan harekete örnek olarak “Önfail hakkında hükmedilmiş olan cezanın üçüncü bir kişi tarafından infaz edilmesi”ni vermiştir. Bkz. Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 241.

<sup>121</sup> Alman Ceza Kanunu (StGB) § 258 “(1) Her kim, doğrudan isteyerek veya bilerek, diğer bir kişinin, işlediği hukuka aykırı bir fiil nedeniyle ceza kanunu uyarınca cezalandırılmasını veya bir

etmektedir. Hatta Alman İmparatorluk Mahkemesi, Alman Ceza Kanununun 258. maddesinin bugünkü bağımsız suç şeklini almasından önce yer aldığı 257. maddesi ile ilgili verdiği bir kararında 4 haftalık hapis cezasının bir başkasının yerine çekilmesinin 257. maddedeki suçu oluşturacağını belirtmiştir. Alman Ceza Kanununun önceki 257. maddesinde<sup>122</sup> yer alan “Her kim, bir cürmün veya cünhanın işlenmesinden sonra faile veya şerikine bunların cezalandırılmasını engellemek için” ifadesini<sup>123</sup>, bugünkü 258/2’deki gibi “ceza ve güvenlik tedbirinin tamamen veya kısmen infaz edilmesini engellerse” şeklinde bir ifade olmamasına rağmen sadece kovuşturma aşamasını değil, infazı da kapsayacak şekilde yorumlamıştır<sup>124</sup>.

Tutuklanmadan kurtulması amacıyla failin yerine tutukevine girilmesinin suçluyu kayırma suçunun oluşturup oluşturmayacağı maddede geçen “tutuklanma”dan ne anlaşıldığına bağlı olarak değişecektir. Çünkü doktrinde maddedeki “tutuklanma(dan)” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışmalıdır.

---

güvenlik tedbirine (11 fıkra 1no: 8) tabi tutulmasını, tamamen veya kısmen engellerse, beş yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. (2) Her kim, doğrudan isteyerek veya bilerek, diğer bir kişi hakkında hükmedilmiş bulunan bir ceza veya güvenlik tedbirinin tamamen veya kısmen infaz edilmesini engellerse, aynı şekilde cezalandırılır. (3) Ceza, öncül suç için öngörülen cezadan daha ağır olamaz. (4) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. (5) Her kim, işlediği fiil ile, kendisinin tamamen veya kısmen cezalandırılmasını veya hakkında bir güvenlik tedbiri uygulanmasını veya kendisi hakkında hükmedilmiş bir ceza veya güvenlik tedbirinin infaz edilmesini engellemek isterse, suçluyu kayırma suçundan dolayı cezalandırılmaz. (6) Bir akrabası lehine bu fiili işleyen kişi, cezadan muaftır”, Bkz. Yenisey/Plagemann, s. 368.

<sup>122</sup> Alman Ceza Kanunu (StGB) § 257 “1. Her kim, bir cürmün veya cünhanın işlenmesinden sonra faile veya şerikine bunların cezalandırılmasını engellemek için veya onun cürüm veya kabahatten edindiği yararları güvence altına almak için bilerek yardım ederse, para cezası ile veya bir yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile; eğer bu yardımı kendi menfaati sebebi ile yaparsa, beş yıla kadar hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılır. Ancak ceza, miktar ve nevi bakımından bizzat fiilin kendisi için öngörülen cezadan daha ağır olamaz. 2. Faile veya şerikine yardım, onu cezadan kurtarmak için aile bireylerinden biri tarafından yapılırsa cezalandırılmaz. 3. Yardım, fiilin işlenmesinden önce vaat edilmişse yardım iştirak olarak cezalandırılır. Bu hüküm aile bireylerine de uygulanır”, Zafer, s. 6.

<sup>123</sup> Alman Ceza Kanununun suçluyu kayırma suçunun kavramsal tarihi gelişimi ve ilgili madde metinleri için bkz. Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 5 vd.; bu suç hakkındaki açıklamalar için bkz. Zafer, Faile Yardım Suçu, s. 48 vd.

<sup>124</sup> Bkz. RG v. 11.6.1883, 1. Strafsenat 1028/83, RGST 8, 367-368.

Bazı yazarlara göre yeni CMK'nın sisteminde yurtdışında bulunan kaçaklar dışında giyabi tutuklama kararı verilememektedir. Zira CMK'da tutuklama talebinin reddedilmesiyle şüpheli veya sanık derhal serbest bırakılmakta, tutuklama talebine itiraz üzerine gerek kararna itiraz edilen hakim veya mahkeme gerekse itirazı inceleyecek olan merci, itirazı yerinde görmesi halinde de tutuklama kararı vermemekte, şüpheli veya sanığın tutuklanmasını temin için yakalama emri vermektedir. Bu nedenle suçluyu kayırma suçu daha çok şüpheli veya sanığın yakalanmadan kurtulmasına imkan sağlama şeklinde işlenebilecektir<sup>125</sup>. Diğer bazı yazarlara göre de CMK giyabi tutuklama kararına yer vermediği için tutuklanmadan kurtulmaya imkan sağlama suçu sadece duruşmada hazır bulunan şüpheli veya sanığın yüzüne karşı verilen tutuklama kararının akabinde duruşma salonundan kaçması ve bir başkasının da kaçan şüpheli veya sanığa yetkili makamların ulaşmalarının engellenmesi suretiyle işlenebilir<sup>126</sup>. Bazı yazarlara göre ise tutuklanmadan kurtulmaya imkan sağlama hareketi şüpheli veya sanığın sadece duruşma salonundan kaçarak değil, tutukevine götürülmeye çalışılırken kaçması halinde de sözkonusu olabilecektir. Ayrıca CMK'da var olan giyabi tutuklama kararında da uygulanabilecektir<sup>127</sup>.

Bize göre “tutuklanma(dan)” ifadesi açısından dikkat edilmesi gereken nokta, kişinin tutukevine girmesinin engellenmesine imkan sağlanmasıdır. Çünkü kişinin tutukevine girmesinden sonra tutukevinden kaçırılmak suretiyle tutuklu kalmamasına imkan sağlanması TCK m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama suçu olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla kişinin tutukevine girmesine engel olan her hareket bu kapsamda anlaşılabilir. Birincisi şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verilmeden önceki aşamada tutuklama kararının verilmesini engelleyici davranışlarla “tutuklanmadan” kurtulması için imkan sağlanmış olabilir. Doktrininde yakalamadan kurtulması için imkan sağlamada ifade edildiği gibi tutuklanmadan

<sup>125</sup> Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 1011-1012.

<sup>126</sup> Akkaş, Ahmet Hulusi: Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016, s. 283, dpn. 770.

<sup>127</sup> Ünver, s. 410.

kurtulması için imkan sağlamada da önemli olan kişinin tutuklanmasını önlemek amacıyla imkan sağlanmadır, ayrıca bu kişi hakkında tutuklama kararı verilmesi gerekli değildir<sup>128</sup>. Örneğin gözaltında bulunan şüpheli veya sanığın tutuklama talebiyle sulh ceza hakimine sevki sırasında kaçması ve onun bir başkası tarafından saklanmasıyla ya da bir başkası tarafından kaçırılarak saklanmasıyla tutuklama kararının verilmesine engel olunabilir. Keza tutuklama duruşmasında şüpheli veya sanığın lehine yalan tanıklık yapılması suretiyle de tutuklama kararının verilmemesine imkan sağlanmış olabilir.

İkincisi, şüpheli veya sanık hakkında tutuklama kararı verildikten sonra tutuklanmadan kurtulması için imkan sağlanabilir. Nitekim madde gerekçesinde “hakkında *tutuklama* veya mahkumiyet kararı verilen kişinin bir yerde barınmasını temin etme durumunda dahi, bu suçun oluştuğunu kabul etmek gerekir” demektedir. Dolayısıyla hakkında gıyabi tutuklama kararı verilen kişinin tutukevine konmaması için saklanması gibi hareketlerle imkan sağlanması mümkündür. Yargıtay da yoklukta tutuklama kararı bulunan kişiyi gizlemenin suçluyu kayırma suçu oluşturduğuna karar vermiştir<sup>129</sup>. Yine yüze karşı verilen tutuklama kararından sonra kaçarak saklanan tutuklunun gizlenmesiyle ya da karardan hemen sonra kaçırılmasıyla veyahut da tutukevine götürülürken kaçırılmasıyla<sup>130</sup> da imkan sağlama hareketi yapılmış kabul edilmelidir. Bu açıklamalar dikkate alındığında başkası hakkında tutuklama kararı verilmesini engelleyici hareketler suçluyu kayırma suçunu oluştursa da inceleme konumuz olan TCK m. 291’deki suçun oluşabilmesi için ortada bir tutuklama kararının bulunması gerektiği için bu suçun oluşturmayacaktır. Başkasının tutuklanmadan kurtulmasına imkan sağlayıcı hareket, tutuklama kararı verildikten sonra onu saklamak, gizlemek suretiyle işlenirse yine TCK m. 291’deki suç işlenmiş olmayacaktır. Ancak hakkında tutuklama kararı bulunan kişinin tutuklanmadan kurtulması amacıyla onun yerine ilk olarak

<sup>128</sup> Özgenç, Suç Örgütleri, s. 211; Koca/Üzülmez, Özel Hükümler, s. 1012.

<sup>129</sup> Y4CD, 10.07. 2006, 12332-13610, Parlar/Hatipoğlu, C. 4, 3. Baskı, s. 4354.

<sup>130</sup> Ünver, s. 482.

tutukevine girilmesiyle inceleme konumuz olan TCK m. 291'deki suçun oluştuğu söylenebilecektir. Bu durumda fikri içtimaya göre ceza belirlenmelidir. Bununla birlikte tutukevinde bulunan kişinin yerine geçilmesi halinde artık kişi tutukevinde olması nedeniyle suçluyu kayırma suçu oluşmayacaktır. TCK m. 291'deki inceleme konusu suç ile TCK m. 294'deki tutuklunun kaçmasına imkan sağlama suçu oluşacaktır. Bu durumda ise TCK m. 291 ile 294'deki suçlar arasında fikri içtima kurallarına göre sorumluluk tayin edilmelidir. Dolayısıyla gerek tutuklama kararı verilmeden önceki hareketlerle kişi hakkında tutuklama kararı verilmemesini sağlayıcı hareketler yapılmış olsun gerekse hakkında gıyabi ya da vicahi tutuklama kararı verilen kişinin tutukevine girmesini engelleyici hareketler yapılmış olsun TCK m. 283'deki suçun oluştuğu kabul edilmelidir. Kişinin tutukevine konulmasından itibaren kişiyi tutukevinden kaçırmaya, kurtarmaya yönelik hareketler yapılmış ise TCK m. 294'deki kaçmaya imkan sağlama suçu işlenmiş sayılmalıdır. Bu açıklamalar ışığında inceleme konumuz olan başkası yerine tutukevine ya da ceza infaz kurumuna girme suçunun oluşup oluşmaması değerlendirilecek olursa; hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna girme ilk olarak onun yerine ceza infaz kurumuna girmekle gerçekleşebileceği gibi hükümlü kurumdayken onun yerine geçilmekle de işlenebilmektedir. Eğer failde hükümlüyü cezanın infazından kurtarmak amacıyla onun yerine ceza infaz kurumuna girmesi halinde TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu oluşacaktır, aynı zamanda TCK m. 291'deki inceleme konumuz suç da oluşacaktır. Bu durumda içtima başlığında bahsedildiği gibi fikri içtimaya göre sorumluluk belirlenmelidir. Tutuklanmadan kurtulması için imkan sağlayıcı hareketler bakımından ise, TCK m. 291'deki suç kişinin tutukevine girmeden önce ilk olarak onun yerine geçilmesi durumunda gerçekleştiği gibi TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu da gerçekleşecektir. Bu durumda sorumluluk fikri içtima kurallarına göre belirlenmelidir. Ancak tutukevinde bulunun kişinin yerine geçilmesi halinde TCK m. 291'deki inceleme konumuz suç oluşacak olmasına karşın, TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu oluşmayacak, bununla birlikte TCK m. 294 deki suç oluşacak bunlar arasında fikri içtima uygulanacaktır.



Kanaatimizce tutuklanma veya hükmün infazından kurtarmak amacıyla gerçek tutuklu ya da hükümlünün yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girilmesi hareketi, TCK'nın 283. maddesindeki tutuklanma veya hükmün infazından kurtulmak bakımından imkan sağlama kapsamında bir hareket kabul edilebilecektir<sup>131</sup>. Fakat bu amaç dışındaki her hangi bir amaçla hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girilmesi halinde manevi unsur eksikliği nedeniyle TCK'nın 283. maddesindeki suçluyu kayırma suçu oluşmayacak, TCK'nın 291. maddesindeki suç oluşacaktır.

### C. Kaçmaya İmkan Sağlama

Kaçmaya imkan sağlama suçu TCK'nun 294. maddesinde düzenlenmiştir<sup>132</sup>. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere maddenin, birinci ve ikinci fıkrasındaki suçların faili herkes olabilir. Ancak beşinci fıkrada suçun, gözaltına alınan tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişiler tarafından işlenmesi nitelikli hal olarak öngörülmüştür. Ayrıca suçun kanuni tanımında gözaltında alınanın veya tutuklunun ya da hükümlünün kaçmasının sağlanmasından

<sup>131</sup> Bu durumda sorumluluğun belirlenmesi içtima konusunu ilgilendirdiği için gerekli açıklamalar içtima başlığı altında yapılmıştır.

<sup>132</sup> TCK m. 294: "(1) Gözaltına alınan veya tutuklunun kaçmasını sağlayan kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Hükümlünün kaçmasını sağlayan kişi, çekilecek olan hapis cezasının süresine göre iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Ancak, hükümlünün cezası; a) Müebbet hapis cezası ise, beş yıldan sekiz yıla, b) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ise, sekiz yıldan oniki yıla, Kadar hapis cezasına hükmolunur. (3) Bu suçların, cebir veya tehdit kullanılarak işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır. (4) Kaçması sağlanan kişi sayısının birden fazla olması halinde, bu sayı göz önünde bulundurularak, verilecek ceza üçte birden bir katına kadar artırılır. (5) Bu suçların gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün muhafaza veya nakli ile görevli kişiler tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza, üçte biri oranında artırılır. (6) Bu suçların üstsoy, altsoy, eş veya kardeş tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir. (7) Bu suçların işlenmesi sırasında kasten yaralama suçunun neticesi sebebiyle ağırlaştırılmış hallerinin veya kasten öldürme suçunun gerçekleşmesi ya da eşyaya zarar verilmesi durumunda, ayrıca bu suçlara ilişkin hükümlere göre cezaya hükmolunur. (8) Gözaltına alınan, tutuklu veya hükümlünün, muhafaza veya nakli ile görevli kişinin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranmasından yararlanarak kaçması halinde, altı aydan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

bahsedilmesine karşın, kaçmayı sağlayacak hareketler gösterilmediği için serbest hareketli bir suçtur. Manevi unsur bakımından, taksirli hali son fıkrada ayrıca düzenlendiğinden bir ve ikinci fıkralardaki suç, doğrudan veya olası kastla işlenebilir, amaç ya da saik aranmamıştır<sup>133</sup>. Dolayısıyla hangi amaçla olursa olsun hükümlü ya da tutuklunun kaçmasını sağlayacak her türlü hareketle kişi bu suçu işlemiş olacaktır. Ancak kaçmasını sağlamak, daha öncede belirtildiği üzere kişinin özgürlüğünün kısıtlandığı durumlarda, tutulduğu yerden ayrılmasını, gitmesini sağlamaktır. Örneğin nezarethanededen, karakoldan, tutukevi ya da ceza infaz kurumundan gitmesini sağlamaktır. Keza hükümlü veya tutuklu nakledilirken kaçırılması halinde de kaçmaya imkan sağlama suçu oluşacaktır<sup>134</sup>. Gerçek hükümlü veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girip onun yerine geçmek suretiyle kişi, gerçek hükümlü veya tutuklunun kaçmasına imkan sağlayıcı harekette bulunmuş olur. Kaçmaya imkan sağlama suçunun böyle bir hareketle işlenmesi halinde hükümlünün veya tutuklunun yerine ceza infaz kurumuna ya da tutukevine girmesi suçunun da tipikliği gerçekleşmekte ve dolayısıyla her iki suç da işlenmiş olmaktadır.

### **XI. Yaptırım, Soruşturma, Görevli Mahkeme ve Dava Zamanaşımı**

Suçun yaptırımını altı aydan iki yıla kadar hapis cezasıdır. Resen takip edilen bir suçtur. Görevli mahkeme asliye ceza mahkemesidir. Dava zamanlaşımının başlangıcı bakımından ise kanaatimizce, suçun kesintisiz suç olduğu kabulünden hareketle belirleme yapmak gerekmektedir. Dolayısıyla suç, failin ceza infaz kurumuna veya tutukevine girmesiyle tamamlanmasına rağmen, içeride kaldığı sürece işlenmeye devam ettiği için bu suçun dava zamanlaşımı başlangıç tarihi, suçun işlendiği (ceza infaz kurumuna veya tutukevine girdiği) tarih değil, kesintinin meydana geldiği tarih olarak anlaşılmalıdır. Eğer cezaevine girdiği tarihi zamanlaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edersek başkası yerine cezayı çektiği

<sup>133</sup> Ünver, s. 619; Yaşar/Gökcan/Artuç, C. 6, 2. Baskı, s. 8569; Meran ise ancak doğrudan kastla işlenebileceğini ifade etmektedir. Meran, s. 427.

<sup>134</sup> Ünver, s. 616.

sürede fark edilmediğinde zamanaşımı dolacak ve fail cezalandırmayacaktır. Böyle bir adaletsiz durumun ortaya çıkmaması adına suçun kesintisiz suç olduğunu kabul etmek ve kesintinin meydana geldiği tarihten itibaren zamanaşımını başlatmak bu suçtan dolayı failin cezalandırılabilirliğini sağlamak adına daha adil olacaktır.

### Sonuç Yerine

Burada, yukarıda ortaya konmaya çalışılan hususları aktarmak yerine, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçunun kanuni düzenlemesi ile ilgili birkaç noktadaki değerlendirmeler ve öneriler ifade edilecektir. Fakat öncesinde bir noktayı vurgulamak gerekirse, hükümlü yerine ceza infaz kurumuna girilerek hükümlünün cezasının tamamı çekilse dahi gerçek hükümlü hakkındaki hapis cezası infaz edilmiş sayılmaz. Çünkü bu ceza onun tarafından bizzat çekilmesi gereken, şahsına bağlı bir yükümlülüktür<sup>135</sup>. Zaten cezanın amaçlarının gerçekleşebilmesi için infazın gerçek hükümlü tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği açıktır. Fakat başkası gerçek hükümlü yerine ceza infaz kurumunda cezayı çekerken veya daha sonra bu durum ortaya çıkmamış ve gerçek hükümlü hakkındaki hüküm infaz edilemediği için ceza zamanaşımı dolmuş ya da af gibi ceza ilişkisini düşüren başka sebepler gerçekleşmişse artık infazın da sözkonusu olamayacağı izahatın varestedir. Tutuklamadan beklenen amaçların gerçekleşebilmesi bakımından tutuklama kararının da gerçek tutuklu kişi tarafından yerine getirilmesi gerektiği kesindir. Bununla birlikte gerçek tutuklu yerine bir başkası tutukevinde olmasına rağmen delillerin toplandığı, tutuklama nedenlerinin bulunmadığı gerekçesiyle tutukluluk halinin sonlandırılmasına karar verildiğinde artık gerçek tutuklu kişinin, önceki tutuklama kararının infaz edilememesine dayanarak yeniden tutuklanması mümkün olmamalıdır. Ancak eğer hakkında mahkumiyet kararı verilmişse tutuklulukta geçen süresi var kabul edilmeyip, mahsup yapılmadan cezasını çekmelidir. Beraat kararı verilmesi halinde ise kendisi

<sup>135</sup>

Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhein, § 258 kn. 65.

yerine bir başkasının tutuklu kaldığı bu süre hiçbir şekilde örneğin, CMK m. 141'de öngörülen koruma tedbirleri nedeniyle tazminata karar verilmesi sözkonusu olmamalıdır. Tutukluluğun tahliyesi dışında tutukluluk devam ederken durum anlaşıldığında ise, tutukluluk başlangıcı olarak kendisinin tutukevine girdiği tarih esas alınmalıdır ve mahsup ya da koruma tedbirleri nedeniyle tazminatta bu tarih gözönünde bulundurulmalıdır.

İlk olarak, maddenin kapsamına kanaatimizce, 1958 tasarısında olduğu gibi kendini, hakkında güvenlik tedbiri uygulanan kişinin yerine koyma fiili de dahil edilmelidir<sup>36</sup>. Bu suçla öncelikle adli fonksiyonların normal ve düzgün işleyişinin sağlanması korunmak istendiğine göre güvenlik tedbirinin de normal ve düzgün işleyişinin temini için güvenlik tedbiri uygulanan kişinin yerine girilmesi de suç kapsamına alınmalıdır. Çünkü adli faaliyetlerin işleyişi zarar görecektir ve infazla görevli makamların görevini yapamadığı algısı oluşacaktır. Ayrıca suç işleyen kişiye uygulanan yaptırımların amaçları gözönüne alındığında sadece hapis cezasına mahkum olan kişinin yerine geçilmesi değil, güvenlik tedbirine hükmedilen kişinin yerine geçilmesi de sorumluluk gerektiren bir davranış olarak kabulü edilmesi gerektiği anlaşılacaktır. Nasıl ki hapis cezasının yerine getirilmemesiyle bu cezanın yerine getirilmesinden beklenen amaçlar, örneğin özel önleme ve genel önleme gerçekleşmeyecekse, hükmedilen hürriyetten yoksun bırakan ve bir kurumda tedavi gerektiren güvenlik tedbirinin yerine getirilememesi de kişinin tehlikelilik halinden kurtulmasına, iyileşmesine ve toplumun tehlikeli kişiden korunmasına engel olacaktır. Sonuçta, yapılan soruşturma ve yargılamalar boşa yapılmış olacak ve adaletin tecellisine mani olunmuş olacaktır. Dolayısıyla tehlikeliliği tespit edilen hükümlünün kurumda tedaviye tabi tutulduğu sürece ve tedavi sonucu iyileşmesiyle de toplumun ondan korunması gerçekleşecektir. Bununla birlikte TCK'nın 283. maddesindeki "hükümün" kavramının güvenlik tedbirlerini kapsadığı kabul edilirse

<sup>36</sup> Kaldı ki Alman ceza kanunu m 258, İsviçre ceza kanunu m. 305 de olduğu gibi güvenlik tedbirlerinin uygulanmasının engellenmesi de infazı engelleme suçu kapsamında düzenlenmektedir. Bkz. Zafer, s. 237. Doktrinde Zafer, güvenlik tedbirinin engellenmesinin de suçluyu kayırma kapsamına alınması gerektiğini ifade etmektedir. s. 237.

bu madde kapsamında cezalandırılacağı da ifade edilmelidir<sup>137</sup>. Ancak hükmün infazından kurtulma amacı dışında, hakkında güvenlik tedbiri uygulanan kişinin yerine geçmenin TCK m. 283 kapsamında değerlendirilemeyeceği de hatırlatılmalıdır.

İkinci olarak, hakkında disiplin hapsi ve tazyik hapsi uygulanan kişilerin yerine geçilmesi de sorumluluk kapsamına alınmalıdır. Nitekim daha önce ifade edildiği üzere 765 sayılı TCK'nın 284. maddenin değişiklik gerekçesi olarak tazyik hapsinin de maddeye dahil edilmek istenmesi belirtilmişti. Hapis veya güvenlik tedbirleri ile aynı kapsamda olmasa da suçun cezasının alt sınırı daha düşük tutularak bu kişilerin yerine geçilerek infazın sağlanması da engellenmelidir. Disiplin veya tazyik hapsi kararlarının da infazı, ceza infaz kurumunda yerine getirildiği için bunların yerine başkasının girmesi de adli fonksiyonların işleyişini ve adli makamlara güveni zedeleyecektir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi kanunilik ilkesi gereğince hakkında disiplin ya da tazyik hapsi uygulananlar hükümlü olmadıkları için bu madde kapsamında değerlendirilmemelidir<sup>138</sup>.

Üçüncü olarak, inceleme konumuz suçun bağımsız bir suç olmaktan çıkarılıp Alman ceza kanununun 258. maddesinde olduğu gibi infazın tamamen ve kısmen engellenmesi şeklinde belirttiğimiz kapsamda yeni bir düzenlemede hüküm altına alınmalıdır. Ancak bu düzenleme, 291. maddenin manevi unsuru gibi olmalı, hükmün infazından kurtarmak amacıyla işlenmesi denilerek daraltılmamalıdır. Çünkü hangi amaçla infaz engellenirse engellesin adliyenin normal işleyişi

---

<sup>137</sup> Aynı yönde **Yılmaz, Zahit**: "Suçluyu Kayırma Suçu (TCK m. 283)", MÜHF HAD, C. 18, 2012/1, s. 159. Nitekim TCK 283. madde gerekçesinde "kişinin mahkum olduğu cezanın veya *tedbirin engellenmesi*" denilerek tedbirler de bu madde kapsamında olduğu ifade edilmektedir.

<sup>138</sup> Hatta hükümlü kavramının kullanıldığı diğer suçlar bakımından da kanaatimizce aynı geçerlidir, bu nedenle ilgili maddelerde de disiplin hapsi ve tazyik hapsi kapsama alınmalıdır. Aksi takdirde örneğin bu kişilerin ceza infaz kurumundan kaçması TCK'nın 292. maddesi kapsamında cezalandırılmayacak, bu kişilerin kaçmasına imkan sağlama (TCK m. 294) gibi diğer maddeler uygulanamayacaktır. Hükümlü veya tutuklularla birlikte ayaklanmaya katılması halinde TCK'nın 296. maddesi tatbik edilemeyecektir.

aksatılacak, adli makamlara olan güven sarsılacak ve infazdan beklenen amaçların gerçekleşmesi engellenmiş olacaktır.

Yapılan değerlendirmelerimiz neticesinde kanaatimizce, başkası yerine ceza infaz kurumuna veya tutukevine girme suçu, TCK m. 283'deki suçluyu kayırma suçu kapsamına dahil edilerek suçluyu kayırma suçu da Alman ceza kanunu gözönünde bulundurularak şu şekilde bir formülasyonla yeniden düzenlenebilir:

“(1) Suç işleyen bir kişi hakkında ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasını veya hükmün infazını tamamen ve kısmen engelleyen kimse altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Disiplin ve tazyik hapsi kararlarının infazını tamamen veya kısmen engelleyen kimse üç aydan iki yıla kadar cezalandırılır.

(3) Bu suçun kamu görevlisi tarafından göreviyle bağlantılı olarak işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır.

(4) Bu suçun üstsoy, altsoy, eş, kardeş veya diğer suç ortağı tarafından işlenmesi halinde, cezaya hükmolunmaz”.

## KAYNAKÇA

**1940 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı:** (Madde 1-183), Ad. Cer., 1941, Sene 32, S. 9, s. 633-668; (Madde 184-299), Ad. Cer., 1942, Sene 33, S. 2, s. 113-144; (Madde 300-416), Ad. Cer., 1942, Sene 33, S. 6, s. 705-733.

**1958 Türk Ceza Kanunu Tasarısı (Layihası)** Türk Ceza Kanunu Layihası, Ankara 1958.

**1987 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı,** Türk Ceza Kanunu Öntasarısının Gerekeçesi, Ankara 1987.

**1989 Tarihli Türk Ceza Kanunu Öntasarısı,** Türk Ceza Kanunu Öntasarısı, İkinci Komisyon Tarafından Yapılan Değerlendirme Sonunda Hazırlanan Metin, Ankara 1998.

**2001 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı,** T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000.

**2003 Tarihli Türk Ceza Kanunu Tasarısı.**

**Akbulut, Berrin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2019.

**Akkaş, Ahmet Hulusi:** Ceza Muhakemesi Bağlamında Yargı Mercileri Kararlarının Birbirleri Üzerindeki Etkisi, Ankara 2016.

**Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim,** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2018.

**Artuk, M. Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2018.

**Artuk, M. Emin/Yenidünya, A. Caner:** “Yeni Ceza Kanunu’nda Konut Dokunulmazlığın İhlal Suçu (m.116)”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl 2, Ekim 2005/6-7.

**Balcı, Murat:** Ceza Muhakemesinde Hüküm ve Çeşitleri, Ankara 2013.

**Centel, Nur/Zafer, Hamide:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, İstanbul 2017.

**Centel, Nur:** Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama, İstanbul

**Çağlayan, Muhtar M.:** Türk Ceza Kanunu, C. 2 (Madde 125-315), 3. Baskı, Ankara (Baskı tarihi yok).

**Demirbaş, Timur:** İnfaz Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019.

**Doğan, Koray:** “Ceza Muhakemesinde Hüküm”, CHD, Yıl 3, Ağustos 2008/7.

**Dölling/Duttge/Rössner-Pflieger,** Gesamtes Strafrecht StGB-StPO-Nebengesetze Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2013.

**Dönmezer, Sulhi/Yenisey, Feridun:** Karşılaştırmalı Türk Ceza Kanunu ve 1997 Tasarısı, Gerekçeler, İstanbul 1998.

**Erem, Faruk:** Adliye Aleyhinde Cürümler, Ankara 1955.

**Evik, Vesile Sonay:** “Suçluyu Kayırma Suçu”, Galatasaray Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, C. 1, 2010/1.

**Fischer, Thomas:** Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 63. Auflage, München 2016.

**Gerçeker, Hasan:** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 4, (Madde 217-345), 2. Baskı, Ankara 2014.

**Gökçen, Ahmet:** Belgede Sahtecilik Suçları (TCK m.204-212), 3. Baskı, Ankara 2013.

**Gözübüyük, Abdullah Pulat:** Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Açılımı, C. III, (Hususi Kısım-Cürümler), (Madde 202-368), Ankara (tarih yok).

**Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2019.

**Heinrich, Bernd:** Ceza Hukuku Genel Kısım I (Ed.: Yener Ünver), Ankara 2014

**İçel, Kayıhan/Ünver, Yener/Hakeri, Hakan:** Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Yasaları, 9. Bası, İstanbul 2014.

**İçel, Kayıhan:** “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl: 7, Güz 2008/14. <http://www.ticaret.edu.tr/uploads/kutuphane/dergi/s14/035-049.pdf>, 15.08.2016.

**İçel, Kayıhan:** Suçların İçtimaı, İstanbul 1972.

**İlhan, Abdülkadir/Erel, Kemalettin vd.:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (2005-2015), Ankara 2015.



**İnci, Z. Özen:** Bir Koruma Tedbiri Olarak Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama, 3. Baskı, Ankara 2014.

**Kindhäuser, Urs:** Strafrecht Besonderer Teil I, 7. Völligneuüberarbeitete Auflage, Baden-Baden 2015.

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 12. Baskı, Ankara 2019.

**Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Bası, Ankara 2018.

**Kunter, Nurullah/Yenisey, Feridun/Nuhoglu, Ayşe:** Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18. Bası, İstanbul 2010.

**Leipziger Kommentar, (LK/Walter),** Strafgesetzbuch, Band 8 §§ 242-262, 12. Neu bearbeitete Auflage, Berlin/New York, 2010.

**Malkoç, İsmail:** Açıklamalı Türk Ceza Kanunu C. 4, (Madde 242-345), Ankara 2013.

**Meran, Necati:** Yeni Türk Ceza Kanununda Kamu Görevlisine ve Adliyeye İlişkin Suçlar", Ankara 2006.

**Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch, (MüKoStGB/Cramer/Pascal),** Band 4, §§ 185-262, 2. Auflage, München 2012.

**Nomos Kommentar, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-Altenhein,** Strafgesetzbuch, Band 3, §§ 232-358, 4. Auflage, Baden-Baden 2013.

**Okuyucu Ergün, Güneş:** 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Konut Dokunulmazlığını İhlal Suçu, Ankara 2010.

**Önder, Ayhan:** "Mütemadi Suç", İHFM, C. 29, 1963/1-2.

**Önder, Ayhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II-III, 2. Bası, İstanbul 1992.

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2019.

**Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2019 (Özel Hükümler).

**Özbek, Veli Özer/Kanbur, Mehmet Nihat/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar/Tepe,** İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.

**Özbek, Veli Özer:** İnfaz Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 241.

**Özen, Mustafa:** “İflasın Erteleme Sürecinde Atanan Kayyımın Cezai ve Hukuki Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 10, Mart 2015/103.

**Özgenç, İzzet:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 15. Baskı, Ankara 2019.

**Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Sırma Gezer, Özge/Saygılar Kırt, Yasemin F./Alan Akcan, Esra/Özaydın, Özdem/Erden Tütüncü, Efsar/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can:** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2019.

**Özütürk, Nejat:** Türk Ceza Kanunu Şerhi ve Tatbikatı, İstanbul 1970.

**Parlar, Ali/Hatipoğlu, Muzaffer:** Açıklamalı-Yeni İçtihatlarla 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu Yorumu, C. 4, (230-345. Maddeler), 3. Baskı, Ankara 2010.

**Parlar, Ali/Öztürk, Mustafa:** Uygulamada Adliyeye Karşı Suçlar, İstanbul 2018.

**Sancar, Türkan Yalçın/Köprülü, Timuçin:** Ceza Hukuku Genel Hükümler Uygulamalı Çalışmaları, Ankara 2014.

**Schönke, Adolf/Schöreder, Horst, (S/S-Stree/Hecker):** Strafgesetzbuch Kommentar, 29. neu bearbeitete Auflage München 2014.

**Soyaslan, Doğan:** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2002.

**Sözüer, Adem:** Suça Teşebbüs, İstanbul 1994.

**Şahin, Cumhur/Göktürk, Neslihan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, I, 10. Baskı, Ankara 2019.

**Şahin, Cumhur:** Türk Ceza Kanunu ve Tasarısında Suçlunun Kayrılması Suçları”, TNBHD, 15 Mayıs 1999/102.

**Şensoy, Naci:** “Konut Dokunulmazlığını İhlal Cürmü”, İHFM, C. 11, 1945/3-4.

**Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/Önok, R. Murat:** Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 17. Baskı, Ankara 2019.

**Turhan, Faruk:** “6706 Sayılı Cezai Konularda Uluslararası İş Birliği Kanunu'nun Kapsamı ve Genel Hükümleri Hakkında Bir Değerlendirme”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019.

**Turhan, Faruk:** “Anayasa ve Milletvekili Seçimi Kanununa Göre Seçilmeye Engel Suç ve Cezaların Yeni Ceza Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, Erzincan Üniversitesi HFD, C. 11, 2007/1-2.

**Turhan, Faruk:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

**Turhan, Faruk:** “Cezai Konularda Uluslararası Adli İş Birliği Kanununa Göre İadenin Kabul Edilebilirlik Koşulları: Doktrin ve Uluslararası Gelişmeler Işığında Bir Değerlendirme”, Süleyman Demirel Üniversitesi HFD, Cilt: 8, Sayı 2, Yıl 2018.

**Ünver, Yener/Hakeri, Hakan:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2019.

**Ünver, Yener:** “TCK’daki Evrakta Sahtecilik Suçları”, Rechtsbrücke-Hukuk Köprüsü Dergisi, Nr. 4, 2013/4.

**Ünver, Yener:** TCK’da Düzenlenen Adliyeye Karşı Suçlar, İftira, Suç Uydurma, Suç Üstlenme, Yalan Tanıklık ve Bilirkişilik, İnfaz Kurumlarından Kaçma, 5. Baskı, Ankara 2019.

**Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa:** Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. 6 (Md. 252-345), 2. Baskı, Ankara 2014.

**Yenidünya, A. Caner/İçer, Zafer:** Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2016.

**Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe:** Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.

**Yenisey, Feridun/Plagemann, Gottfried:** Alman Ceza Kanunu Strafgesetzbuch (StGB), 2. Baskı, İstanbul 2015.

**Yenisey, Feridun:** Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku Duruşma ve Kanunyolları, 2. Baskı, İstanbul 1990.

**Yılmaz, Zahit:** “Suçluyu Kayırma Suçu (TCK m. 283)”, MÜHF HAD, C. 18, 2012/1.

**Yokuş Sevik, Handan:** “Resmi Belgenin Düzenlenmesinde Yalan Beyan Suçu (TCK m.206)”, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel Sayı, 2019.

**Yokuş Sevik, Handan:** Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.

**Zafer, Hamide:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, TCK m. 1-75, 7. Bası, İstanbul 2019.

**Zafer, Hamide:** Faile Yardım Suçu ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu, İstanbul 2004.

.

## ÇEVİRİ

OSMANLI TÜRKÇESİ ASLINDAN GÜNÜMÜZ TÜRKÇESİNE ÇEVİRİ  
İSLÂHÂT-I ADLİYYE / DAVA VEKİLİ: KONT OSTROGOG\*  
İLM-İ HUKUK VE MUKAYESE-İ KAVÂNİN MECMÛASI / İSTANBUL: MEHMED  
ARİF / 31 MAYIS 1325  
CİLT: I, SAYI: 3, SAYFA: 177-185

Cengizhan KIRNIK\*\*

### TAKDİM

Edirne Uzunköprü'de doğan Mehmed Ârif Efendi, hukuk mektebi mezunudur. Çatalca Savcı Yardımcılığı yaptığı dönemde Meclis-i Mebûsân seçimlerine katılmış; 24 Kasım 1908'de 52 oy ile Edirne Gümülcine'den mebûs olarak seçilmiştir. Birinci Dönem (1908-1912) ve İkinci Dönem (1912-1912) Meclisi Mebûsân'da yer alan Mehmed Ârif Efendi, Adliye Encümeni Mazbata Muharrirliği (Adliye Komisyonu Tutanak Yazarlığı) görevinde bulunmuştur.<sup>1</sup> Mehmed Ârif mebûs olmasının yanı sıra, İlm-i Hukûk ve Mukâyese-i Kavânîn Mecmuası'nın (Hukuk İlmi ve Kanunların Karşılaştırması Dergisi) da sahibidir. Bu Mecmua, İkinci Meşrutiyet'ten sonra hukuk alanında yapılan düzenlemeler ile bu alandaki sorunları ele alan bir yayın olması nedeniyle önem taşımaktadır. 13 Nisan 1909'da yayınlanmaya başlayan Mecmua, toplam 24 sayı çıkmıştır. Mecmua'da Hasan Fehmi Paşa, Kont Leon Ostrogog, Ahmed Şuayb, Kırkor Zöhrab, Yanko Vitinos, Agob Babikyan gibi hukuk alanında çalışan önemli kimselerin makaleleri bulunmaktadır.<sup>2</sup>

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 12.11.2019

Kabul Edildiği Tarih: 13.12.2019

\*\* Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi.

E-Posta: [cengizhankirnik@gmail.com](mailto:cengizhankirnik@gmail.com)

ORCID-ID: 0000-0001-9654-1618

<sup>1</sup> İhsan Güneş, (Hazırlayan), *Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci I. Ve II. Meşrutiyet*, TBMM Vakfı Yayınları, Ankara, 1997, C: 2, s. 27, 46, 346.

<sup>2</sup> Fatma Gül Demirel, *Kütüphane Rafında Okuyucusunu Bekleyen Bir Yayın: İlm-i*

31 Mart Vakası'ndan sonra "Anadolu reformu" adını verdikleri bir proje çerçevesinde nezaret bürokratları, sorunların tespiti ve bunların ortadan kaldırılması yönünde de bir takım girişimlerde bulunmuş ve buradan hareketle de tüm Adliye Müfettişliklerini ilga etmiştir. 1909 yılına Ticaret Kanunu hazırlıkları ile giren Adliye Nezareti, Kamil Paşa Kabinesinin parlamento tarafından düşürülmesinden etkilenmemiştir. Ancak Hüseyin Hilmi Paşa Hükümeti'nin göreve gelmesinden çok kısa bir süre sonra Manyasizade Refik Bey'in ölmesi üzerine bu makama Yanya eski Valisi Nazım Paşa getirilmişti (14 Mart 1909). Manyasizade'nin zamansız ölümüne rağmen adliye bürokratları Meşrutiyet'in ilk günlerinden itibaren sürdürdükleri reform çalışmalarına ara vermeden devam etmişlerdi.<sup>3</sup>

Bu olaylar neticesinde adliyede bürokrasinin ve hukukun işleyişi, çalışma usulü ve sonuçları hakkında değerlendirme yapan Mehmed Akif Bey olası çözüm önerilerini de makalesinde yayımlamıştır.

Çeviride Osmanlıca kelimeler mümkün olduğunca Osmanlıca kullanılmıyalla verilmiş, günümüzde sık kullanılan kelimeler, bağlaçlar vb. ifadeler günümüz Türkçesindeki kullanımıyla bırakılmıştır. Ayrıca metnin aslı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM) Osmanlıca Makaleler arasında bulunmaktadır.

---

*Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası*, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, 2005, C: 3, S:

5, s. 757. Ayrıca bkz. Ashhan Nesli, *Tensikât-I Adliyye: Mahkeme-İ Temyiz" Adlı Makale Bağlamında Mehmed Ârifin Temyiz Mahkemesi Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi*, YBHD, Ankara, 2019, S: 4, s. 159-186.

<sup>3</sup> Erkan Tural, *II. Meşrutiyet Dönemi'nde Adliye Ve Mezâhip Nezareti'nde Bürokratik Reform*, AÜHFD, Ankara, 2008, C: 57, S:7, s. 229.

ISLÂHÂT-I ADLİYYE[<sup>0</sup>]DAVA VEKİLİ: KONT OSTROGOG<sup>4</sup>

Umûr-u adliyenin şubât İdâre-i Osmaniye'den en ziyade muhtâc ıslah olan umûr add olduğu teslîmkâr da(?)\*\* umûmdur. Lâkin Ricâl-i Devlet-i Osmaniye, bu hakîkati herkesten ziyâde müdrîk buldukları hâlde bile, ıslâhât-ı mezkûranın hız husule getirilmesinde para ve memurun fîkdânından dolayı maatteessüf pek çok müşkilâta tesâdüf edildiğini beyân etmektedir.

Bu teessüflerin, bu tarz muhakemenin sûret-i sahihada anlaşılmasından mütevellid bir esasa ibtinâ eylemiş olması pek muhtemel değildir.

Umûmiyetle iyi bir idârenin ve husûsiyetle umûr-u adliyenin bir sûret-i sahiha ve sâlimde cereyan edebilmemesi için fevk olmada mukadder memurlara, mezbûl paraya ihtiyaç bulunduğu fikri doğru değildir. Eğer böyle olmuş olsa idi umûr-u adliyesi en ziyade şâyeste-i gıbta olan memleketler ahalisinin kısm-ı azamı

[<sup>0</sup>] Bu mütalaanına adliye nazırı merhum Manyasizade Refik Bey tarafından vukû' bulan talebi üzerine yazılmıştır.

<sup>4</sup> Leh asıllı olup tam adı Comte (Count) Léon Valérien Ostrorog'dur. Babası Yüzbaşı Stanislas Ostrorog, Sultan Abdülmecid döneminde İstanbul'a gelen, ardından Fransa'ya yerleşen Polonyalı bir mülteciydi. Comte Léon yükseköğrenimini Paris Hukuk Fakültesi'nde tamamladı. Fransa, Almanya ve İngiltere'de anonim şirketlerin kuruluşunu ele aldığı mukayeseli hukukla ilgili teziyle doktor oldu. lâm hukuku doktorası yaptığına dair bilgi (Atasoy, s. 207; Elmacı, s. 4) yanlıştır. İstanbul'a ilk defa Paris'te tanıştığı Türk öğrencileri vasıtasıyla, daha sonra Düyyûn-ı Umûmiyye'de görev almak üzere geldi (1894). Mekteb-i Hukuk'ta girdiği sınavda başarılı olunca Osmanlı topraklarında avukatlık yapma hakkı kazandı. Necmeddin Molla, kendisinin Adliye Nezâreti müşavirliğine getirilmesini sağlamak için Meclis-i Meb'ûsan'da yaptığı onunla ilgili övücü konuşmada avukatlık sınavı sırasında fıkah usulü bilgisinden ötürü Büyük Haydar Efendi tarafından takdir edildiğini belirtmiştir. Bu alandaki çalışmalarının ilk ürünü, geniş açıklamalarla iki cilt halinde neşrettiği Mâverdü'nin el-Ahşkâmü's-Sultânîyye adlı eserinin kısmî Fransızca tercümesidir. İstanbul'da İttihat ve Terakkî ileri gelenleriyle yakın ilişki kuran Ostrorog, Adliye Nâzırı Manyasizâde Refik Bey'e hukuk reformu hakkında bir rapor takdim etti (6 Şubat 1909). Türkiye'deki son görevi Aralık 1913'te getirildiği Bâbîâli birinci hukuk müşavirliğidir. I. Dünya Savaşı devam ederken Türkiye'den ayrılan Ostrorog, Türkiye ile ilişkisini devam ettirmekle beraber son yıllarını Londra'da geçirdi ve burada öldü. bkz. ALİ ADEM YÖRÜK, "OSTROROG, Comte Léon," <https://islamansiklopedisi.org.tr/ostrog-comte-leon>, (09.11. 2019).

\*\* Çeviriden emin olunamadığı için "(?)" ifadesi kullanılmıştır.

fevkalâde bir sûrette ashâb-ı iktidâr ve dirayetinden olanlardan, bûdceleri vâsi' bulunanlardan ibaret olması lâzım gelirdi. Vâsi' bûdceye mâlik memleketler mevcuttur. Lâkin ahaliyesinin kısm-ı azamı fevkalâde sûrette ashâb-ı iktidâr ve dirayetten mürekkeb bulunamı mevcut değildir. Bununla beraber memâlik-i garbiyenin kâffesinde umûr-u adliyenin herkesçe bâis memnuniyet bir derecede bulunduğu müsellemedir.

Çünkü teşkîlat-ı idârenin bütün sanat ve mahâreti vasatî derecede iktidâr ve fazîlet sahibi zâtların ve hükümetin deruhde etmeye mecbur bulunduğu vazâifin kesretinden dolayı tahdîd edilmesi zarûrî bulan vesâit-i nakdiye ile idare-i umûr edebilmektedir. Bunun esaside memurların vazifelerini bir sûret mûşikâfâne ve memnuniyet bahşede ifa edebilmelerini temîn kifayeti üzerine istinâd eder.

Memurlar ya kendileri fikren ve ruhen gayet mümtaz bir fitrata mâlik olduklarından yahud yüksek maaşa nail olmak emeline kapıldıklarından tûlâyî vazifelerini hasen sûretle îfâ etmemeli; bölge kanunları o sûretle yapmalı ki hasen ifayı vazife mümkün olduğu derecede kolay ve ihmâl ve sût' istimâl mümkün olduğu derecede zor olmalı. İşte memurlar ancak böyle kanunlar bulunduğu anda tûlâyî matlub vecihle vazifelerini îfâ edebilmeli.

#### Hâkimler:

Elyevm Devlet-i Osmaniye'de hâkimlerin vazâifini tayin eden kavânîn ve nizâmat haddi tetkikten geçirilecek olursa kavânîn-i mezkûrenin yukarıda zikir edilen iki şartı ne kadar kabulse o kadar az haiz olduğu görülür. Hatta daha doğrusunu söylemek lâzım gelirse denebilir ki bilakis cihet-i makûsaya saiktir.

Bir kâide olmak üzere beyan edilebilir ki adaletin hakkıyla icrâ edildiği kabul olunabilmek için hâkimin hakâik-i ahvâle muvafık ve nizâmat mevzuaya mutabık bir sûrette i'tâi hüküm eylemeleri lâzımdır.

Vazîfesi bu yolda hükümler i'tâisinden ibaret bulunan hâkimin şu vazîfesinin mümkün olduğu kadar sehille icrâ olması için de âşikârdır ki bu



hâkimin mevzu-i bahis müddeîyeti anlaması, bu müddeîyetten tarafının istihsâl etmek istedikleri nasibi takdir etmesi için kendisine tahsîlat lâzıme gösterilmesi icâb eder.

Hâlbuki i'tâi hükme davet olunan bir Hükm-i Kavânîn-i Osmaniye'ye ne gibi hâl ve mevki'de bulunduru?

Müddeînin avukatı bir istid'â yazar ki bunun ne kadar mümkün ise o kadar muhtasar ve mühim olmasına çalışır. Bu istid'âyı dosyasız reise takdim olur.

Taraf muhasımın avukatı da mahkemede başlamazdan evvel tahrîrîn hiçbir cevap vermez zaten ne istinâd edilen mevâd, ne de bu mevâd üzerine müesses bulunan ahvâle dair malumat sarîhası bulunmadığı için kendisince cevap vermekte meşguldür.

Tarafın bu sûretle hazır mahkemeye geldikleri zaman i'tâi karara memur olan hâkim ne dava hakkında bir vukûf sarîha mâliktir, ne de karşı karşıya gelmek üzere bulunan delâil fi'liye ve delâil kanuniyeye dair sarîh veya mübhem bir malûmatı haizdir?

Dava ikamesini meş'ar olan istid'ânamenin pek mübhem ve muhtasar bir sûrette yazılmış olmasından tûlâyî müddeînin avukatı hazır hâkim de indî bir sûretle müddeîyete başlar.

İşte garblılarca davanın dosyası tabir olunan, mahkeme başladığı zaman ne hâkimce, ne de müddeâleyhce malum olmayan, tafsilât bu sûretle tedricen i'tâ olunur. Müddeâleyh umûmiyetle akla gelebilecek türlü türlü mesâil ihdas etmeye çalışmak sûretiyle i'tâi cevap eder dava günden güne te'hîr olunur, mebâhiseler tekerrür ve karmakanşık bir sûrette devam eder nihayet iki avukat artık bir söyleyecekleri kalmadığını beyan ettikleri zaman hükmün ne vakit verileceğine dair hiç beyanatta bulunmaksızın davaya hâtime çıkılır.

Bu takip edilen usûl ile hâkim hükmün sebep ve şeklini tayin ve tetkik için ne gibi vesâik ve anâsıra mâliktir? Evvela, müddeî tarafında verilmiş muhtasar-u meşkûk bir arzuhal, sâniyen şifâhî muhakeme esnasında zabıt kâtipleri tarafından iyi kötü zabıt edilmiş notlar.

Şimdi şu izahetten bir netice-i kemâl vuzûh ile meydana çıkıyor: Eğer bir hükmün vazifesi hakikat vakâyi'a ve bu vakâyin tatbik olduğu mevâd-ı kanuniyeye mümkün olduğu kadar muvafık bir hüküm vermekten ibâret ise elyevm muhakemede cari olan usûlen bu vazifeyi teshîl etmekten ziyade mümkün olduğu derece nasip etmekte olduğu görülür.

Diğer taraftan kavânîn ve usûl ...?...<sup>\*\*\*</sup> bu vazâife hakimiyetin ifâsını ihmal ve hatta sût istimâlata sevk etmek için gayet fena bir müessir olduğuda meydandadır. Filhakîka hükmün nasıl verildiğini düşünelim:

Bütün falîği bir cümlede hulâsa etmek üzere söyleyelim ki hâkim keyfi, gayr-i muayyen bir tarihte, esbâb-ı vecîbenin kaleme alınmasından evvel beyan ve tebellüğ olunur. Reis bazı kere muhakemenin hitâmından birkaç hafta sonra rüfekâsıyla muhtasaran teâtî efkârda bulunur, tarafeyni celb ile hükmü tebliğ eder. Hâkim kat'iyi esbabıyla birebir kaleme almak gibi nazik ve mühim vazife zabıt katibine \_\_ ki ehemiyetsiz maiyyet memuriyettir \_\_ tertib eder.

Dersaadet avukatlarından pek çoğu reis-i mahkeme tarafından “mahkemece esbabı ba'dehu tebliğ olunmak üzere şimdilik şöyle bir hüküm verilmiş olduğu beyan olunur” tarzında şâyân-ı hayret hâkimleri kulaklarıyla işitmişlerdir.

Avukatlar:

Avukatlık sanatının icrâsı hakkında mevcut olan usûl ve nizamât sût istimâlâtı teshîl etmektedir. Dünyanın hiçbir tarafında avukatların davayı kazandıkları takdirde ücret muayyeneye kesb-i istihkak edeceklerine yahud

\*\*\* Kelimenin çevirisi yapılmadığı için “...?...” ifadesi kullanılmıştır.

mahkûm ettirilecek meblağın bazen yüzde yirmisine kadar çıkmak üzere bir nisbet muayyenesine iştirak eyleyeceklerine dair müvekkilleriyle mukavvelagat edebilmelerine müsaade olunmuştur. Hâlbuki Memalik-i Osmaniye'de buna mesâğ vardır.

Hâkimleri rüşvete teşvik etmek için mahsus bu yolda bir çare düşünülmüş olsa idi daha muvaffaki bulunmazdı. Vicdansız bir avukat kazanılacak meblağın yüzde yirmisi kendisine terk edileceğine dair bir mukavelename akdedebilip bunun yüzde beşini, sekizini, onunu, vicdansız bir hâkime rüşvet olarak vaadedebilir. Dava vekâleti mesleğine dair nizamnamede böyle bir mesâğ bulunması gâyet şâyân takbîh görülebilir. Fakat Türkiye'de bir kimse yoktur ki bunun hayali olduğunu iddia etsin. Vaktiyle gayet maruf bir avukat bir muhasib nezdinde hâkimlere istikbaldeki iştiraklere mahsuben hesâb-ı cariler açardı.

Nizamnamenin yalnız böyle iştirâki müsaid olan cehtini tatbîk edip dava vekâleti mesleğini icra edecek zatların ne gibi eşhâsa münhasır olacakları yolundaki ciheti tatbîk olunmadığından bu nizamnamedeki tehlike bütün bütün kesb-i vahâmet ediyor ve bunun neticesi olarak dava vekâleti mesleki gibi muhterem bir meslek dışlamadan ve ahlâktan mahrum birtakım âsaflık ilticâgâhı oluyor; ilim ve irfan nâmına yalnız ifsâd ahlâk çarelerini bilirler vaka-i şerik cürümleri olan hükkema sût' istimâllerini, irtişâlarını sûtremadar olacak bir sûtrette arz ve tasvîr edebilecek mahârete haiz bulunurlar.

Celse şimdiki kanunlara göre müddeîyetin tarz vukû' ve müdafatin tarz cereyanı hâkim için hak ve hukukiyete tamamiyle muvaffak bir hüküm i'tâsını son derecede şekilleştirmektedir.

Bu hâkimlerin sûtret-i tebliği her türlü ihmali ve hafif meşrebane hareketi teshîl eylemektedir. Dava vekâleti nizanamesinin bazı ahkâmı ve dava vekilleri heyetinin sûtret-i teşkili hâkimin rüşvet alması kifayetini teshîle meyleder.

Mutasavver Olan Islâhât Hakkında Bazı Efkâr:

Usûl-u adliyenin mantıkî bir sûrette islâhı bittab' şu izah olunan esaslara taban tabana zıt ve çoktan beri memâlik-i garbiyede tatbîk edilen kavâide mutabık esasların kabulünden ibaret olacaktır. Malumdur ki memâlik-i garbiyede adalet fitrat-ı beşeriyyenin müsaid bulunduğu derecede mükemmel bir sûrette tatbik ve tevzi' edilmektedir. Vakıa bunun adliyeye temlikî yoksa da herhalde şurası son derecede mühimdir ki her şeyden evvel memurun adliyenin maaşeti gayet muntazam bir sûrette tasviye olunmalıdır.

Sırf mali olan bu lüzum istitrat kabilinden olmak üzere gösterildikten sonra şurasını beyan edelim ki usûl-ü muhakeme hakkındaki kanunların tashihinde atideki kavâid-i umûmiyyenin nazar ehemmiyete alınması lâbüddür:

1 \_\_\_ Müddeînin vekili gerek kendisi gerek müvekkili tarafından mumza bir takım müddeîyet ve metalibet arz ve tebliğ etmeye mecbur tutulmalıdır. Bunda evvela müvekkilin istinâd ettirdiği vak'ayı; saniyen bu vak'ayadan istinbat ettiği ahkâmı müeyyet metin kanuniyyeyi beyan etmelidir.

2 \_\_\_ Bu mutalebatta müddeî serd ettiği vak'ayı teyit ve ispat için kestirdiği vesâikin numaralarını havi olmalı ve bütün bu vesâik bir süre numarası altında bir dosya yapılp netâic mutâlebât ile birlikte mahkemeye makbuz mukabilinde tevdi olunmalıdır.

3 \_\_\_ Netâic-i mutâlebât ile dosyanın birer sûreti müddeâleyhe tebliğ edilmelidir.

4 \_\_\_ Müddeâleyh vekili bu netâic mutâlebâta netâic-i müdafai ile mukâbil etmelidir. Bu netâic-i müdafada mümzâ olmak ve aynı kavâid dairesinde tahrir edilmek lazımdır. Yani, evvela vekayı'gösterilmeli, sonra hangi metin kanuniyyeye istinaden müdafaatte bulunduğu tasrîh olunmalıdır.

5 \_\_\_ Bu netâic-i müdafaatta îcâbı takdirinde istinad edilecek evrak müdafaasında dosyası rabt edilmelidir. Bu evrak-ı müddeînin dosyasında olduğu gibi sıra numarasını hâvî olmak icab eder.

6\_\_ Gerek müddeîye gerek müddeâleyhe lüzum gördükleri takdirde daha başka netâic ve vesaik teâtî edebilmek üzere kısa bir mühlet verilmelidir.

7\_\_ İşte bu evrakın teâtîsinden sonra mahkeme başlamalıdır. Mahkemede kâide olarak şunu kabul etmeli ki evvela müddeî vekili söze başlayacak bütün davayı belâ inkitâ tafsil ve müdafa edecektir. Müddeâleyh vekili de muharren söze başlayıp teknil medaafatını serdetmelidir. Bundan sonra bir kere daha müddeî söz söylemelidir. Ondan sonra sûret mutlaka ve kat'îyyette bitmelidir.

8 \_\_ Reis-i mahkeme muhakemenin bittiğini beyan ettiği zaman hükmün ne zaman tebliğ olunacağını sûret-i kat'îyyette haber vermelidir. Bu tarihi, meselenin ehemmiyetine göre ta'lik edilebilir. Fakat herhalde bu tarih muayyen olmalıdır.

9 \_\_Hükmün tebliği için tayin edilen mühlet zarfında hâkimlerden biri kendi eliyle hükmü kaleme almalıdır, bundan hangi metn-i kanuna istinad ettiğini sarâhaten göstermelidir.

10 \_\_ Hükmün tebliği için muayyen olan kendi kaleme alınan hükmü reis alenen bizzat kırâat etmelidir.

11 \_\_ Hükme merbut olan evrakta zabıt kâtipleri gerek müddeî, gerek müddeâleyh tarafından verilen netaici aynen kayıt etmelidir.

12 \_\_ Avukatlara gelince: Avukatlık mesleğini yalnız bir mekteb-i hukuktan şahâdetname alıp hüsn-ü hâl ve ahlâklarına, vesâit-i maîşetlerine dair baro heyeti (avukatlar cemiyeti) tarafından tahkikat yapıldığından ve dava vekâleti için elzem olan kâtiplerin kâffesine mâlik olduğu anlaşıldıktan sonra baroya kabul edilmiş kimselere hasr etmelidir.

13 \_\_ Bu kâidenin nev'anmâ bir inhisâr teşkil etmesine karşı erbâb fakr-i zaruretin mahkemeden veyahut dava vekilleri cihetinden meccânen bir avukat istemesine müsaade eylemelidir. (Hükümet-i Osmaniyye'nin bu tarikte daha ileri

giderek erbâb fakr-i ihtiyacın hukukunu avukatlara meccânen müdafa ettirmek kâidesini tesis ettirmesi lüzum-u hakkaniyettendir.)

14 — Avukatların müvekkilleriyle davayı kazandıkları zaman ücret alabilmek üzere mukavele akdetmeleri mani olunmalıdır. Hüküm ettirilecek meblağın bir nisbet muayyenesine iştirak sûreti evleviyetle tecvîz edilmemelidir. Bu yoldaki mukavelatın düvel sâirenin kâffesince memnû olduğu unutulmamalıdır.

## NETİCE

Bu kavâid-i umûmiyye asırlarca tecrübenin ve fakr-i selimin mahsul ve netaicidir. Roma hukukunda Avrupa düvel-i garbiyesi kanunlarında hatta iki sene evvel dünyanın en büyük hukuk şınasları tarafından tanzim olunan Lahey hüküm mahkemesi nizamet dâhiliyesinde bile bu esaslar muharrerdir. Binaenaleyh bu emvalin kabulü vasatı derecede bir meziyete mâlik hâkim ile bihakkın temini adâlet edebilmeye hadim olacağı iddia edilebilir.

Hâkimin vazifesi bu sûretle kolaylaşmış olacaktır. Çünkü tarifinden serdedilen müddeîyet ve delail hakkında bir fikir peyda etmek için netaic-i mutâlebât ve müdafaaya göz gezdirmek kifayet edecektir. Tarafının mahkemede tahriren esbâb-ı sübûta ve vesâik tevdî'ne mecbur tutulmaları birtakım tezvîrete nihayet ve dava vekillerini vakâyi'n ve kanunun harcına çıkmaksızın vâzih sûrette ifâ vazife etmeye mecbur tutacaktır.

Diğer taraftan hâkimin kararı kendi eliyle tahrir etmeye ve istinâd ettiği mevâd-ı kanuniyyeyi tasrîh eylemeye mecbur bulunması vazifesini dikkat ve ihtimam ile icrâ etmesini hadim olacaktır. Verdiği kararı muayyen bir tarihte mahkeme-i aleniyyede bizzat kırâata mecbur olması da kendisine mesuliyet hüsn-i ilkâ etmekle beraber bir işin tasviyesini atâlet, ihmal yahud suiniyet gibi esbâbdan tûlâyî ali nahiye te'hîr edebilmek kabiliyetini ref eyler.

Dava vekilleri heyeti arasına nâmus iktidârî şüpheden azade kimselerin kabulü, Osmanlı Umûr-u Adliyesi için bir leke demek olan birtakım müfsid ve bed ahlâk kimselerden mahkemeleri tahlîs eyler.

Avukatların dava edilen meblağa iştirâkten ve davayı kazandıkları takdirde ücret almayı tahhüdden men' edilmeleri birtakım sût' istimâlâtı kaldıracak ve hâkimlerin rüşvet almasını gayrıkabil bir hale getiremezse de müşekkelleştirecektir. İşte ıslâhât-ı adliyenin hutût-u mühimmesi bunlardır. Her cihetin mükemmelen ıslâhı daha birçok teferru'âta muhtaç olduğu tabîi ise de onların burada izahına mahal yoktur. Yalnız ehemmiyet mahsuslarına binaen ikisini zikir edelim: Eğer

İngiliz vâzı' kanunları tarafından kabul edilmiş olan usûle tevfikân netaic mutâlebât ve müdafaat için birtakım muayyen numuneler kabul olunursa işler daha ziyade sühûlet kesb eder. Dava vekilleri intihâb edecekleri şekli düşünmek külfetinden vâreste kalarak artık yalnız esas ile, delail ile meşgul olurlar.

Hâkimlere gelince: Tetkik icab edecek her davanın aynı suretle kaleme alınmış olacağı için vazifeleri gayet sühûlet kesb edecektir. Diğer taraftan bir heyet teftiş-i adliyenin teşkili elzem olup bu heyetin vazifesi şunlar olmalıdır.

1 \_\_\_ Hâkimler şu tedbir-i islâhayaya riayet edebilirler mi?

2 \_\_\_ Hâkimler vazifelerinin ehemmiyet ve ciddiyetle mütenasip sûrette imrâr hayat eyliyorlar mı?

Müfettişlerin verecekleri rapordan hâkimlerin zat ve şahıslarına ait malumat toplanacak, bunlar sicil idaresinde tasnif edilecek, hâkimin terfii ve taltifi zamanında nazar-ı dikkate alınacaktır.



## KAYNAKÇA

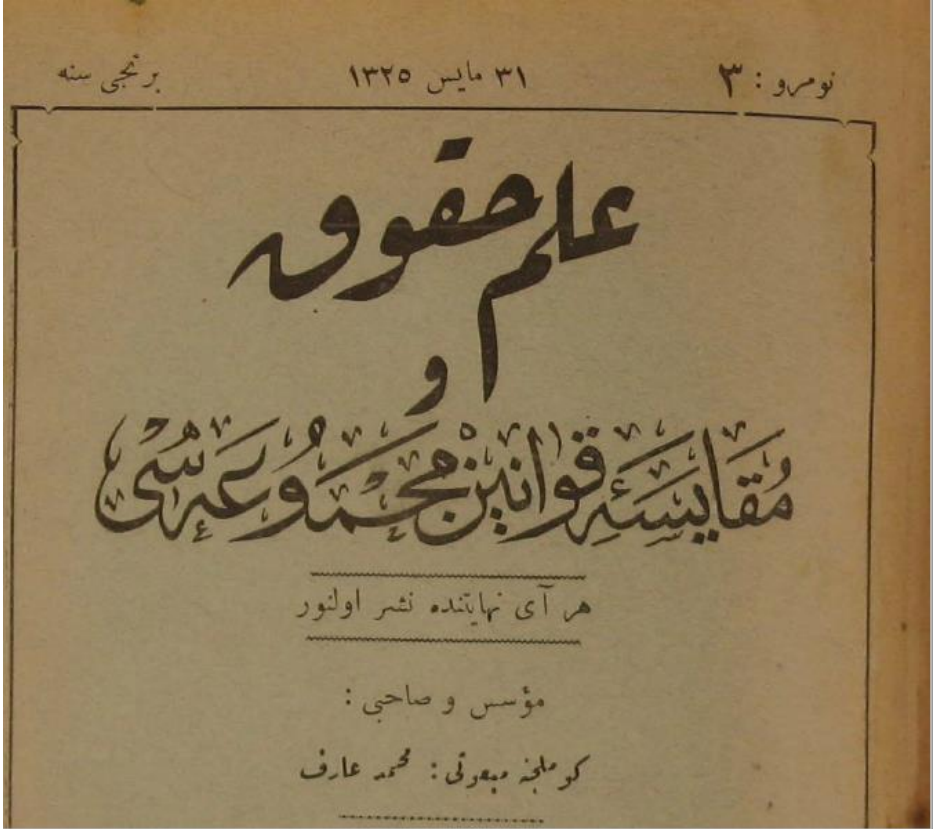
Demirel, F. Gül, *Kütüphane Rafında Okuyucusunu Bekleyen Bir Yayın: İlm-i Hukuk ve Mukayese-i Kavanin Mecmuası*, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, 2005.

Güneş, İ., (Hazırlayan), *Türk Parlamento Tarihi, Meşrutiyete Geçiş Süreci I. Ve II. Meşrutiyet*, Ankara, TBMM Vakfı Yayınları, 1997.

Nesli, A., “*Tensikât-ı Adliyye: Mahkeme-i Temyîz*” Adlı Makale Bağlamında Mehmed Ârif’in Temyiz Mahkemesi Hakkındaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi, Ankara, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, 2019.

Tural, E., *II. Meşrutiyet Dönemi’nde Adliye Ve Mezâhip Nezareti’nde Bürokratik Reform*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008.

Yörük, A. Adem, Ostrorog, Comte Léon, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ostorog-comte-leon>, (09.11. 2019).



## اصلاحات عدليه [1]

دعوى وکلى : قوت اوستوروغ

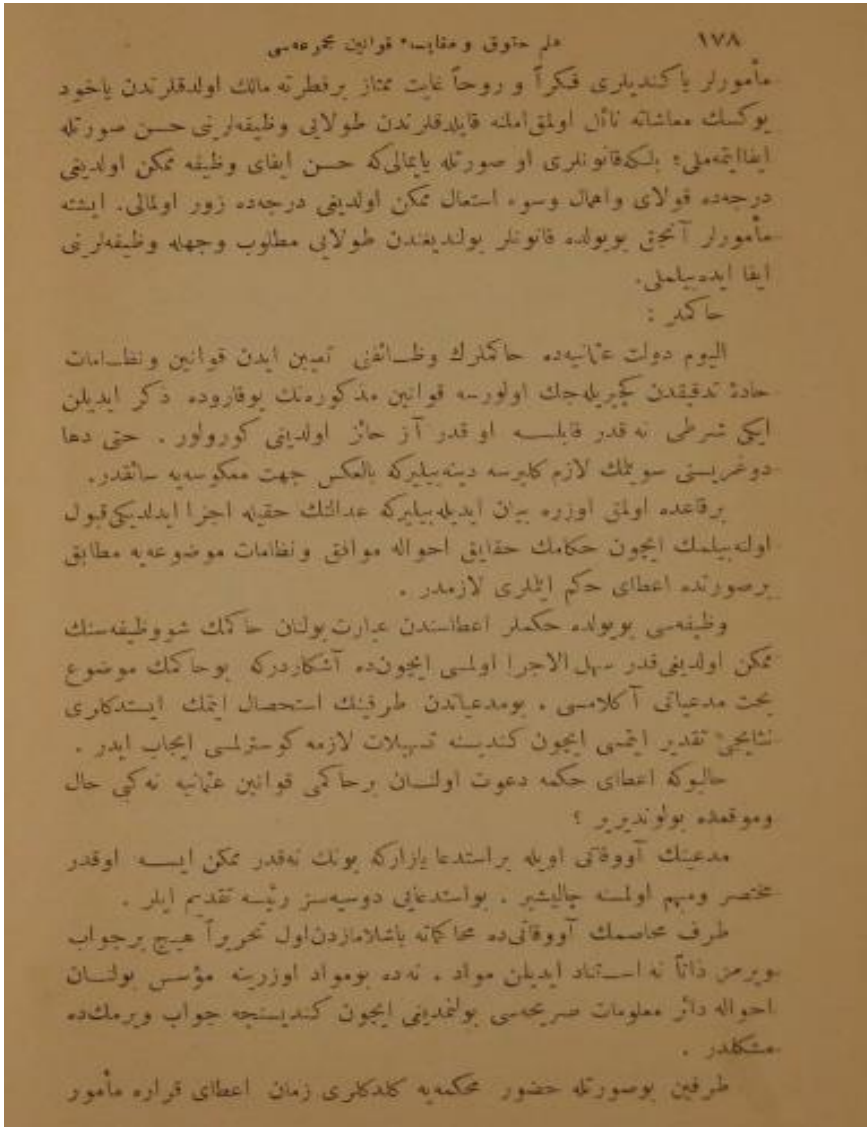
امور عدليهك شمبات اداره عثمانيه دن الكزايده محتاج اصلاح اولان امور عد  
اولديني تلبسكردنه عمومدر . لكن رجال دولت عثمانيه ، بوحقيقتي هر كس دن  
زياده مدرك بولدقلى حالده بيله ، اصلاحات مذكور ملك حيز حصوله كتر بولمسته  
باره ومامورك فقداشندن دولابى مع التاسف يك جوقى مشكلانه تصادف  
ايدايكيني بيان ايتكده در .

بوتاسفلك ، بو طرز محاكمهك صورت صحيحه ده آكلاشلمستدن متولد بر  
اساسه ابنا ايش اولمى يك محتال دكلدر .

عمومته ابي بر ادار ملك وخصوصيله امور عدليهك بر صورت صحيحه  
وسالده جريان ايدم بيله مى ايجون فوق العاده مقتدر مأمور لرده ، مبدول باريه  
احتياج بولدينى فكري دوغرى دكلدر . اكر بويه اولمش اولسه ايدى امور  
عدليهك زياده شايسته غبطه اولان ملكلر اهاليسك قسم اعظمى فوق العاده  
بر صورتده اصحاب اقتدار و در ايتدن اولانلردن ، بودجه لرى واسع بولانلردن  
عبارت اولمى لازم كلردى . واسع بودجه به مالك ملكلر موجوددر . لكن  
اهاليسك قسم اعظمى فوق العاده صورتده اصحاب اقتدار و در ايتدن مركب  
بولساى موجود دكلدر . بونكله برابر ملك غريبهك عيان كاهسته امور  
عدليهك هر كسجه باعث ممنويت بر درجه ده بولدينى مسلمدر .

چونكه تشكيلات ادار ملك سون صمت و مهارتى وسطى درجه ده اقتدار  
وفضيلت صاحبي ذاتلك و حكومتك در عهده ايتكده عبور بولدينى وظائفك  
كترتدن طولابى تحديد ايدلى ضرورى بولان وسايط تقديه ايله اداره امور  
ايدم بيلمكده در . بونك اساسى ده مأمور لرك وظيفه لرى بر صورت موشكافانه  
و ممنويت بخشنده ايضا ايدم بيلم لرى تامين كيتي اوزريره اسناد ايدر . فقط

[1] و مطالبه نامه عدليه نظرى مرحوم ميايى زاده و لوق بك طرفند و وقوع بولان  
طلب اوزريره بولمستدر .



۱۷۹

اصلاحات عدلیه

اولان حاکم نددوا حقنده بروقوف صریحه مالکدر ، نده فارشی قارشیه بکک  
اوزره بولان دلایل فعلیه ودلائل قانونییه به دائر صریح ویامبهم بر معلوماتی  
حائزدر ؟

دعوا اقامه سنی مشعر اولان استدعایمک بک مبهم ومختصر بر صورتده  
پازلمش اولمسندن طولانی مدعینک آوقاتی حضور حاکمده عندی بر صورتله  
مدعیانه باشلار .

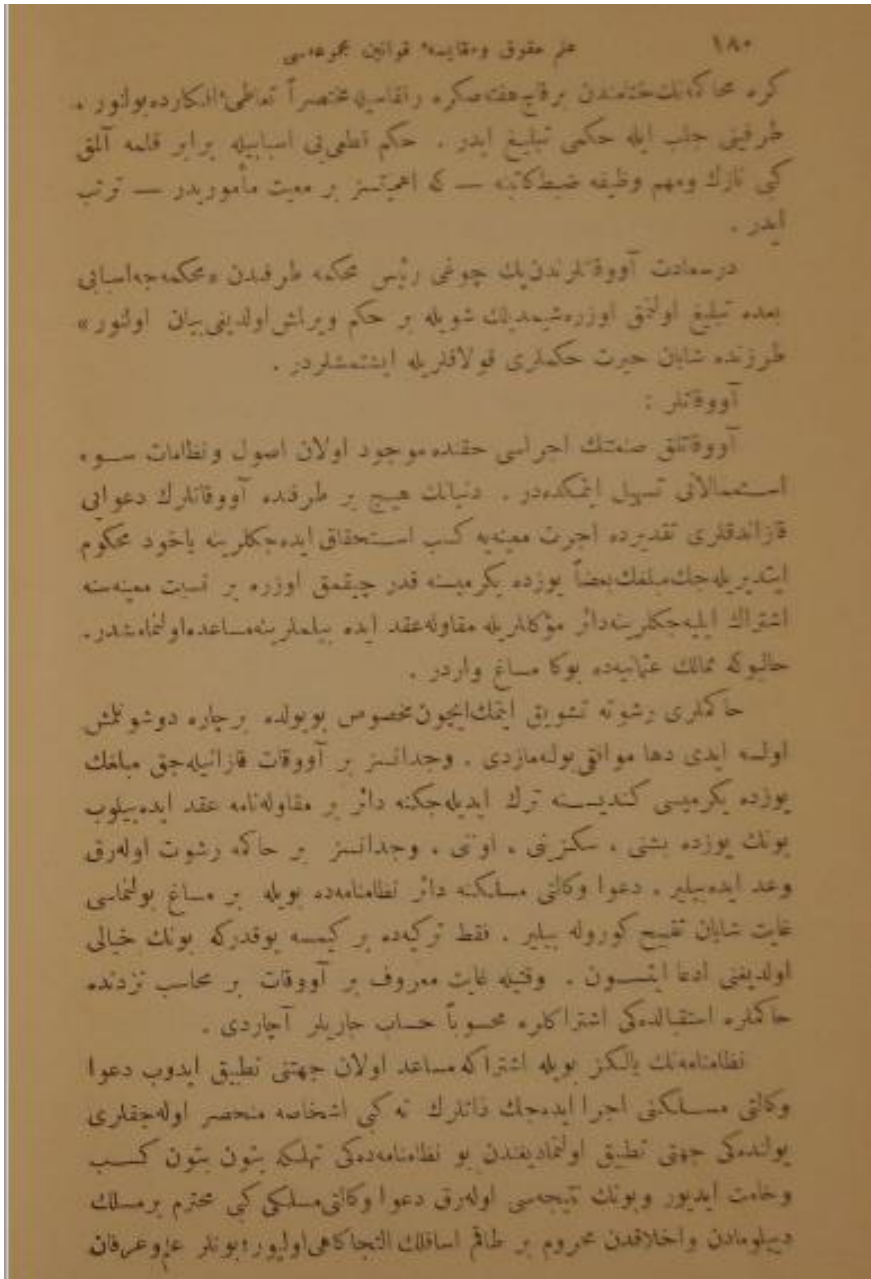
ایشته غریبلرجه دعوانک دوسیه سی تعبیر اولان، محاکمه باشلادیغی زمان  
نه حاکمجه ، نده مدعی علیهجه معلوم اولیان، تفصیلات بر صورتله تدریجاً اعطا  
اولور . مدعی علیه عمومیتله ، عقلمه کله بیله جک دورلو دورلو مسائل احداث  
ایتمک چالیتمق صورتیه اعطای جواب ایدر دعوا کوندن کونه تأخیر اولور ،  
میاحتمل تکرر وقارمه قاریشیق بر صورتده دوام ایدر نهایت ایکی آوقات  
آرتیق برسویله جککاری قالدیغنی بیان ایستدکاری زمان حکمک نهوقت ویربله جکمه  
دائر هیچ بیاننده بولالمق سزین دعوایه خانمه جکیلیر .

بوتعقیب ایدیلمن اصول ایله حاکم حکمک سبب وشکلنی تعیین وتدقیق ایچون  
نهکی وثائق وعناصره مالکدر ؟ اولاً، مدعی طرفندن وبرلمش مختصر ومستحکوک  
بر عرضحال . ثانیاً شفاهی محاکمه ایتماسنده ضبط کاتیلری طرفندن اینی کوتو  
ضبط ایلمش نوطلر .

شمدی شواهد احداث بر نتیجه کمال وضوح ایله میدانه چیقور : اکر بر  
حاکمک وظیفه سی حقیقت وقایمه وپوقایمک قابل تطبیق اولدیغی مواد قانونییه  
تمکن اولدیغی قدر موافق بر حکم ویرمکدن عبارت ایسه ایوم محاکمه  
جاری اولان اصولک بو وظیفه یی تسهیل ایتمکدن زیاده تمکن اولدیغی درجه  
تصعب ایتمکده اولدیغی کورولور .

دیگر طرفندن قوانین و اصول مرعیتمکده ، بو وظیفه حاکمیتک ایقاسنی  
اهمال وحقی سوء استعمالانه سوق ایتمک ایچون غایت فنا بر مؤثر اولدیغی ده  
میداندهر . فی الحقیقه حکمک نصل ویردیگی دوشونم :

بتون فغانی برجهده خلاصه ایتمک اوزره سویلمم که حکم کینی ، غیر معین  
بر تاربخده . اسباب موجبه مک قلمه آلمسندن اول بیان وتبلیغ اولور . رئیس بعض



نامه بالکمز افساد اخلاقی چاره نرینی بیایرلر و وقایعی شریک جرملری اولان حکامه سوہ استعمالنرینی ، ارتشارینی ستره مدار اوله جق بر صورتده عرض و تصویر ایده بیهجک مهارتی حائر بولورلر .

خلاصه ، شمدیکی قانونلره کوره مدعیاتک طرز وقوعی ومدافعاتک طرز جریانی حکام ایچون حق و حقیقته تمایبه موافق بر حکم اعطاسنی صولک درجهده مشکلاتدیر مکدهدر .

بو خاکلرک صورت تیلینی هر درلو اهالی و خقیقمشریانه حرکتی تسپل ایسکدهدر . دعوا وکالتی نظامنامه سنک بعض احکامی ودعوا وکیلاری هیئتک صورت تشکلی حکامک رشوت آلماسی کیلینتی تسپله میالدر .

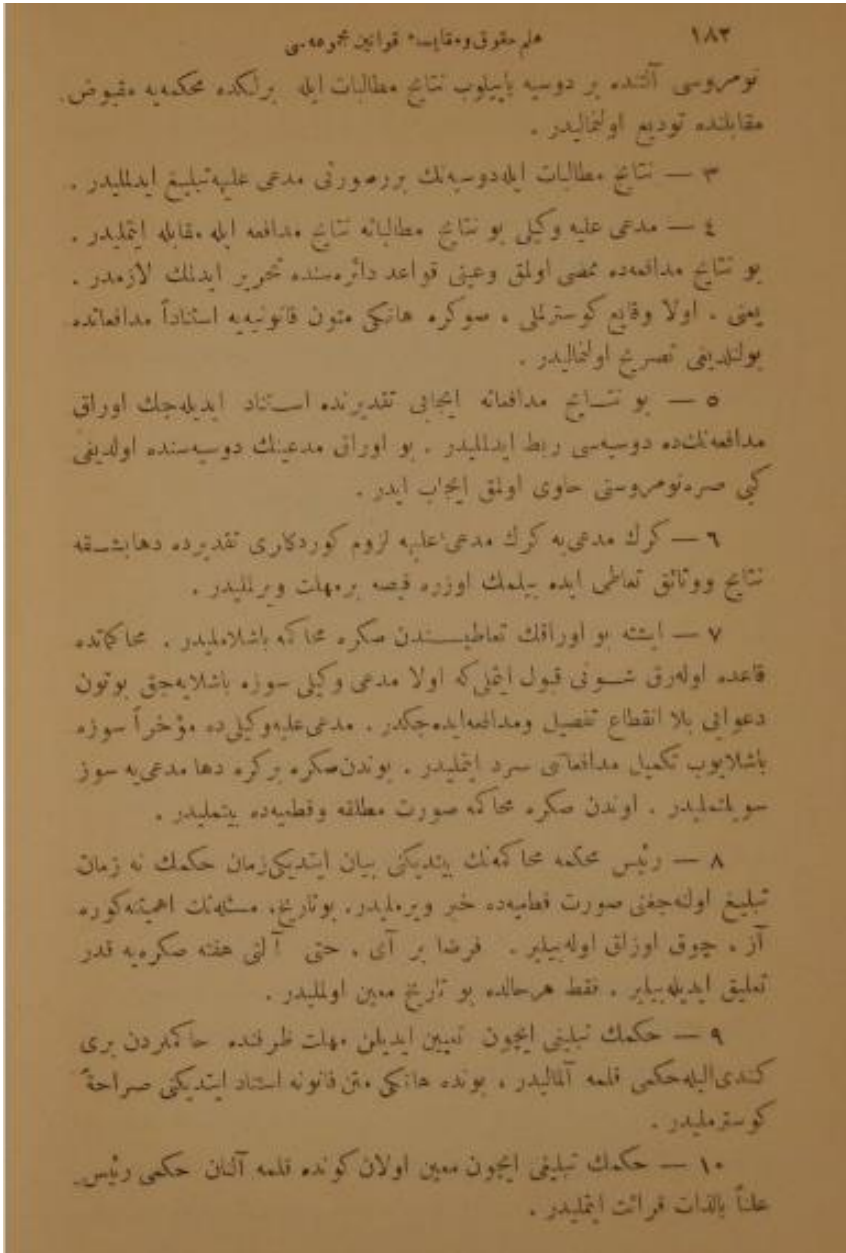
متصور اولان اصلاحات حقدده بعض افکار :

اصول عدلیه ناک منطقی بر صورتده اصلاحی بالطبع شو ایضاح اولسان اساسلره طیان طبانه شد و چوقد نیری ممالک غریبهده تطبیق اییدیلن قواعدده مطابق اسلرک قیولندن عبارت اوله جقدر . معلومدرکه ممالک غریبهده عدالت فطرت بشریه ناک مساعد بولندی درجهده مکدل بر صورتده تطبیق و توزیع اییدلکدهدر . واقعا بونک عدلیه به تمایق بوقسهده هر حالده شورامی صولک درجهده همدرکه هرشیدن اول مأمورین عدلیه ناک معاشانی غایت منتظم بر صورتده تسویه اولغالیدر .

سرف مالی اولان بولوم استطراد قیلندن اولیق اوزره کومترلرکدن منکره شوراسنی بیان ایدهلم که اصول محاکمه حقدده کی قانونلرک تصحیحده آیده کی قواعد عمومی ناک نظر اهیت آلماسی لابدر :

۱ — مدعی ناک وکیل کرک کندیبی کرک مؤکلی طرفدن مضی برطاق مدعیات ومطالبات عرض وتبلیغ ایچکه مجبور طوخالیدر . بونده اولامؤکلنک طلبنی اسناد ایستدیردیکی وقایعی ؛ ثابیا بووقایعدن استنباط ایستدیرکی احکامی مؤید متون قانونیه بیان ایچلیدرلر .

۲ — بو مطالبانده مدعی سرد ایستدیرکی وقایعی ثابید و اثبات ایچون کوستردیکی وثائق نومرولرینی حاوی اولمالی و بوتون بو وثائق برصره





۱۸۳

اصلاحات عدليه

۱۱ — حکمه مربوط اولان اوراقده ضبط کاتیلری کرک مدعی، کرک مدعی علیه طرفدن وریلمن نتایجی عیناً قید ایتلیدر .

۱۲ — آوو قاتلره کلنجه : آوو قاتلق مسلکینی یالکز بر مکتب حقوقدن شهادتنامه آلوب حسن حال و اخلاقلرینه . وسائط مایشنلرینه دائر باروهیئت ( آوو قاتلر جمعیتی ) طرفدن تحقیقات یاباردن و دعوا وکلنی ایچون الزم اولان کتابلرک کافسه مالک اولدیغی آکلاشلاردن صوکره بارویه قبول ایدیش کیسهلره حصر ایتلیدر .

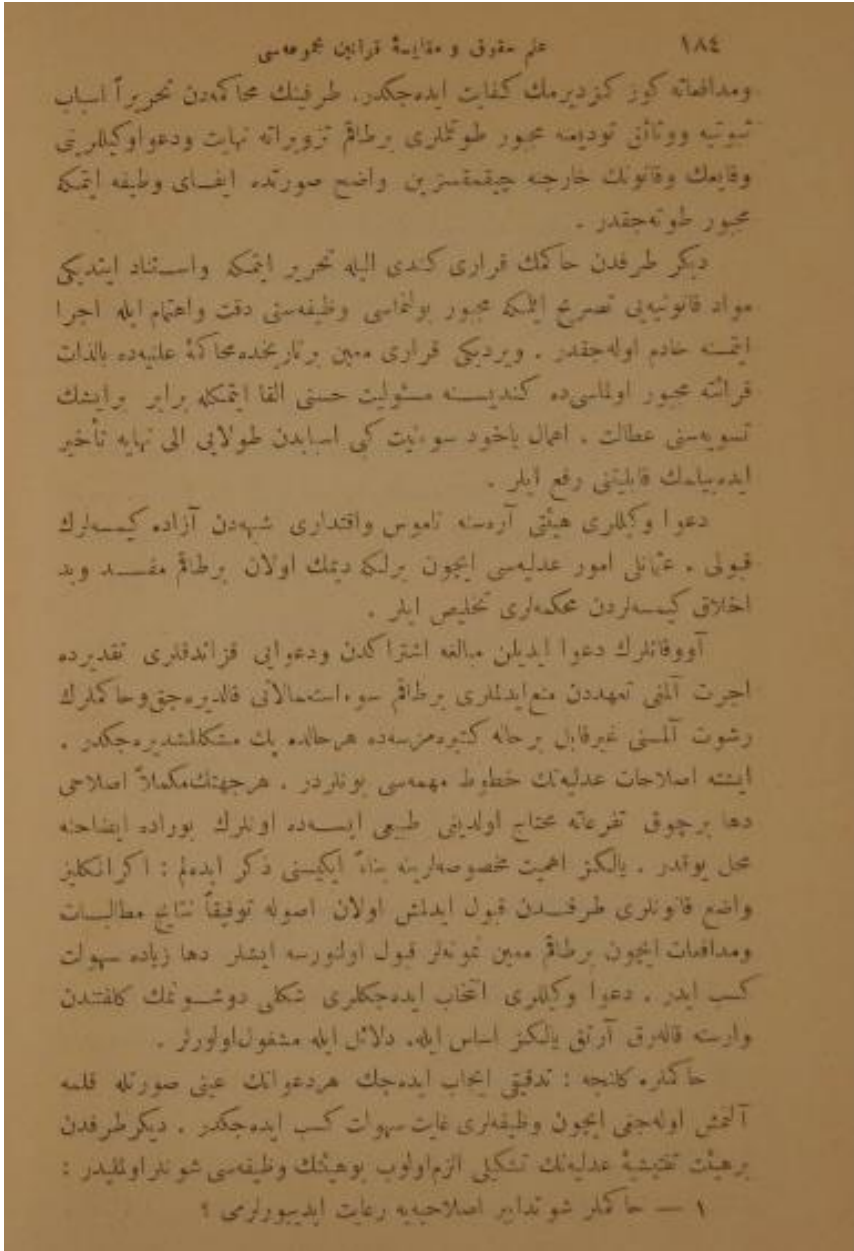
۱۳ — بو فاعده نك نوعاً بر انحصار تشکیل ایتسه فارشی ارباب تقر و ضرورتک محکمه دن و یا خود دعوا وکیللری جمعیتدن مجاناً بر آوو قات ایتسه مساعده ایتلیدر . ( حکومت عثمانیه نك بو طرف قسده دعا ایلری کیدمیرک ارباب فقر و احتیاجک حقوقنی آوو قاتلره مجاناً مدافعه ایتدیرمک فاعده سنی تاسیس ایتدیرمی لازمه حقا ایتدندر ) .

۱۴ — آوو قاتلرک مؤکلریله دعوانی قازاندق لری زمان اجرت آهیلیمک اوزره مقوله عقد ایتلری مع اولمایدیر . حکم ایتدیریله جک مبلغ بر نسیب مینه اشترک سورنی اولونته تجویز ایدلمه لیدر . بو بولده کی مقاولاتک دول سارمه نك قانسجه ممنوع اولدیغی اونونلایدیر .

### نتیجه

بو قواعد عمومیة عصر لرجه تجریمک و فکر سلیمک محصول و نتایجیدر . روما حقوقده ، اوروپا دول ضریه سی قانونلر نده ، حتی ایکی سه اول دنیانک اک بیوک حقوق شناسلری طرفدن تنظیم اولنان لاهی حکم محکمه سی نظامات داخلیه سندیه بوا ساسلر محرر در . بنا علیه بوا موالک قبولی وسطی درجه ده رمزیه مالک حکام ایله بحق تأمین عدالت ایدمیلیمک خادم اوله جینی ادعا ایدیله یلیر .

حکامک وظیفه سی بوسورته قولابلاشمش اوله جقدر . چونکه طرفیندن سرد ایدیلن مدعیات و دلائل حقه ده بر فکر پیدا ایتک ایچون نتایج مطالبات



۱۸۵

اصلاحات عدليه

۴ - حاکم و نایب‌الریسک اهمیت و جدیت به مناسب صورتی در امر حیات

البیورلری ؟

مفتیشلرک و بره چکلری راپوردن حاکمک ذات و شخصلرینه نایب معلومات

طوبیلاهیجق ، بونلر سچل اداره سینده تضایف ایدیله چک ، حکامک ترفیع

وتلظیف زماننده نظر دفته آله چقدر .



## KİTAP ÖZETİ/BOOK REVIEW

### THE HISTORY OF STATE AND LAW OF KAZAKHSTAN\*

By Zhamaladen.I. Ibragimov; Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan, L.N Gumilyov Eurasian National University, Astana, 2009. ISBN 9965-31-086-6.

Seitova AIGERIM\*\*

In generally, book gives information about the development of Kazakh law in different periods of history which is related with political, historical situations. The content of book consist of nine chapters. The proposed book about the History of state and law of the Republic of Kazakhstan includes basic information about the first state structures and legal systems which were formed on the territory of Kazakhstan, the political and legal structure of the Kazakh khanate, the political and legal development of Kazakhstan as part of the Russian Empire, the formation and development of the state and legal system in Soviet Kazakhstan and the formation of state and legal structure of independent Kazakhstan. As above mentioned, according to the content of book, the history of law and state of Kazakstan is divided for four terms.

Firstly, at the beginning of book, the author answer to questions about how the first states are appeared in the territory of Kazakhstan. In the first Millennium BC the territory of Kazakhstan was inhabited by Sak-Scythian tribes. They were called "Scythian" from the Greek Scriptures, and "Scythian" from the Persian Scriptures. Scythian tribes were divided into several associations, formed the first state and their

---

\* Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih: 02.12.2019

Kabul Edildiği Tarih: 17.12.2019

\*\* Mevlana Değişim Programı Öğrencisi.

E-Mail: [seitovaaigerim98@mail.ru](mailto:seitovaaigerim98@mail.ru)

ORCID-ID: 0000-0002-9145-3659

characteristic legal systems<sup>1</sup>. Their records are found in the writings of Herodotus. In Sak tribe's state was developed military-legal system, based on the Royal power. The development of nomadic society in III century BC led to the formation of Empire in a complex state-legal system. In Kazakstan territory were many empires which were formed by various nomadic tribes. For example, Turk kaganat, it means the state of Turk. After them one of the main state structure which was formed on the territory of Kazakhstan is the state of the Huns.

But, according to book of, russian historic with turk origin, L.Gumilev, huns appeared in Central Asia, exactly in the borders of Mongolia and China<sup>2</sup>, on the another hand at the moment kyrdyz historics relate its origin with Hun Empire.

This was the first most powerful state of nomadic tribes. As we know from world history, Empire of Huns was powerful, independent which could get international relations with another empires like China, Persia. The main point of it was a legal system of Hun's Empire. The emergence of a complex state system has allowed the society to appear legal regulation. The source of the legal basis of the Huns was custom. According to Chinese notes, the laws of the Huns were "easy and easy to execute". The trial lasted for 10 days and the number of prisoners did not exceed ten. For committing serious crimes, the death penalty was imposed, the property of persons who committed theft was confiscated, and huns put a seal on the face who committed serious negative actions. At the same time, Huns had a code of laws which regulated all legal system in daily life. Therefore, according to the code of law issued by Atylla, the death was a punishment for violation of military discipline and refusal of military service. With regard to the right of ownership, the nomadic societies was common to all properties. For example, the property of a private

---

<sup>1</sup> Zh.I. Ibragimov; Ministry of Education and Science of the Republic of Kazakhstan, L.N Gumilyov Eurasian National University. - Astana: -, 2009. - 134, [2] p. : picture, scheme. - The bibliography: b. 127-129. - ISBN 9965-31-086-6.

<sup>2</sup> Gumilev L.N. Hunnu. The Three Kingdoms in China. Huns in China. - M.: Iris-press, 2008. -- 624 p. - (Library of history and culture). ISBN 978-5-8112-3115-7.

family, communal property, military-Patriotic associations and state property were unusual phenomena. In addition, it was the Empire of Genghis Khan, which had a huge impact on the formation of the ancient Kazakh law. He made a number of changes to both the established state system and the legal system. With the arrival of the Mongols, in the Kazakh legal system introduced a set of new laws and rules as "Great YASA" of Genghis Khan which separated military power and civil power<sup>3</sup>. In the system of state administration of the great Empire, at first its ruler was considered a Kagan. The system of government is divided into military, legislative and administrative. After the collapse of Genghis Khan's Empire, many states were created by different nations, like Kazakh khanate Uzbek khanate. It was a combination of customary laws and shariat.

We can say that the formation of a separate Kazakh khanate in the 15th century was the beginning of the real Kazakh law. Because the Kazakh khanate formed its own legal system. In 1465-1466 on the basis of various political and economic conditions on the Kazakh land the Kazakh khanate was created. The Supreme head of state of the Kazakh society became Khan. The Supreme legislative power of the Kazakh khanate became the Congress of representatives of maslikhat or Kurultai-sultans and communities. Most of the population gathered in the work of the Congress, so in some records the maslikhat was called the people's Assembly. On the other hand, Khan had a military and civil power. Khan was considered as a judge of the supreme court. And He was able to say judgement to disputes between different nationalities, tribes<sup>4</sup>. The court system consisted of two stage: first is Khan's court, which means the Royal court and second one is court of bie. Bies are people who elected by population to decide of diputes. In my opinion some elements of Kazakh state legal system is a bit similar with parliamentary governance. In resolving court cases, Khan guided to usual rules of law. The Khan's court consisted of 6

---

<sup>3</sup> Hara-Davan E. Genghis Khan as a commander and his legacy. Elista, Kalmyk book. Ed., 1991, 196 p.

<sup>4</sup> Taishigasova S. Public Buildings of the Kazakh Khanate (XV-XVIII centuries) // Kazakh History. - 2009. - № 2. - p. 57-59.

members. Regions were headed by sultans, who had a military and administrative power. According to the state structure, the Kazakh khanate was considered as a unitary state. On the territory of Kazakhstan for hundreds of years used its own law, customary rights-rituals and traditions. It were built on a regulative basis through state power and formed public relations. The customary daily rights of the Kazakhs were established by their custom. For many years the established habit or law developed in connection with the basic life of nomadic society in socio-economic and political-social life. Between XV-XVIII centuries legal system of Kazakhs was based on traditional custom. There were three code of laws which announced by Khans, and regulate relations in society.

It consist of seven chapters: the first was a land dispute; it established property rights and norms for the use of pastures and water resources, the second was the conflict about widowed womens;, The third was family and marriage law, fourth, the rules that systematize the judicial process, fifth, the rules of law relating to public administration and military affairs, sixth and seven, the rules of criminal law related to the payment of value. Also this chapters had subsections which considered disputes deeper<sup>5</sup>.

In general, some Russian authors described Kazakh society as an undeveloped because of unfair trade relations where Russian sellers appreciate their goods very expensive. However S.Zimanov, person who is considered as a builder of Modern Kazakh law, said in his book about various kind of arrangements and brances of law<sup>6</sup>. The author of this book also refers to aforesaid informations and depicts ancient Kazakh law as systemized and powerful.

The weakening and external position of the Kazakh khanate in 30s of the XVIII century contributed to the entry of its part into Russian Empire. The Kazakh

---

<sup>5</sup> Margulan A. Kassym Khan's legal way. - The Kazakh Soviet Encyclopedia. 6 volumes. - Almaty: School, - 42 p.

<sup>6</sup> Zimanov S.Z. The ancient world of Kazakh law and its origins. – Almaty.



khanate consisted of 3 parts and at the same time the Kazakh-Dzungarian war weakened the position of the khanate and it began to gradually become part of the Russian Empire. The first agreement was concluded in 1731 and it appeared as an allied agreement between the two States, but the Russian Empire began to colonize Kazakhs in this way. Regarding of this decision of authorities in that time, there are many disputes between historicists, politics.

During this period, Kazakh state did not cease to exist, but Russian Empire has always exerted its influence to domestic policy. And against this were such khans as Abylay, Kenesary, and were great rebellions from the site of inhabitants. From 1822 to 1824 the Russian Empire made great reforms to the legal and administrative system of Kazakh state <sup>7</sup>. The goal was to eliminate the Khan's power in Kazakh state. The bicourts system, which was formed in ancient times, was abolished, instead of it introduced the military courts of Russian type. In generally, Russian Empire ruined the Kazakh legal system which based on customs and traditions. The Russian Empire divided the Kazakh land into various administrative-territorial units and independently appointed their leaders, allowing them to regulate domestic and foreign policy.

The change in Court system consisted traditional court but Russian Empire tried to destroy them by forming courts of instances:

1) Criminal: treason, robbery, barymta, clear disobedience to the established authorities

2) Claims: dealt with the participation of biys in villages

3) The complaints to the regional administration

In Kazakhstan, the law and court of Russian Empire were put into force, although the customary law and the court of Biy remained partially in force, which

---

<sup>7</sup> Kasymbayev Zh.K. The history of Kazakhstan. - Almaty, 1997.- p. 59-60;

were limited and adapted to the new system of government. There were a establishment of a new judiciary, military and the judicial Commission. Russian government limited the influence of the Islamic religion. Religious Affairs of the Kazakhs were governed by the Orenburg mufti. The mullahs were subordinate to the General civil administration and through it to the Ministry of the interior. After the October revolution of 1916-1918, Kazakhstan became an integral part of Soviet Russia<sup>8</sup>.

From this period began to take shape a new system of law which existed more than the seventy-year, until 1991, Kazakhstan belonged to the legal family of the so-called "socialist law". This system was called as totalitarian system and Communist ideology. It was officially interpreted as class, expressing the interests of workers; seen as an instrument of political regime; it ensured the dominant interests of the state over personal and private property; the legal system was dominated by party directives, not laws; the principle of separation of powers did not apply, because the party which had a power subordinated to itself legislative, executive and judicial branches.

On March 26, 1937, the Congress of Soviets of Kazakhstan adopted the Constitution of the Kazakh SSSR.

The main provisions of the new Basic law repeated the norms of the all-Union Constitution, which was due to the priority of the Union law over the Republican legislation. The most important event was that Kazakhstan received the status of a sovereign state and the right to withdraw from the Union. Of course, these rules were largely formal and it was impossible to implement.

The Constitution of 1937 defined the following Supreme bodies of power and administration: the Supreme Soviet of the Kazakh SSR; the Presidium of the Supreme Council, which had the right to explain laws and adopt decrees within its

---

<sup>8</sup> The Great October Socialist Revolution in Kazakhstan: Chronicle of events. Alma-Ata, 1967.

competence; the Council of Nation's Commissars, which is the highest Executive and administrative body of state power of the Kazakh SSR. The strengthening of the regime of Stalin's personal power led to the fact that a narrow circle of the dictator's confidants replaced not only the constitutional authorities, but also the party structures. This was especially evident during the great Patriotic war of 1941-1945<sup>9</sup>.

Serious changes in the system of public administration began only in the mid-50s, after the death of Stalin. The rights of the republics in the field of economy, financial and budgetary issues, issues of administrative and territorial structure were significantly expanded. In General, the new Constitution was based on the same principles and provisions as the old one. The Constitution of the Kazakh SSR of 1937 established the following links of the judicial system:

- Nation's court;
- Regional court;
- Supreme Court of the Kazakh SSR;
- Special court.

In the sphere of civil law, the USSR Constitution of 1936 and the Constitution of the Kazakh SSR of 1937 prohibited citizens from engaging in entrepreneurial activities and did not provide for the institution of private property.

Criminal procedure law also had the main purpose of applying repressive measures to suppress negative phenomena in the economy and public life.

In 1977, the Kazakh SSR adopted a new Constitution. The legal status of Kazakhstan under the new Constitution was dual. On the one hand, the Kazakh SSR was declared a sovereign state with the relevant rights and powers, on the other-the Constitution of the USSR enshrined the "unity of sovereignty of the USSR and all

---

<sup>9</sup> A.V. Sharipov: History of Constitution Law of Kazakhstan: Article. KazNPU-2010  
Almaty

Republics". In General, the new Constitution was based on the same principles and provisions as the old one.

In General, the development of law can be divided into two stages. In Stalin's time, until the early 50's the main trend was strengthening criminal repression and mass violation of legality, then with the mid-50's, the development of law to improve democratic principles.

The General crisis of the Soviet economic and political system led to the recognition by the authorities in the mid-80s that all system need for fundamental reforms. The government of Kazakhstan has started independent steps to reform the own political system.

In general, when author describe history of Kazakhstan under Russian Empire and USSR, in the most cases he emphasize disadvantages and sorrowfull, unfair actions to Kazakh nations. On the other hand, the opinion of Russian presses is against to them. They think that Kazakhstan got a lot of things being as a part of USSR. They gave this phrase as an evident. "The phrase attributed to Winston Churchill about the role of Stalin in the history of the Soviet Union is widely known: "He accepted Russia with nothing, and left it with an atomic bomb." And although Churchill did not say this, the essence is accurately and succinctly reflected. In fact, these are the words of the historian Isaac Deutscher from an obituary published on March 6, 1953 in the Manchester Guardian: "The essence of Stalin's historical achievements is that he got Russia plowing with wooden plows and leaves it equipped with nuclear reactors." In addition they asked: In your understanding, what does the era of Stalin mean for Kazakhstan?"<sup>10</sup>

The most important legal act was the "Declaration about the state sovereignty of Kazakhstan", adopted on October 25, 1990<sup>11</sup>. In 1991 Kazakhstan

---

<sup>10</sup> <https://ehonews.kz/chto-dala-sovetskaya-epoha-kazahstanu-mnenie-istorika/>

<sup>11</sup> [articlekz.com>article/7108](http://articlekz.com/article/7108)

announced its independence and signed its first constitution in 1993<sup>12</sup>. The legal system of Kazakhstan is part of the Romano-German legal family. The development of constitutional law was strongly influenced by the French doctrine. The national law of Kazakhstan consists not only of normative acts adopted by the state bodies of the Republic of Kazakhstan, but also of international treaties and other obligations of the Republic. The Constitution of the Republic of Kazakhstan is the basic law of the state. It is also the legal basis for all other (constitutional and customary) laws and regulations. The constitutional Council exercises control over the constitutionality of all laws and regulations in the Republic of Kazakhstan. One of the most important features of the legal system of the Republic of Kazakhstan is the principle of supremacy of the Constitution. Kazakhstan is a state with a presidential form of government. The governmental power is divided into 3 points: legislative, executive, judicial power.

### **Conclusion**

In conclusion, according to the content of book the formation of Kazakh law begins with the period of the Kazakh khanate.

Customary law (ADAT) system was dominated in the territory of Kazakhstan until the 1920s. It existed mainly in oral form, which was understandable for population. Customary law was archaic and contradictory, and its rules corresponded to the needs of the Patriarchal society of nomads. Some disagreements were in the decisions of bie court which use the decision of another case for a bit similar case. Also the influence of Shariat norms was in customary law of Kazakhs. Because Islam norms used with customary law in appropriate ways in terms of populations mentality. During the Soviet period, the reception of socialist law of the USSR was actually carried out in Kazakhstan until the end of the 1980s. The official

---

<sup>12</sup> Sartaeve S.S., Nazarkulova L.T. The formation of the Constitution of the Republic of Kazakhstan: problems and prospects. - Almaty, 2002. -- 408 p.

legal system of the Kazakh SSR copied the law of other Union republics. And now, the legal system of Kazakhstan is a bit similar with another state-parties of USSR.