

SELÇUK ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Selçuk Law Review



Cilt
Volume
28

Sayı
Number
2

Yıl
Year
2020

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Selçuk Law Review

ISSN: 1306 – 8075 • E-ISSN: 2548 – 1177

Yayıncı | Publisher

Selçuk Üniversitesi, 42150, Konya, Türkiye
Selçuk University, 42150, Konya, Turkey

Sahibi | Owner

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi | Selçuk University, Faculty of Law
Dekan | Dean
Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN
sustun@selcuk.edu.tr

Editörler | Editors

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet AKÇAAL

mehmetakcaal@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Kemal ERDOĞAN

kemalerdogan007@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Özge PAŞAOĞLU

pasaogluozge@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Aydın Furkan KAYNAK

af_kaynak@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Beşir Abidin HAMARAT

bessir@live.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Zeynep TANYERİ

zeynep-tanyeri@outlook.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Övünç GÜVEL

ovunc_guvel@hotmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Arş. Gör. Ahmet Talha TETİK

ahmettalhatetik@gmail.com

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Konya, Türkiye
Selçuk University, Faculty of Law, Konya, Turkey

Yayın Kurulu | Editorial Board

Prof. Dr. Andreas Spickhoff
Faculty of Law, Ludwig-Maximilians-
Universität Munich (Germany)

Prof. Dr. Petra Butler
Faculty of Law, Victoria University of
Wellington (New Zealand)

Prof. Dr. Shobhalata Udupudi
Gujarat National Law University (India)

Prof. Dr. Furqan Ahmad
The Indian Law Institute (India)

Prof. Dr. Maleka Femida Cassim
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Nataliya E. Tyurina
Faculty of Law, Kazan Federal University
(Kazan)

Prof. Dr. Halûk Hâdi Sümer
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Nezihe Binnur Tulukçu
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. George A. Bermann
School of Law, Columbia University (USA)

Prof. Dr. Venkata Rao
National Law School, India University (India)

Prof. Dr. Sheela Rai
National Law School, University Odisha
(India)

Prof. Dr. Koos Malan
Faculty of Law, University of Pretoria
(South Africa)

Prof. Dr. Retselisitsoe Phooko
Faculty of Law, University of Johannesburg
(South Africa)

Asst. Prof. Monika Tomaszewska
Faculty of Law and Administration,
University of Opole (Poland)

Prof. Dr. Berrin Akbulut
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Prof. Dr. Ümit Süleyman Üstün
Faculty of Law, Selçuk University (Turkey)

Yönetim Yeri İletişim | Executive Office Contact

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University, Faculty of Law, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 00 45 ☎ +90 332 241 01 05

🌐 selcuk.edu.tr/hukuk/tr & dergipark.org.tr/suhfd

✉ hukukdergi@selcuk.edu.tr

Baskı ve Cilt | Printing Office

Selçuk Üniversitesi Basımevi, 42150, Konya, Türkiye

Selçuk University Printing House, 42150, Konya, Turkey

☎ +90 332 241 18 47 ✉ selcukbasimevi@gmail.com

Basım Tarihi: Ağustos 2020

Publication Date: August 2020

Danışmanlar Kurulu | Advisory Board

Prof. Dr. Ahmet Nizamettin Aktay
Faculty of Law, Antalya Bilim University
Antalya, Turkey

Prof. Dr. Rıza Ayhan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halil Cin
Faculty of Law, Ufuk University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Fethi Gedikli
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Arslan Kaya
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Doğan Soyaslan
Faculty of Law, Çankaya University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cemal Şanlı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Mehmet Ünal
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Faruk Bilir
Personal Data Protection Authority
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Bahtiyar Akyılmaz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Hakan Üzeltürk
Faculty of Law, Yeditepe University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Murat Atalı
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. Nuran Koyuncu
Faculty of Law, N.E. University
Konya, Turkey

Prof. Dr. Ramazan Arslan
Faculty of Law, Başkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Halûk Burcuoğlu
Faculty of Law, İstanbul Aydın University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. Ali Erten
Faculty of Law, Bilkent University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Aydın Gülan
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İzzet Özgenç
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Cumhuri Şahin
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. İlhan Uluşan
Faculty of Law, İstanbul Kültür University
İstanbul, Turkey

Prof. Dr. İlhan Üzülmöz
Faculty of Law, Ankara H.B.V. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. M. Fatih Uşan
Faculty of Law, Ankara Y.B. University
Ankara, Turkey

Prof. Dr. Doğan Şenyüz
Faculty of Law, Uludağ University
Bursa, Turkey

Prof. Dr. İbrahim Özbay
Faculty of Law, Gaziosmanpaşa University
Tokat, Turkey

Doç. Dr. Abdurrahman Savaş
Faculty of Law, İstanbul University
İstanbul, Turkey

Doç. Dr. A. Kürşat Ersöz
Faculty of Law, Akdeniz University
Antalya, Turkey

Hakkında

Amacı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi ile hukuk alanında özgün ve bilimsel makalelerin yayımlanması suretiyle ulusal ve uluslararası literatüre katkı sağlamak amaçlanmaktadır.

Kapsamı: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, yılda üç kez (Nisan, Ağustos ve Aralık) elektronik ortamda ve basılı olarak yayımlanan, hakemli bir uluslararası dergidir. Dergimiz ULAKBİM TR Dizin tarafından taranmakta olup Akademik Teşvik Ödeneği Yönetmeliğine uygundur. Kamu hukuku ve özel hukuk alanlardaki araştırma makalelerinin yanı sıra karar incelemeleri, mevzuat değerlendirmesi, kitap incelemesi ve çeviriler de dergide yer almaktadır. Derginin yayın dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

Kısaltma: Dergiye yapılan atıflarda SÜHFD kısaltması kullanılmalıdır.







About

Aim: Selçuk Law Review aims to contribute to the national and international literature by publishing original and scientific articles in the field of law.

Scope: Selçuk Law Review is a peer-reviewed international review which is scanned by ULAKBİM TR Index in terms of the Academic Incentive Allowance, published in electronic media and printed three times a year in April, August and December. In addition to research articles in the fields of public law and private law, decision-making, legislation review, book review and translations are also included in the review. The publication language of the review is Turkish or other European languages.

Abbreviation: SLR abbreviations shall be used in reference to the review.

İndeksler ve Dizinler | Indexes and Platforms

SÜHFD., 2010 yılından itibaren TR DİZİN tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by TR DİZİN since 2010.
SÜHFD., 2020 yılından itibaren ERIHPLUS tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by ERIHPLUS since 2020.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren HeinOnline tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by HeinOnline since 2017.
SÜHFD., 2016 yılından itibaren Asos Academia Social Science Index tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Asos Academia Social Science Index since 2016.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren SOBIAD tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by SOBIAD since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Google Scholar tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Google Scholar since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren Crossref tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by Crossref since 2017.
SÜHFD., 2017 yılından itibaren OpenAIRE tarafından taranmaktadır.		SLR is indexed by OpenAIRE since 2017.

Yayın İlkeleri

Makalenin Hazırlanma Aşaması

1. Yazar adı, ana başlığın altına sağa dayalı olarak akademik unvanla beraber “**Adı SOYADI**” biçiminde yazılmalıdır. Yazarlar, “ORCID” numarası alıp bunu kişisel bilgileri (Ad-Soyad, Akademik veya Mesleki Unvan, E-posta Adresi) ile birlikte * işareti kullanarak dipnotta vermelidir. Derginin her sayısında bir yazara ait yalnızca bir makale yayınlanabilir.

2. Gönderilen makalelerde hem Türkçe hem de yabancı dilde çalışmanın ismi, en az 100 - en fazla 150 kelimelik özeti ve beş adet anahtar kelime bulunmalıdır. Çalışmanın sonunda kaynaklara yer verilmelidir.

3. **Sayfa yapısı:** Üstten, alttan ve yanlardan 2’şer cm. olmalıdır. Bu şekilde hazırlanan yazılar 12.000 kelimedenden fazla olmamalıdır.

4. **Metin yazıları:** “Palatino Linotype” karakteri ile 11 punto tek satır aralığı, ilk satırı özel 1 cm değerinde paragraf, paragraf arası boşluklar öncesi ve sonrası 3 nk olmak üzere iki yandan hizalı yazılmalıdır. “Başlık 1” biçimi sadece yazının ana başlığı için kullanılmalıdır.

5. **Dipnotlar:** Makale ile aynı yazı karakteri, 9 punto, tek satır aralığı, 0,7 asılı, paragraf sonrası 2 nk boşluk biçiminde yazılmalıdır. Yazılarda dipnotlar otomatik olarak ve her sayfa altında verilmelidir. Dipnotların yazımında genel olarak KİTAPLARDA; Yazar SOYADI Adı, Kitap Adı, (varsa) Baskı sayısı, (varsa) Çeviren (veya Editör) SOYADI Adı, Basım yeri,

Publication Principles

Preparation Process of the Article

1. The name of the author should be written under the main title with the academic title as “**Name SURNAME**”. The information about the author is located on the right side of the page. Authors should take the “ORCID” number and this should be pointing in the footnote with the * sign along with their personal information (Name-Surname, Academic or Profession Title, E-mail Address). In each number of the SLR, only one article written by same authors may be published.

2. The title of article in Turkish and foreign languages, abstracts of minimum 100 - maximum 150 words in Turkish and foreign languages and five keywords should be added (belong to abstract) to the beginning of the submitted articles. Bibliography should be included at the end of the article.

3. **Page structure:** It should be 2 cm head and bottom and also each side. Articles prepared in this way cannot be exceed more than 12.000 words.

4. **Manuscripts:** Character fonts should be “Palatino Linotype” font and written in 11 size. The first line space should be 1 cm, but the following lines will be 1 cm. The spaces at the beginning and end of the paragraph should be 3 pt. “Style 1” format should only be used for the main title of the article.

5. **Footnotes:** Footnote characters in the same font as the article, but It should be 9 pt. It should be given automatically and bottom the page. IN BOOKS; Author SURNAME – Name, Book Name, (if any) Number of prints, (if any) Translator (or Editor) SURNAME Name, Place of publication, year and page; In ARTICLES; Author SURNAME, Name, “Article

yılı ve sayfa; MAKALELERDE; Yazar SOYADI, Adı, "Makale Adı" (tırnak içerisinde), Yayın Adı, Cilt, Sayı, yılı ve sayfa; aynı esere yapılan ikinci ve müteakip atıflarda Yazar soyadı, eserin kısaltılmış adı ve sayfa biçiminde kısa format kullanılabilir.

Name" (in quotation marks), Title, Volume, Number, year and page; In the second and subsequent references to the same study, the author's surname, a short name of article and page numbers may be used.


Makale Gönderme Aşaması

6. Hazırlanan çalışmalar, "DergiPark" üzerinden sisteme yüklenmek suretiyle dergi editörlüğüne iletilmelidir. Hakem incelemesi dahil tüm aşamalar "DergiPark" sistemi üzerinden yürütülmektedir.

7. Gönderilen makalenin, daha önce hiçbir yerde yayınlanmamış veya yayınlanmak üzere gönderilmemiş olması gerekir.

8. Makale ile birlikte, telif hakkı devir formu da doldurularak gönderilmelidir. Bu çerçevede, yazarlara telif hakkı ödenmeyecektir. Yazarlar, yayınlanan eserler üzerinde, her türlü format dâhil olmak üzere tüm yayın haklarının ve mali hakların Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne ait olduğunu kabul ederler.

Ön İnceleme Aşaması

9. Makaleler,  intihal programında incelenir. İntihal/benzerlik oranı en fazla % 20 olabilir. İntihal/benzerlik oranı % 20'un üzerinde olan eserler, doğrudan editör kurulu tarafından reddedilir.

10. Makaleler öncelikle yukarıda belirtilen şartlar bakımından editör kurulu tarafından ön değerlendirmeye tabi tutulur. Ön değerlendirme aşamasında, eser sahibinin editör kurulu tarafından talep edilen düzeltmeleri 15 gün içinde tamamlaması gerekir. Aksi takdirde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmezsizin eseri reddetme hakkına sahiptir.


Submission Process of the Article

6. Prepared studies should be submitted to the review editor by uploading to the system via "DergiPark". All stages, including the review of the referees, are carried out through the "DergiPark" system.

7. The article should not be published or submitted for publication in any other review.

8. The copyright transfer form must be filled out along with the article. In this context, authors will not be paid copyright. The authors acknowledge that all publication rights and financial rights, including any format, on the published works belong to the Selçuk University Faculty of Law.

Preliminary Examination Process

9. All articles are examined in the plagiarism program  Plagiarism/similarity ratio cannot be over 20 %. Articles with a plagiarism rate over 20 % are rejected directly by the editorial board.

10. The articles are firstly evaluated by the editorial board in terms of the above-mentioned conditions. At the preliminary evaluation stage, the authors are required to complete the corrections requested by the editorial board within 15 days. Otherwise, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Hakem Değerlendirme Aşaması

11. Makaleler, gizli tutulan iki hakemin olumlu görüşleri alınmaksızın ya da hakemler tarafından önerilen düzeltmeleri içeren yeni metin sağlanmaksızın yayınlanmaz. Hakemlerden biri olumlu diğeri olumsuz görüş bildirdiğinde makale üçüncü bir hakeme gönderilir. Herhangi bir gerekçe veya açıklama içermeyen bir raporun varlığı halinde Editörlük'ün yeni hakem belirleme yetkisi saklıdır.

12. Değerlendirme için hakemlere tanınan süre 20 gün olup bu süre zorunluluk halinde 20 gün daha uzatılabilir. Süresi içinde hakem değerlendirme raporunun gönderilmemesi halinde, Editörlük hakem ile iletişime geçmeksizin yeni bir hakem atayacaktır.

13. Her iki hakemin verdiği puanların toplamı 50 veya altında olduğu takdirde, her iki hakem eserin yayınlanabilir olduğu yönünde görüş bildirirse dahi Editörlük'ün eseri yayınlamama yetkisi vardır.

Makale Düzeltme Aşaması

14. Hakem tarafından gönderilen değerlendirme raporunda belirtilen düzeltmelerin tamamlanması için eser sahiplerine tanınan süre 1 aydır. Eser sahibinin 1 ay içinde düzeltmeleri tamamlamaması halinde, editör kurulu eser sahibi ile iletişime geçmeksizin eseri reddetme hakkına sahiptir.

Dergi Dizgi Aşaması

15. Her bir sayıda dizgi sırası bakımından makalenin kabul tarihi esas alınmaktadır. Her sayıda azami on beş makale yayımlanabilir.

Process of the Referee Evaluation

11. The articles shall not be published without obtaining the positive opinions of the two referees who are kept confidential or providing new text containing the corrections proposed by the referees. If one of the referees gives a positive and the other a negative opinion, the article is sent to a third referee. In the event of a report without any justification or explanation, the Editorship's right to determine a new arbitrator is reserved.

12. The period of evaluation given to the referee is 20 days and can be extended 20 days if necessary. If referee's report is not sent within the period, the Editorial Board will appoint a new referee without contacting the former referee.

13. If the total number of points given by both referees is 50 or less, the Editorial Board is authorized not to publish the study even if both referees reported that the study can be published.

Process of the Article Correction

14. The time allowed for the authors to complete the corrections stated in the evaluation report sent by the referee is 1 month. If the author does not complete the revisions within one month, the editorial board has the right to reject the work without contacting the author.

Process of the Review Typographic

15. The acceptance time of article is taken into consideration in the sequence of each issue. Maximum fifteen articles can be published in each issue.

ÖNSÖZ

Değerli okuyucularımız;

2020 başında kapağını ve dizgisini yenilediğimiz Dergimizin 28. cildinin ikinci sayısı ile sizinle buluşmanın sevincini yaşıyoruz.

Dergimizde, kalite çitasını her geçen gün yükseltmeyi ve dünyanın sayılı hukuk fakülteleri dergileri arasına girmeyi hedefliyoruz. Bu itibarla ESCI başvurumuz halen değerlendirme sürecinde bulunmaktadır.

Dergimize gösterdiğiniz ilgi için çok teşekkür ederiz. Makale yayımı konusunda dergimize gelen yoğun talep bizi ziyadesiyle mutlu etmektedir. Ancak bütün talepleri karşılamadaki zorluk dolayısıyla bu sayımızdan itibaren hakemden geçen makaleler arasında, hakem puanları itibarıyla tercihte bulunmak zorunda kalacağız. Yayımlanabilir raporu gelen makalelerin yayımlanması için hakem raporlarından en az 50 puan almış olma şartı aranacaktır.

Dergimizin kalitesinin yükselmesiyle birlikte hukuk literatürüne sağladığımız katkı da daha fazla artacaktır.

Bu itibarla dergimize destek veren tüm yazarlarımızın yanı sıra makaleleri özveriyle değerlendiren tüm hakemlerimize de en içten teşekkürlerimizi sunarız.

Hukuka gönül veren herkese en içten selam ve saygılarımızla...

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına

Dekan

Prof. Dr. Ümit Süleyman ÜSTÜN

İçindekiler
Table of Contents

Araştırma Makaleleri

Research Articles

- TAHKİMİN RUS VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE
HÂKİMLER VE HAKEMLER
AÇISINDAN KARŞILAŞTIRILMASI** **389-425**
Comparison of the Arbitration in Terms of Judges and
Arbitrators in Russian and Turkish Law Systems
Nazım AKSOY
- RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA
ÖLÜM CEZASI** **427-444**
Capital Punishment in the Criminal Code of the Russian
Federation
Emin HÜSEYİNOĞLU
- ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA İŞGALE İLİŞKİN
HUKUKİ MESELELER** **445-471**
The Legal Matters About Occupation in International
Humanitarian Law
Gökhan ALBAYRAK
- PATENT KONULARININ BAĞIMLILIĞI HALİNDE
ZORUNLU LİSANS** **473-509**
Compulsory License in Case of Dependency of Patent Issues
Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL
- SAKLI PAYLI MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ VE
İFLAS İDARESİNİN TENKİS DAVASI AÇMA HAKKI
(TMK m. 562)** **511-542**
The Right of Creditors and Trustee in Bankruptcy of the
Statutory Heirs Who Have Reserved Portion, to Raise an Action
for Reduction (Turkish Civil Code Art. 562)
Ali Ahmet GENÇ

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE UYUM 543-573
AISINDAN TÜRKiYE'DE HÂKİM ÖNÜNE
IKARILMA HAKKI

The Right to Be Brought Before A Judge in Turkey in Terms of
the Compliance with the European Convention on Human
Rights

Talip ALAN

Kamuran REÇBER

TENKİS DEF'İNİN YARGILAMADA İLERİ SÜRÜLMESİ VE 575-602
SONUÇLARI (GİZLİ İNŞAİ HÜKÜM KAVRAMI ÜZERİNE
BAZI TESPİTLER)

The Effects of The Plea for Reduction in Civil Procedure Law
(Thoughts on Constructional Effects of Order for Specific
Performance)

Anıl KÖROĞLU

TEMİNAT AMAÇLI GERİ ALIM HAKKI TESİSİNİN LEX 603-630
COMMISSORIA YASAĞINA AYKIRI OLUP
OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Assessment of Either Repurchase Right for Guarantee Against
the Lex Commissoria Ban or Not

Süheyla ZORLU

TAŞINMAZ MANZARASI ÜZERİNDEKİ HUKUKİ 631-673
YARARIN KORUNMASI

Protection of The Legal Benefit on Real Estate's Sight

Bedia GÜLEŞ

MEMUR DİŐİPLİN İŞLEMLERİNDE AMAÇ UNSURU 675-711

The Juridical Purpose Factorin Disciplinary Actionof Civil
Servant

Mehmet HATİPOĞLU

Ahmet Cahit SARICALAR

**ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ AÇISINDAN
EĞİTİLMELERİ** 713-744

Training of Employees in Terms of
Occupational Health and Safety
Zehra Gizem ATEŞ

**SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERİN KESİLMESİ
BAĞLAMINDA CULPA IN CONTRAHENDO
SORUMLULUĞU VE OLUMSUZ ZARAR** 745-775

Culpa in Contrahendo Liability and Reliance Damage
in the Context of Termination of Contract Negotiations
Özkan ÖZYAKIŞIR
Muhammed K. GANBARİ

**İŞÇİ STATÜSÜNE SAHİP OLMAMAKLA BİRLİKTE 5510
SAYILI KANUNDA KISMÎ SİGORTALI SAYILAN KİŞİLER** 777-818

The Persons with Partial Insurance in The Act No 5510 Without
an Employee Status
Merda Elvan TUNCA

**YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA
KANUNU'NUN 74. MADDESİNİN "GÜVENLİ ÜÇÜNCÜ
ÜLKE" KAVRAMI BAĞLAMINDA GENEL
DEĞERLENDİRİLMESİ** 819-855

"Secure Third Country Concept" and Article 74 of Foreigners
and International Protection Law
Hüseyin ÖZCAN

**SERİ MUHAKEME VE BASİT YARGILAMA USULLERİNDE
İTİRAZ KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM
ÖNERİLERİ** 857-885

Problems and Suggestions for Objection in Speedy Proceeding
and Simplified Proceeding
Uğur ERSOY

Araştırma Makaleleri
Research Articles



TAHKİMİN RUS VE TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE HÂKİMLER VE HAKEMLER AÇISINDAN KARŞILAŞTIRILMASI

Dr. Öğr. Üyesi Nazım AKSOY*

Öz

Tahkim ile kastedilen, anlaşma taraflarının aralarında doğabilecek ihtilafların hâkim yerine hakemle çözme yöntemidir. Eski çağlarda da görülen tahkim aslında arabuluculuk vasfını taşımaktaydı. Türk hukuk tarihinde modern anlamdaki tahkim, ilk defa Osmanlı hukuk sisteminde görülmüştü. Dünya’da ise 1958 tarihli New York Konvansiyonu ile uluslararası platformda görülen modern anlamdaki tahkim birçok ülke tarafından benimsenmiştir. Bu ülkeler arasında Rusya ve Türkiye çekinceler ileri sürerek Konvansiyonu benimsemiştir. Ülkemizin coğrafi, siyasi ve ekonomik anlamında stratejik öneme sahip konumda olan Rusya ile ilişkiler sürekli gelişmektedir. Bu bağlamda hukuki bağlarının da geliştirilmesi amacıyla her iki ülkenin tahkim konusunda işbirliği anlaşmasının imzalanması ile her iki ülke ekonomisine katkılar sağlanabilecektir.

Anahtar Kelimeler

Tahkim Kurumu • Hâkimlik • Hakemlik • KOBİ • Rusya

* Dr. Öğr. Üyesi, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Burdur, Türkiye | Asst. Prof., Mehmet Akif Ersoy University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Commercial Law, Burdur, Turkey.

✉ naksoy@mehmetakif.edu.tr • ORCID 0000-0002-1835-7476

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: AKSOY Nazım, “Tahkimin Rus ve Türk Hukuk Sistemlerinde Hâkimler ve Hakemler Açısından Karşılaştırılması”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 389-425.

📖 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

COMPARISON OF THE ARBITRATION IN TERMS OF JUDGES AND ARBITRATORS IN RUSSIAN AND TURKISH LAW SYSTEMS

Abstract

Arbitration is a method of refers to the arbitrator instead of the judge in settling disputes that may arise between the parties of the agreement. The arbitration, which had seen in ancient times, was a mediatorship. In the history of Turkish law, modern arbitration the first time had seen in the Ottoman legal system. In the world, with the New York Convention of 1958, modern arbitration has seen on the international platform and has been adopted by many countries. Among these countries, Russia and Turkey adopted the convention with reservations. Relations with Russia have strategic importance in the geographical, political and economic sense of our country, are constantly developing. In this context, the signing of both countries' cooperation agreements on arbitration to improve their legal ties can contribute to the national economy.

Key Words

Arbitration Institution • Judgeship/Judicature • Arbitration • SME • Russia

GİRİŞ

Rusya Federasyonu coğrafi yapısı itibarı ile dünyanın en büyük ülkesi olup, zengin yer altı kaynaklarına ve tarım alanlarının sahiptir. Bu zenginliklerin sayesinde ülkenin çeşitli sanayi kollarının gelişmesinin yanı sıra, tarımsal ve hayvansal ürünlerin işlenmesi ve pazarlanması anlamında da ilerlediğini görmek mümkündür. Türkiye'nin stratejik komşusu olması sebebi ile de tarih boyunca ülke çıkarları doğrultusunda Rusya ile birçok alanda devletlerarası ilişkileri olmuştur. Son günlerde Rusya Federasyonu (Rusya) ile Türkiye Cumhuriyeti (Türkiye) arasında ticari ilişkilerin yanı sıra, kültürel, siyasi ve askeri ilişkilerin de geliştiğine şahit olmaktayız. Eski çağlara kadar uzanan bu komşuluk ilişkisinin sağlam temellere dayanması, günümüzde karşılığının her iki milletçe alındığını göstermektedir.

Dünya çapında birçok ülkenin komşuluk ve sair sebepler gereği çeşitli birliktelikler ve oluşumlar içerisine girdikleri görülmektedir. Bu birlikteliklere; Avrupa Birliği (AB) gibi sosyo-ekonomik amaçlarla, Kuzey Atlantik Antlaşması Örgütü (KAAÖ)¹ gibi savunma amacıyla, Bağımsız

¹ <https://tr.wikipedia.org/wiki/NATO> Erişim 09.03.2020.

Devletler Topluluğu (BDT) gibi tarihi, kültürel ve ekonomik amaçlarla yapılan oluşumlar örnek olarak verilebilir. Hukuki amaçlarla da bu birliklerin ikili ve/veya çok taraflı anlaşmalarla sağlandığı söylenebilir. 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Konvansiyonu hukuki ve ekonomik amaçlarla bir birlikteliğin oluşumuna örnek verebilir. Zira söz konusu Konvansiyonu'nun ilk maddesinde, bu Konvansiyonu'nun gerçek veya tüzel kişiler arasında doğan uyuşmazlıklarda, tanınması ve tenfizi istenen devletten başka bir devlet toprağında verilen hakem kararlarının tanınmasına ve tenfizine uygulanacağı belirtilerek, bu Konvansiyon'a üye olacak ülkelerin hakem kararlarının her bir ülkede geçerli olması amaçlanmıştır.

Türkiye söz konusu Konvansiyon'a çekinceler ileri sürerek üye olmuştur. Rusya ise Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından sonra SSCB'nin akdettiği tüm sözleşmelere halef sıfatına sahip olmasından dolayı Konvansiyona üye olarak kabulü ile birlikte, asıl anlamda Rusya Federasyonu ileriki tarihlerde bu Konvansiyona üye devletler listesinde nitelendirilebilmesi için ayrıca hiçbir adım atılmamıştır. Dolayısı ile Türkiye ve Rusya'nın kendi arasındaki ilişkilerinde New York Konvansiyonu'nun çok fazla etkili olacağı kanaatinde değiliz. Rus mahkemeleri ancak New York Konvansiyonu'nun karşılıklılık ve uluslararası nezaket ilkelerine atıfla yabancı kararları aktif olarak uygulamaktadırlar. Türkiye ile Rusya arasında ise bu yönde yürürlükte olan bir karşılıklılık anlaşması söz konusu değil². Türk ve Rus iş dünyasının kendi iç dinamikleri dikkate alındığında her iki ülkenin aralarında hukuki bağların

² Bununla birlikte, Rusya Federasyonu tarafından 2 Temmuz 2019'da Lahey Uluslararası Özel Hukuk Konferansı'nın 22'nci Diplomatik oturumu sona ermesinin ardından birtakım gelişmeler yaşanmıştır. Şöyle ki, Rus hükümeti heyetinin başkanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Rusya Federasyonu Temsilcisi Rusya Federasyonu Adalet Bakanı Yardımcısı Mikhail Galperin, Sivil ya da Ticari Konularda Yabancı Yargıların Tanınması ve Tenfizine İlişkin Sözleşme'nin kabul edilen Oturumun nihai metnini imzalamıştır. Sözleşmenin imzalanmasının temel amacının, hukuki ve ticari konularda mahkeme kararlarının sınır ötesi uygulanması için öngörülebilir ve etkili bir rejim oluşturma isteği idi. Zira yabancı ülkelerdeki ulusal mahkemelerin kararlarını uygulayacak evrensel bir uluslararası anlaşmanın olmaması, yabancı unsurlu ihtilafların çözümü için bir mekanizma olarak devletin yargısına olan güveni olumsuz etkilemekteydi. Kabul edilen Sözleşme ile bu boşluğunun doldurması amaçlanmıştır. Bkz. <https://minjust.ru/ru/novosti/prinyata-konvenciya-o-priznanii-i-privedenii-v-ispolnenie-inostrannyh-sudebnyh-resheniy-po> Erişim 14.02.2020.

oluşturulması gerekliliği düşünülebilir. Bu bağlamda ticari ilişkilerin geliştirilmesi konusunda Rusya'nın SSCB'den ayrıldığı yıllarda Türkiye ile imzalamış oldukları anlaşmaların tekrar gözden geçirilerek güncellenmesi ve etkinliğinin günümüz şartlarına göre uyarlanması gerektiği inandırıcıdır³.

Çalışma, Rusya ile Türkiye arasında oluşturulabilecek tahkim kurumu hakkında araştırmadan ibarettir. Tahkim kurumu, önemine binaen, her iki ülkenin hukuk tarihi açısından ele alınarak, tahkim kurumundaki ihtilafı çözen yetkilendirilmiş hakemlerin devletin yargı organları mensupları olan hâkimler açısından değerlendirilmesi çalışmanın amaçları arasındadır. Bu kıyaslamaların yapılma nedenleri arasında devletin yargı organlarında ihtilafların çözülmesi anayasal bir zorunluluk olması kuralının istisnasının meşru sebeplere dayandırılmasını gerektirmektedir. Şöyle ki, tahkimde, devletin yargı sistemi dışında, hatta hukuk eğitimi dahi almamış, hâkimlik şartlarını taşımayan bireylerden ihtilaf taraflarının özgür iradeleri ile seçilen hakemlerce çözülmesi imkânının anayasal ilkelere ters düşmeyeceği gerçeğini ortaya koymaktır. Bu bağlamda hâkimlikle hakemlik arasındaki terminolojik farklarla her iki ülkede hâkimlik meslekleri ile hakemlik kıstasları arasındaki farklara değinilecektir. Çalışmada ayrıca her iki ülkede mevcut tahkim mevzuatları incelenecek ve ikili ilişkiler kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Çalışmanın sonunda elde edilen bulgularla nelerin yapılabileceği konusunda önerilere değinilecektir.

³ Türkiye ile Rusya arasında imzalanan anlaşmalara örnek olarak Ankara'da 15 Aralık 1997 tarihinde imzalanan Türkiye Cumhuriyeti ile Rusya Federasyonu arasındaki hukuki, ticari ve cezai konularda adli yardımlaşma anlaşması 2002 yılında yürürlükten kalkması gösterilebilir. 1 Aralık 2014 tarihinde ise Ankara'da imzalanan cezai konularda karşılıklı adli yardımlaşma ve suçluların iadesi anlaşmasının da 2017 yılında yürürlüğe girmesi yeterli görülmemeli. Zira bu anlaşmada yargı kararlarının tanınması veya tenfizine ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Bu gelişme ülkelerimiz arasında hukuk alanında olumlu adımın bir göstergesi olmakla birlikte yeterli görülmemelidir. Anlaşma için bkz. 08.03.2017 tarih ve 30001 sayılı RG.; Bunun gibi Rusya Ticaret ve Sanayi Odası ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği arasında 10 Kasım 1992'de İstanbul'da ilk işbirliği anlaşması imzalanan ve daha sonra 12 Ocak 2005'te Moskova'daki yasal çerçeveyi güncellemek için Rus-Türk iş forumu sırasında odalar arasında imzalanan yeni bir işbirliği anlaşmasının da güncellenmesi gerekmektedir. Bkz. aşağıda s. 416 vd.

I. Kavramsal Yaklaşım

Açıklamalara geçmeden önce tahkim ile ilgili benzerlik arz eden hakem, hâkim ve hakîm kavramlarına değinmek gerekir. Arapça asıllı olan bu kavramlar bünyesinde yargılamayı barındırdığı yönünde bir algı oluştursa da teknik olarak her biri farklı anlamları taşımaktadır. Hemen ifade etmek gerekir ki, yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, tahkim için belirlenen hakemler, hâkim değildir. Zira hâkimler, bir meslek olarak bağımsız mahkemelerce yargı faaliyetini devlet adına yürüten kişilerdir. Oysa hakemler, devlet tarafından hâkimlik mesleğini icra eden kimseler değildir. Hakemlik, az önce belirtildiği üzere Arapça asıllı bir kelime olup, bu görevi İslam dininin yayılma sürecinde peygamberliğinin ilk dönemlerinde Hz. Muhammed (s.a.v.) tarafından yerine getirilen bir görevdi⁴. Çeşitli kıstaslara göre söz konusu kelimelerin anlamları aşağıdaki şekilde verilmiştir. Buna göre:

Yabancı dil açısından sözlük anlamlarına göre⁵:

- Tahkim kavramı- "*Appointment of somebody as an arbitrator*";
- Hakem kavramı- "*Arbitrator*";
- Hâkim- "*Judge*";
- Hakîm- "*Dominant*" anlamlarını taşımaktadır.

Türk Dil Kurumu'na göre⁶:

- Tahkim- "*Anlaşmazlıkların hakem yoluyla çözülmesi yöntemi*";
- Hakem- "*Tarafların aralarındaki anlaşmazlığı çözmek için yetkili olarak seçtikleri ve üzerinde anlaşmışları kişi, yargıcı*";
- Hâkim- "*Yargıç*":

⁴ İslam hukukunda tahkim ve adil muhakeme konularında geniş bilgi için bkz. OR-TAYLI, İlber: "Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi", AÜSBFD., C. 30, 1975, s. 117; BALCI, Muharrem: İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, B. 1, İstanbul 1999, s. 72 vd.; BOZATAY, Şeniz Anbarlı/DEMİR, Konur Alp: "Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme", Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 6, S. 10, Haziran 2014, s. 75. Ayrıca Rusya'da İslam dinindeki temel felsefe ve Hz. Muhammed konusunda bakış açıları ile ilgili geniş bilgi için bkz. ŞEMŞEK, Vesile: "Petersburg Üniversitesi'nin Yetiştirdiği Oryantalistler Yağmalanmış Miras - Elyazma Eserler", Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, S. 44, Aralık 2019, s. 117 vd. (Petersburg Üniversitesi).

⁵ <https://tureng.com> Erişim: 29.12.2019.

⁶ <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 29.12.2019.

- Hakîm- “Her şeyi bilen (Tanrı)”.

Dini terminoloji açısından⁷:

- Tahkîm- “Aralarında hukukî ihtilâf bulunan kişilerin bu ihtilâfı çözüme bağlaması için üçüncü kişiyi hakem tayin etmesi anlamında fıkıh terimi”;
- Hakem- “Bir uyuşmazlığı çözmek için taraflarca tayin edilen kimse”;
- Hâkim- “Hukukî hükümlerin koyucusu ve kaynağı anlamında fıkıh usulü terimi”;
- Hakîm- “Allah’ın isimlerinden (esmâ-i hüsnâ) biri”.

Hukuk terminolojisi açısından bakıldığında, yukarıda verilen kavramsal açıklamaların örtüştüğü görülmektedir. Bununla birlikte, açıklamalardan görüleceği üzere, hakem, taraflarca tayin edilen ve bir uyuşmazlığı çözmek için belirlen kimsedir. Dolayısıyla her ne kadar bir ihtilâfın çözümü için denilse de hakem, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan resmi yetkili memur sıfatında görev yapan hâkim değildir. Tahkim, hukuk anlamında Türk Dil Kurumu’nun tanımıyla benzer olduğunu söylenebilir. Zira doktrinde tahkim, usul yöntemi veya diğer bir ifade ile usulî bir süreç olarak ifade edilmiştir⁸. Kanunda ise tahkim anlaşması, bir sözleşme çeşidi olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun (HMK) “Tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli” başlıklı 412’nci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre: “Tahkim sözleşmesi, tarafların, sözleşme veya sözleşme dışı bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tamamı veya bir kısmının çözümünün hakem veya hakem kuruluna bırakılması hususunda yaptıkları anlaşmadır.” (HMK m. 412/1).

II. Rus Hukuk Tarihinde Tahkimin Gelişimi

Tahkim kurumunun Rus dilindeki kelime anlamı “арбитраж” (arbitraj) veya “третейский суд” (treteyskiy sud) olarak tercüme edilmektedir. Bu kelimelerden “арбитраж”, İngiliz dilindeki “arbitration”

⁷ <https://islamansiklopedisi.org.tr> Erişim: 29.12.2019.

⁸ Bkz. NOMER, Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2016, s. 1 vd.; YILMAZ, Ejder/ ARSLAN, Ramazan/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 785 vd.; KALPSÜZ, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, 37 vd.; ÖZBAY, İbrahim/ KORUCU, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde TAHKİM (HMK m. 407 - 444), Adalet Yayınevi, Ankara 2016, s. 3 vd.

kelimesinden alınmakla birlikte, “третейский суд” Rus dilinde “тпу” yani “üç” kelimesinden gelmektedir. Zira buradaki “üç”ün anlamı, üçüncü taraf mahkemesince, hakem veya hakem heyeti (tarafların kendi kendini yargılamasının aksine) ve ayrıca özel kişilerin (bir devlet mahkemesinin aksine) oluşturdukları heyetçe yargılanmasıdır⁹.

Rusya için tahkim kurumu batıdan alınmayarak daha 14’üncü y.y.’da dönemin Rus prenslerinin (Русские Князи) tahkim anlaşmasıyla ile hakemler karşısında yargılandığına ilişkin belgelerin arşivlerde yer aldığı ileri sürülmüştür¹⁰. NİKOLYUKİN’e göre, sivil hukukunun yanı sıra 16. y.y.’da Rusya’da ceza hukukunun belli başlı dallarında dahi tahkime gidildiği görülmüştür. Bu tahkimde hakemler için herhangi bir standart belirlenmemiştir. Tüm Rusya’daki büyükşehirlerde sözleşme tarafları, Hıristiyan Rus prensleri ile Rusya’da eski bir aristokrasinin bir üyesi, bir prens yanında zengin yerli arsa maliklerini hakem olarak seçilebilirlerdi. Yabancılar ve diğer dine mensup olan kişiler zengin iş adamları olsa bile kesinlikle hakem olarak seçilemezlerdi¹¹.

⁹ Sözlük anlamı için bkz. ГЕССЕН, Иосиф: Третейский суд в гражданском процессе // Энциклопедический словарь (Hukuk Usulünde Tahkim Mahkemesi // Ansiklopedik Sözlük). С. XXXIIIА (66), Ф. А. Брокгауз — И. А. Ефрон Yayınları, Sankt Petersburg 1901, s. 772.

¹⁰ Eserde, Büyük Prens John Vasilyevich’in kardeşi Prens Yuri Ivanovich ile 1531 tarihli tahkim sözleşmesi örnek olarak verilmiştir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. ВАЛЕТОВА, Ксения: Третейское Разбирательство Как Альтернативная Форма Защиты Гражданских Прав и Охраняемых Законом Интересов (Sivil Hakların ve Kanuni Çıkarların Korunmasına Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Tahkim), Tumen Devlet Üniversitesi Yayınları, Nijnevartovsk 2016, s. 8; ЗАЙЦЕВ, Алексей: “История развития третейских судов и третейского судопроизводства в России до 1917 г.” (1917 Yılına Kadar Rusya’da Tahkim Mahkemelerinin ve Tahkim İşlemlerinin Gelişim Tarihi), Вестник гражданского процесса (Hukuk Muhakemeleri Usulü Bülteni), S. 2, 2012, s. 89 vd.

¹¹ Bkz. НИКОЛЮКИН, Станислав: Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: научнопрактическое пособие. (Rusya’daki Hukuki Aracılık (Arabuluculuk) Teknolojileri: Bilimsel Uygulama Klavuzu) Юстициформ Yayınları, Moskova 2013, s. 240. Oysa yabancı dedikleri Hristiyanlık dışındaki din mensupları, yani İslamiyet’te esas olan insan ve medeniyete dayalı yaklaşımdır. Zira, İslam medeniyetinin temel amacı arasında insanların inanç, can, mal, nesil ve akıl gibi temel değerlerini koruyarak, tüm insanların haklarını korumaktadır. Bu yönde bkz. ŞEMŞEK, Vesile: İslam Medeniyetinin Temelleri ve Tarihi Gelişim Süreci, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, Mart 2020, S. 45, s. 284 vd. (İslam Medeniyetinin Temelleri).

SHERSHENEVICH'e göre: "*hakemlerin özel statüleri zamanla tamamen resmi görevliler olarak değişmektedir, çünkü otorite onları gerçek hakimler olarak benimsiyor ve destekliyor*"¹². Belirtmek gerekir ki, 14-16'ncı y.y.'de hakem ve hâkim çatışmasında, bir ihtilafın çözme önceliğinin devletin hâkimlerinden ziyade hakemler aracılığı ile çözülmesine daha fazla önem verilmektedir. Zira hakemle çözüm yolu halk arasında daha yaygındı ve halk tarafından devlet mahkemelerine başvurmaktan daha çok benimsenmişti¹³. Devlet yargı sisteminin rahatlatılmasını sağlayacak etkili bir uyuşmazlık çözüm mekanizmasının ve tahkim işlemlerinin en uygun yasal düzenlemelerinin araştırılması süreci, tahkim ile ilgili yargısal işlemlerini düzenleyen iç mevzuatın oluşturulması dönemi boyunca Rusya'da her zaman aktif olarak gerçekleştirilmiştir¹⁴.

Rus hukuk tarihinde modern anlamdaki tahkim sürecinin resmi başlangıcı İmparator I'inci Nikolay'ın 15 Nisan 1831 tarihli "Rus İmparatorluğu Tahkim Hakkında Kararname"si ile olmuştur. Söz konusu düzenleme vatandaşlar arasında tahkimle çözümü öngören Fransız mevzuatından etkilendiği ileri sürülmüştür. Söz konusu Kararname 1833 yılında Rus İmparatorluğu döneminin mevzuatının tam anlamıyla bir parçası olarak benimsenmekte ve 1842 ve 1857 bazı değişikliğe uğramaktadır. XX'nci y.y.'nin ikinci yarısında 19 Şubat 1861 yılında İmparator II'nci Aleksandr tarafından "Sulh Aracılarının Birimine Tabi Uyuşmazlıkların Uzlaştırılma ve Tahkim Yoluyla Sona Erdirme Usulü Hakkında Kurallar" çıkarılarak yürürlüğe konmuştur¹⁵.

¹² Orijinal metni: "*положение, чисто частное, третейских судей с течением времени официальным, потому что власть признает в них настоящих судей и оказывает им свое содействие*" Bkz. ШЕРШЕНЕВИЧ, Габриэль: Курс торгового права: Торговый процесс/ Конкурсный процесс (Ticaret Hukuku Dersi: Ticaret Süreci / Rekabet Süreci), Бр. Башмаковых yayınları, С. 4, Moskova 1912, s. 4.

¹³ Bu yönde ve Rusya'nın 14-16 y.y. ile devamında tahkimle ilgili genişlemeler hakkında geniş bilgi için bkz. ВАЛЕТОВА, s. 11.

¹⁴ МОРДОВЦЕВ, Андрей/ АГАФОНОВА, Татьяна: Медиация в Истории Российской Государственности: Юридикоконфликтологический Аспект// История Государства и Права (Rus Devletçilik Tarihinde Arabuluculuk: Yasal Çatışma Yönu/ Devlet ve Hukuk Tarihi), Федеральный Научно-Правовой Журнал (Federal Hukuk Bilimi Dergisi), S. 24, Moskova 2013, s. 29 vd.

¹⁵ Görüş için bkz. ВАЛЕТОВА, s. 13.

SSCB 1958 tarihli New York Konvansiyonu'na 29 Aralık 1958 tarihinde taraf olmuş ve 10 Ağustos 1960 tarihinde SSCB Yüksek Şurası tarafından bu Anlaşma onaylanmıştır. Rusya Hükümeti'nin 27.09.1994 tarih ve 1107 sayılı Kararı ile de SSCB'nin tüm hak ve yükümlülüklerinin devralındığı açıklandığından Rusya hukuken SSCB'nin halefi olarak New York Konvansiyonu üyeliğini dolaylı olarak devam ettirmektedir¹⁶.

III. Türk Hukuk Tarihinde Tahkimin Gelişimi

Hakemler aracılığı ile ihtilafların çözümünü öngören tahkim kurumuna benzer bir çözüm mekanizması Türk hukuk tarihinde başta Osmanlı döneminde Tanzimat öncesinde görülmüştür. Ancak söz konusu dönemde ihtilaf durumlarında günümüz anlamındaki tahkimden ziyade, taraflarca başvurulmuş hakemler/kadılar aracılığı ile uzlaştırma şeklinde bulunan orta yoldaki çözümlerin yine mahkeme tarafından kayıt altına alınması gerekirdi. Günümüzdeki tahkim kurumu ile ilgili ilk düzenleme Tanzimat döneminde kanunlaştırma hareketi ile mevzu hukuk haline getirilen kurullarla Fransız Ticaret Kanunu'nun tercümesi sonucunda Osmanlı hukuk sisteminde görülmeye başlamıştır. Söz konusu düzenleme 1850 tarihli Kanunname-i Ticaret'ti. Adı geçen Kanun'un 40-52'nci maddelerinde taraflar arasında ticari ilişkilerden doğan ihtilafların hakem tarafından çözümlenmesi mecburi kılınarak bir nevi "Mecbûri Tahkim" söz konusu olmuştu¹⁷. Daha sonra, 1861 tarihli "Ticaret Usulü Muhakemesine Ait Nizamname" ile taraflar arasındaki ihtilâflarda hakemler tarafından ihtilafın sonucunda alınacak raporun mahkeme heyetine onaylanmasına ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Buna göre raporlar onaylanması için mahkemeye sunacaklardır. Mahkemeler de bu raporları kabul veya reddedebileceklerdir. Bununla birlikte aynı dönemde 1864 tarihli Ticaret-i Bahriye Kanunu ile deniz sigortası sözleşmelerinde de zorunlu tahkim getirilmiştir¹⁸.

Bunların yanı sıra, Türk Medenî Kanunu'nun temelini oluşturan ve kısımlara ayrılarak 1877 yılları arasında yürürlüğe girmeye başlayan

¹⁶ Постановление Правительства РФ от 27.09.1994 N 1107 "Об урегулировании коммерческой задолженности бывшего СССР перед иностранными кредиторами".

¹⁷ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. BALCI, s. 87-88.

¹⁸ BALCI, s. 88.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye’de (Mecelle) modern tahkim ilk defa tanımlanmıştır. Hüküm sadeleştirilmiş haliyle şu şekilde yer almaktadır: “*Tahkim, hasım olan iki tarafın, ihtilâflarının halli için kendi rızaları ile üçüncü bir kişiyi hüküm vermek üzere tayin etmelerinden ibarettir.*” (MAA m. 1790)¹⁹. Mecelle’de ayrıca tahkimin belirli bir zamanaşımıyla sınırlandırıldığı da görülmektedir. Şöyle ki, Mecelle’nin 1846’ncı maddesinde “*Tahkim bir vakit ile takyid olundukta ol vaktin müruru ile zail olur*” hükmü yer almıştır. Buradan hareketle tahkimin belirlenen zaman süresince sonuçlandırılmaması halinde zamanaşımına uğrayacağı ve artık yeniden hakem tayini veya tahkim anlaşmasının gerektiği savunulmuştur²⁰.

Mecelle’den sonra Türk hukukunda Tahkim 1879 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Muvakkat Kanunu’nda düzenlenmiştir. Bu Kanun’da Tahkim hükümleri Mecelle ile benzerlik arz etse de, yenilik olarak, taraflarca seçilen hakemlerin vermiş oldukları hükümde birlik olmadığı durumda üçüncü bir hakem tayini zorunlu kılınmıştır. Bu hükme göre, taraflar üçüncü hakemde anlaşamadıkları durumda bu üçüncü hakemi ancak mahkemeler seçebilirdi. Dolayısıyla denilebilir ki, öncelikle hakemlerin hükümde birliği zorunlu kılınmıştır, çünkü aksi takdirde tahkim geçersiz olacaktı. Bu düzenleme ile tahkimin mutlaka sonuçlandırılması gerekliliği önemli gelişme olarak nitelendirilmiştir²¹.

Bunun yanı sıra, Türk hukukunda tahkim 1917 yılında Aile Hukuku Kararnamesi’nde görülmüştür. Geçici olarak çıkarılan söz konusu Kararname’nin 130’ncü maddesi ile, karı-koca arasında çıkacak ihtilâflarda karı kocadan birinin, aralarındaki ihtilâfın çözümü konusunda hâkime başvurduğunda, hâkim, tarafların ailelerinden bu da mümkün olmazsa dışarıdan seçeceği hakemlerden aile meclisini oluşturur ve bu meclisin kararlarına göre ihtilafı çözer. Hakemlerin verdiği kararlar kesin-dir²².

¹⁹ BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), B. 3, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982, s. 406.

²⁰ Bu yönde görüş ve Tahkim’in Mecelle’deki diğer hükümlerinin yorumu için bkz. BALCI, s. 91 vd.

²¹ BALCI, s. 95.

²² Söz konusu Kararname çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu yönde bkz. YAZICI, Abdurrahman: “Osmanlı Hukûk-I Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi’nin

Bu gelişmelerin ardından Türk hukuk tarihinde “resepsiyon” süreci yaşanmıştır. Osmanlı devlet adamları üzerlerinde, başta Fransız Hukuku olmak üzere Batı Hukuk Sistemlerinde yer alan kanunların aynen aktarmak suretiyle İslam hukuku temelli Osmanlı hukukunun değiştirilmesi yönünde baskıların görüldüğü ileri sürülmüştür²³. Bu sürecin, Cumhuriyetin kuruluşunun ilk yıllarında Millî ve İslâmî kimliğin korunması prensibinin devam edildiği ve 1921 Anayasası (Teşkilat-ı Esasiye Kanunu)’na da yansıtıldığı ileri sürülmüştür²⁴.

Günümüz Türk hukuk sisteminde, uygulanan modern tahkim kurumu ile ilgili hükümler, aşağıda da görüleceği üzere²⁵, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda (HMK), 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda (MTK), 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’da (MÖHUK) yer almaktadır. Bununla birlikte, 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin 1958 tarihli New York Anlaşması (1958 tarihli New York Konvansiyonu) Türkiye’de 1991 yılında onaylanmıştır²⁶. Bu Konvansiyon’un yanı sıra, Birleşmiş Milletler Avrupa Ekonomik Komisyonu’nun çalışmaları sonucu milletlerarası ticari ilişkilerden doğan ihtilafların tahkim yolu ile

Eleştirileri”, Ekev Akademi Dergisi, S. 62, Bahar 2015, s. 573; <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi> Erişim: 31.12.2019; BALCI, s. 95-96.

²³ Bu yönde geniş bilgi ve resepsiyon tanımı için bkz. BOZKURT, Gülnihâl: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu yayınları, Ankara 1996, s. 5 ve 153; Âli Paşa ve onun önderliğindeki Batıcı Osmanlı Aydınları’nın Fransız Medenî Kanunu’nun (Code Sivil) iktibas edilmesi fikrine karşı Ahmet Cevdet Paşa’nın İslam hukukundan ayrılmaması yönündeki mücadelesi konusunda geniş bilgi için bkz. MARDİN, Ebul’ula: Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996, s. 88 vd.

²⁴ Bu yönde bkz. MARDİN, s. 49; BALCI, s. 100.

²⁵ Bkz. aşa. s. 412 vd.

²⁶ New York Konvansiyonu, hakem kararlarının verilmesinden sonraki aşama olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizine ilişkin bir konvansiyon olduğu ileri sürülmüştür. Bu yönde bkz. TUNCAY, Ahmet: “Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı”, Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies Dergisi, Session 2D: Uluslararası Hukuk, 2013, s. 882 (879-884); Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (Resmî Gazete ile yayımı: 21.5.1991, Sayı: 20877) Kanun No. 3731, Kabul Tarihi: 8.5.1991 <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20877.pdf> Erişim: 01.01.2020.

çözümünü sağlamak amacıyla hazırlanan 25 Nisan 1961 tarihli Milletlerarası Ticari Tahkime İlişkin Avrupa – Cenevre Sözleşmesi Türkiye tarafından 08.05.1991 tarih ve 3730 sayılı Kanun’la onaylanmıştır. Ayrıca, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkındaki Konvansiyon 14 Ekim 1966 yılında yürürlüğe girmiş ICSID (Washington) Sözleşmesi (International Center for the Settlement of Investment Disputes) Türkiye tarafından 27.05.1988 tarih 3460 sayılı Kanun’la onaylanmıştır. Bunun yanı sıra, tahkimle çözüm yolunun benimsendiği diğer bir anlaşma daha vardır. Buna göre, Avrupa Enerji Şartı Deklarasyonu’nun amaçları ve prensipleri uyarınca, enerji alanında uzun dönemli işbirliğinin teşvik edilmesi için hukuki bir çerçevenin tesis edilmesi amacıyla hazırlanan Enerji Şartı Sözleşmesi (Energy Charter Treaty – ECT) 17 Aralık 1994 tarihinde Lizbon’da imzalanarak 16 Nisan 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu Sözleşmeyi 17 Aralık 1994 tarihinde imzalayarak 4519 sayılı Kanun’la 6 Şubat 2000 tarihinde onaylamıştır²⁷.

IV. Tahkim Kurumu Açısından Hâkimlik ve Hakemlik

A) Genel Olarak

Rus hukuk tarihinde hakemler, Rusya’da eski bir aristokrasinin üyeleri ile bir prens yanında zengin yerli Hristiyan arsa malikleri arasından seçilebilirlerdi. Bunun dışında hakemlerde aranan niteliklerle ilgili açık bir hükme rastlanmamıştır. Bununla birlikte Türk hukuk tarihinde yer almayan ceza hukuku ile ilgili hakemlerin yargılama yapma yetkisi, Rus hukuk tarihindeki arşivlerde görülmüştür. Buna göre, ceza hukuku ile ilgili ihtilaflarda gidilen tahkimde hakemlerin ancak sulh konusunda çözümlerin üretilmesi mümkün kılınmıştır²⁸.

²⁷ Bunun gibi Türkiye’nin taraf olduğu iki veya daha çok taraflı Yatırımların Teşviki Korunması Anlaşmalarının tamamında ev sahibi devlet ile diğer akit tarafa mensup yatırımcılar arasındaki yatırım uyuşmazlıklarının milletlerarası tahkim yolu ile çözümü kabul edilen İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları (Bilateral Investment Treaties – BIT) Türkiye- RF ile 15.12.1997 de imzalamış ve 17.05.2000’de yürürlüğe girmiştir. <https://www.trade.gov.tr/legislation/bilateral-investment-treaties> Erişim: 01.01.2020; Ayrıca bkz. TUNCAY, s. 882-883.

²⁸ БАЛЕТОВА, s. 14.

Türk hukuk tarihinde ise tahkimle ilgili hükümler geniş olarak ele alınmaktadır. Ayrıca yukarıda da bahsi geçen Mecelle'ye göre hakemler, hâkimler gibi yargı görevlerini üstleneceklerinden belirli şartları haiz olması gerekir. Mecelle'de, temelde İslâm Hukuku ile Hanefi Fıkhı esas aldığından dolayı, İslâm Hukuku'nda hâkimler için aranan şartlarında Mecelle'de yer aldığı ileri sürülmüştür. Buna göre, sözleşme taraflarının hakem olarak seçecekleri kişinin özgür, Müslüman bir erkek olması gerekiyordu²⁹. Bu şartların yanı sıra, Mecelle'ye göre bir hâkim: “*hakîm (âlim, bilgîn), fehîm (zekî, anlayışlı), mustakîm (doğru karar verebilen), emîn, mekîn (vakkarlı, temkinli), metîn (sağlam, dayanıklı) (Madde-1792), Mesail-i fihhiyyeye (fikhî meselelere), usul-i muhakemeye (yargılama usulüne), deavi-i vakiayı anlara tatbikan fasl ve hasme muktedir (ihtilâf konusu olayın iddia ve savunmalarını ayırma ve çözme konusunda yeterli) (Madde-1793), Temyiz-i tâmmе (iyiyi kötüden ayırma kabiliyeti) muktedir olmalıdır. (Madde-1794/1”*³⁰.

B) Rusya'da ve Türkiye'de Hâkimlik

1) Rusya'da Hâkimlik ve Mesleki Bağımsızlık

Hâkimlerin yargı faaliyetlerinin etkinliği toplumdaki pozisyonlarıyla bağlantılıdır. Bu durum hâkimlerin yasal statüsü olarak tanımlanır³¹. Hâkimin statüsü şu ilkelerle ölçülür: Bağımsızlık, azledilememe, dokunulmazlık, atanabilirlik vs. Sayılan bu ilkeler bir ülkede hâkimin hak ve görevlerinin garantisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ilkelerden en önemlisi hâkimin bağımsızlığı ilkesidir. İlkenin özü kararlarını alırken hiç kimsenin ve hiçbir kurumun hâkimin üzerindeki herhangi bir etkinin olmamasıdır. Devletin diğer organlarından ayrılığı da başlı başına yargı bağımsızlığı ilkenin garantisini oluşturmaktadır. Çünkü tarafsız ve bağımsız yargı ancak bu erklerin ayrılığı durumunda söz konusu olmaktadır³².

Rusya'da hâkimlik mesleğine ilişkin hükümler 06.26.1992 tarihli ve 3132-1 sayılı “*Rusya'daki Hâkimlerin Statüsü Hakkında Federal*

²⁹ BALCI, s. 93.

³⁰ BALCI, s. 93.

³¹ Bu yönde geniş bilgi için bkz. ЧЕРНЫШЕВИЧ Мария: “Принципы статуса судей в Российской Федерации и в зарубежных странах” (Rusya Federasyonunda ve Yabancı Ülkelerde Hâkimlerin Statüsünün Prensipleri), Журнал Молодой Ученый (Genç Bilim adamı Dergisi), 2018, S. 19 (205), s. 339.

³² ЧЕРНЫШЕВИЧ, s. 339.

Kanun" (RHSHFK)³³ ile düzenlenmiştir. Söz konusu Kanun 22 madde ve 7 ekten oluşmaktadır. RHSHFK "*Yargı erki taşıyıcıları-Hâkimler*"³⁴ başlıklı 1'inci madde hükmüne göre, Rusya'daki yargı erki, yalnızca kanunla belirlenen mahkemeleri temsilen hâkimlere ve adaleti temsil eden halk temsilcilerine aittir (RHSHFK m. 1/1). Yargının, yasama ve yürütme yetkilerinden bağımsız olarak yürütüldüğü; yargı faaliyetlerinde hâkimlerin bağımsızlığının, yalnızca Rusya Anayasası'na³⁵ ve yasaya karşı bağımlı oldukları söz konusu maddenin 2'nci ve 4'üncü bentlerinde düzenlenmiştir (RHSHFK m.1/2 ve 1/4). Hâkimler görevlerini yerine getirirken talep ve talimatları istisnasız bir şekilde devlet kurumları, kamu dernekleri ile diğer tüzel kişiler ve bireyler için bağlayıcıdır. Hâkimlerin talebi üzerine bilgi, belge ve bunların suretleri ücretsiz olarak sağlanmalıdır. Bu hükümlere uymayanlar hakkında yasal işlem yapılır (RHSHFK m. 1/6).

2) Rusya'da Hâkimlik Mesleği Kriterleri

Rusya'da hâkim olabilmek için aday: Rus vatandaşı olmalı ve bir yabancı devlet vatandaşlığı da (çifte vatandaşlık) olmamalı, yabancı ülkede süresiz oturma iznine (ikamete) sahip olmamalı, hukuk lisans ve yüksek lisans mezunu olmalı, rehabilitasyon gerekçeleriyle sona erdirilmiş hiçbir sabıka kaydı veya cezai kovuşturması olmamalı, mahkeme tarafından yasal olarak kısıtlanmamış ve fiil ehliyeti sınırlandırılmamış olmalı, alkol ve uyuşturucu bağımlılığı, madde bağımlılığı, kronik ve uzun süreli zihinsel bozuklukların tedavisi ile bağlantılı olarak narkolojik veya nöropsikiyatrik bir dispansere kayıtlı olmamalı ve hakimin yetkilerinin kullanılmasını engelleyen başka hastalıklara sahip olmamalıdır (RHSHFK m. 4/1-6)³⁶.

Rusya Anayasa Mahkemesi'nin hâkimi ancak 40 yaşına ulaşmış ve hukuk alanında en az 15 yıllık deneyime sahip bir vatandaş olabilmektedir. Bununla birlikte, Rusya Yüksek Mahkemesi hâkimi 35 yaşına ulaşmış ve hukuk alanında en az 10 yıllık deneyime sahip bir vatandaş

³³ Закон РФ "О статусе судей в Российской Федерации" от 26.06.1992 N 3132-1.

³⁴ "Судьи - носители судебной власти".

³⁵ RFAY m. 120/1. "Судьи независимы и подчиняются только Конституции Российской Федерации и федеральному закону".

³⁶ ЧЕРНЫШЕВИЧ, s. 338 vd.

olabilmektedir. Genel mahkemeler, temyiz mahkemeleri, cumhuriyet mahkemesi temyiz mahkemesi, bölgesel temyiz mahkeme ve bölge tahkim mahkemesi hâkimi ise 30 yaşına ulaşmış ve hukuk alanında en az 7 yıllık deneyime sahip bir vatandaş olabilmektedir (RHSHFK m. 4/1-3). Bunların yanı sıra, R.F. hâkimlik mesleği için adaylara kanunlarla ek şartlar da getirilebilir (RHSHFK m. 4/3). Hâkim adayı, şüpheli veya sanık konumundaki bir kişi olmamalıdır (RHSHFK m. 4/4). Hâkimlik mesleğinin çalışma yaş sınırı ise 70 olarak belirlenmiştir (RHSHFK m. 11/1)³⁷. Hâkim olarak atanmak için gerekli olan hukuk alanındaki iş tecrübesi, çalışma süresini içerir. İş tecrübesi ile neyin kastedildiği yine aynı Kanun'da hüküm altına alınmıştır (RHSHFK m. 4/5)³⁸. Buna göre:

1) Rusya'da yüksek yasal eğitim gerektiren hükümet makamlarında Rusya'nın asli (kurucu) kuruluşlarının halka açık pozisyonları, kamu hizmeti makamları, belediye makamları, SSCB'nin devlet organlarındaki pozisyonları, SSCB'nin Birlik cumhuriyetleri, Rusya'nın kabul edilmesinden önce mevcut olan Avrupa Birliği'nin yasal hizmetleri ile bilimsel organizasyonlardaki pozisyonları;

2) Mesleki eğitim programlarındaki hukuk disiplinlerinin öğreticisi, avukat veya noter olarak yürütülen faaliyetler.

RHSHFK'nın "*Hâkim pozisyonuna aday seçimi*" başlıklı 5'inci maddesine göre adaylar; hukuk alanında teorik bilgilerin yanı sıra, uygulama alanındaki pratik becerilere ve muhakeme yeterliliklerinin ölçülebilmesi için 14/03/2002 tarihli ve 30 sayılı "*Rusya Federasyonu'nda Yargı Topluluğunun Organları Hakkında Kanun*" hükümleri doğrultusunda oluşturulan ilgili komisyonlar tarafından yürütülen sınava tabi tutulmaktadır (RHSHFK m. 5/1-3). Yeterlilik sınavında başarılı olan aday, bu Kanun ile öngörülen boş bir hâkimlik kadrosu için ilgili bilgi ve belgeleri içeren dosya ile Hâkimler Yüksek Kurulu başvuru yapma hakkını kazanır (RHSHFK m. 5/6). İlgili tahkikatlar yapılırken değerlendirme kurulunda adayın yakınlarının (eş, ebeveynler, çocuklar, kardeşler, büyükbabalar,

³⁷ Konuyla ilgili detaylı bilgiler için bkz. ЧЕРНЫШЕВИЧ, s. 340 vd.

³⁸ Metninde hala "SSCB" kullanılmasının amacı Sovyet dönemindeki kurumlarda çalışma sürelerinin hâkimlik mesleğinin süre hesabına katılıp katılmaması yönündeki belirsizliğin giderilmesidir.

büyükanneler, torunlar, ayrıca ebeveynler, çocuklar, kardeşler) kurulda yer almaması gerekir. Kurul değerlendirmesinde hâkim adayının ayrıca; hukuk alanında iş tecrübesi, eyalet ve bölgelerde “*Rusya Federasyonu Onurlu Hukukçu*” unvanıyla aldığı ödüller, adayın hukuk bilimi alanında akademik derecesi veya hukuk doktorası da dikkate alınır. Kurul tarafından yeterli görülmeyen adayların başvuruları reddedilir, bu ret itiraza tabidir (RHSHFK m. 5/8). Kurul tarafından yeterli bulunan adaylar ise, görev alacakları mahkemenin başkanına 10 gün içinde ibraz edilir ve mahkeme başkanı 20 gün içinde hâkim olarak adayın atanması için gerekli işlemleri yapar (RHSHFK m. 5/9). Göreve atanan hâkim, atanma işleminin ardından bir ay içinde resmi bir törenle yemin eder ve görevine başlar (RHSHFK m. 8/4)³⁹.

3) Türkiye’de Hâkimlik Mesleği Kriterleri

Türkiye’de hâkimlik mesleği ile ilgili süreç 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nda düzenlenmiştir. Buna göre, Türkiye’de hâkimler, adli ve idari yargı hâkimi olarak iki alana ayrılmış ve atanabilmek için öncelikle Türk vatandaşı olma şartı getirilmiştir. Bununla birlikte, hâkim olmak için adayın giriş sınavının yapıldığı yılın ocak ayının birinci günü itibarıyla 35 yaşını doldurmamış olması gerekmektedir (HSK m. 8/1-a, b). Dolayısıyla Türkiye’de hâkimlerin atamaları için en yüksek 35 yaş kistası belirlenmiş olmakla birlikte, Rusya’daki gibi atama için en az yaş kistası getirilmemiştir. Oysa hâkimlik mesleği çok ağır sorumluluk taşıyan bir meslek grubunda yer aldığından gelişmiş ülkelerdeki hâkimlik mesleği için en düşük yaş kistasının belirlenmesinin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz⁴⁰.

Bu şartların yanı sıra, idari hâkimlik için adaylar, hukuk veya hukuk bilgisine programlarında yeterince yer veren siyasal bilgiler, idarî bilimler, iktisat ve maliye alanlarında en az dört yıllık yükseköğrenim

³⁹ Hâkimlik mesleği ile daha ayrıntılı bilgi için bkz. КЛЕАНДРОВ, Михаил: Правовые Основы Статуса Судьи, (Hâkimlerin Statüsünün Yasal Temelleri), Российская академия правосудия (Rusya Yargı Akademisi) Yayınları, Moskova 2010, s. 121-178.

⁴⁰ Konuyla ilgili benzer eleştiriler için bkz. BARBAROSOĞLU, Fatma: “Tecrübe Biriktirilmeyen Çağda 25 Yaşında Hâkim Olmak...”, 23 Ocak 2015, Yeni Şafak, <http://www.yenisafak.com/yazarlar/fatmakbarbarosoglu/tecrube-biriktirilmeyen-cagda-25-yasinda-hakim-olmak-2007387> Erişim: 06.12.2019.

yapmış veya bunlara denkliği kabul edilmiş yabancı öğretim kurumlarından mezun olma şartları aranmaktadır (HSK m. 8/1-c). Yazılı yarışma sınavı ile mülakatta başarı göstermek hâkim adayı için aranulan diğer şarttır (HSK m. 8/1-I). Yukarıda sayılan aşamalardan başarı gösteren hâkim adayları iki yıl süre ile eğitim ve staja tabi tutulmaktadır. Avukatlık mesleğinden adaylığa alınanlar için bu süre bir yıl olarak belirlenmiştir (HSK m. 10/1). Adaylık süresinin sonunda adaylar, yüz tam puan üzerinden değerlendirilen yazılı ve sözlü sınava tabi tutulurlar. Bu sınavlardan ilki yazılı olarak yapılır ve bu sınavdan en az yetmiş puan⁴¹ alanlar sözlü sınava alınır (HSK m. 10/3 ve 4). Meslek öncesi eğitim sonunda yapılan yazılı ve sözlü sınav neticesinde başarılı olan ve mani hâli olmayan mesleğe kabullerine karar verilen adayların, adlî ve idarî yargı adayları için görevleri ve görev yerleri Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca yapılacak ad çekme ile belirlenir. Atamalar, ilgililerin adaylığa giriş derece ve kademesine bir derece ilâve edilmek suretiyle bulunacak derece ve kademeler üzerinden Hâkimler ve Savcılar Kurulu'nca yapılır ve atamaya ilişkin tüm kararlar Resmî Gazete'de yayımlanır (HSK m. 13)⁴².

⁴¹ 01.02.2018 tarih ve 7072 sayılı "Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun"un 5'inci maddesi ile OHAL döneminde 24.02.1983 tarih ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 9/A maddesinin 5'nci fıkrasının birinci cümlesindeki "en az yetmiş puan almak kaydıyla" ibaresi yürürlükten kaldırılmıştı. 15 Temmuz 2016'daki darbe girişiminin ardından, 21 Temmuz 2016'da ilan edilen ve 3 ay aralıklarla 7 kez uzatılan Olağanüstü Hal'in 19 Temmuz 2018 tarihinde uzatılmamasıyla kendiliğinden kalmış ve 20/2/2019 tarihli ve 7165 sayılı Kanun'un 4 üncü maddesiyle bu fıkraya "üzerinden" ibaresinden sonra gelmek üzere "en az yetmiş puan almak kaydıyla" ibaresi tekrar madde hükmüne eklenmiştir. <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2802.pdf> Erişim: 10.03.2020.

⁴² Gelişmiş ülkelerde hâkim adayları için asgari yaş kistası ve konuyla ilgili görüş için bkz. KURT KONCA Nesibe: Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Hâkimlik Mesleğine Giriş Yaşı ve Yargı Sisteminde Etkinliğin Sağlanması İçin Bir Öneri, SETA Yayınları, İstanbul 2016, s. 23-41. Bununla birlikte 04/11/1981 tarih ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanun'a aşağıdaki geçici madde eklenmiştir. Buna göre: "Ek 41 inci maddede düzenlenen ve ilgili kanunlarda öngörülen Hukuk Mesleklerine Giriş Sınavı veya İdari Yargı Ön Sınavında başarılı olma şartı, ilgili yükseköğretim kurumlarına bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra kayıt yaptırılan hakkında uygulanır" (Geçici Madde 80) Ek: 17/10/2019-7188/6 md. <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2547.pdf> Erişim: 14.02.2020.

C) Rusya'da ve Türkiye'de Hakemlik

1) Rusya'da Hakemlik

Rus hukukunda “третейский суд” (treteyskiy sud) kavramı, tahkim kurumunda işlemlerin yöntemini karakterize ederken, “арбитраж” (arbitraj) uluslararası ticari arbitraj mahkemelerinde uyuşmazlıkların çözümü ifade edilmektedir⁴³. Bununla birlikte, teknik olarak ifade edilen tahkimin, yani hakemlerin sözleşme taraflarınca belirlenmesi işlemini tam olarak yansıtan kavramın “третейский суд” (treteyskiy sud) olduğunu belirtmekte yarar vardır. Zira “арбитраж” (arbitraj) ve “третейский суд” (treteyskiy sud) arasında teknik farklar mevcuttur. Birinci fark başvurma kıstasına göre olmaktadır. Buna göre, “третейский суд” (treteyskiy sud) tarafların aralarında çıkabilecek bir ihtilafta karşılıklı tahkim anlaşmasına dayanarak hakemlere başvuracakları kararlaştırılmaktadır ve eğer bu yönde bir anlaşma sağlanamamışsa arbitraj mahkemesine başvurabileceklerdir. Yani arbitraj mahkemesi için bu yönde bir tahkim anlaşmasına gerek yoktur. Dolayısıyla tarafların anlaşmasına dayalı olarak başvurabilecekleri hakemli çözüm olacağından “третейский суд” (treteyskiy sud) teknik anlamdaki tahkimi yansıttığı ifade edilebilir⁴⁴.

Bunun yanı sıra diğer bir fark, hakemlerin yetkilendirilmesi bakımından ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, “третейский суд” (treteyskiy sud) tarafların bizzat kimlerin hakem olacaklarını ve sayılarının belirlenmesi yönünde takdir yetkilerini kullanabilecek iken, arbitraj mahkemelerinde tarafların hakemlerinin belirlemede herhangi bir takdir yetkileri olmamaktadır. Bu hakemler devlet tarafından atanmıştır. Üçüncü bir fark mahkeme masrafları yönündedir. Buna göre “третейский суд” (treteyskiy sud) yargılamasında taraflar, hakemlerin dava ile ilgili tüm

⁴³ Rusya'da “арбитражный суд” aslında Türkiye'deki ticaret mahkemesine (veya tüketici hakem heyetine) benzer bir şekilde algılanması mümkündür. Rus mevzuatına göre akdi ilişkilerde taraflar hukuk mahkemeleri ile birlikte ticari mahkemelerine yani arbitraj mahkemelerine de her zaman başvurabileceklerdir 24.07.2002 tarih ve 95-FZ sayılı R.F. Arbitraj Usulü Kanunu m. 4 (Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации). “Arbitraj” ve “Treteyskiy Sud” arasındaki farklar konusunda bkz. ВАЛЕТОВА, s. 29; https://www.audit-it.ru/terms/agreements/treteyskiy_sud.html Erişim: 07.01.2020.

⁴⁴ ВАЛЕТОВА, s. 29.

masraflarını (dosya, ulaşım, tercüman, uzman giderleri vs.) karşılarken, arbitraj mahkemesinde bu tarz masraflar devlet bütçesinden karşılanmaktadır. Mahkemelerin yetkileri açısından da fark mevcuttur. Şöyle ki, “третейский суд” (treteyskiy sud) mahkemenin yetkileri hakemler tarafından belirlenmektedir. Arbitraj mahkemelerinde ise mahkemelerin yetkileri kanunlarla, yani devlet tarafından belirlenmektedir⁴⁵. Bu açıklamalardan yola çıkarak “Ad hoc” ve UNCITRAL tahkimi, yani özel ve kurumsal tahkimi Rus terminolojisi ile açıklayacak olursak, “Ad hoc” “третейский суд” (treteyskiy sud), UNCITRAL ise “arbitraj”ı yansıttığını ifade edebiliriz. Zira “Ad hoc” tahkimi, diğer bir ifade ile geçici tahkimde uyumsuzluğun tarafları, seçecekleri hakemleri, tahkim yeri ve usulünü, tahkimde uygulanacak maddî hukuku bizzat tayin ederler⁴⁶.

Günümüzde mevcut yasal çerçeveye bakıldığında Rusya'da iki tür tahkim öngörülmüştür. Bunlardan ilki iç tahkim, tahkim yasası tarafından düzenlenmekte; diğeri de dış veya uluslararası tahkim, Uluslararası Ticari Tahkim Kanunu tarafından düzenlenmektedir⁴⁷. İç tahkim, 29 Aralık 2015 tarih 382-FZ sayılı “Rusya Tahkim Hakkında Federal Kanunu”⁴⁸ (RTHFK) ile düzenlenmiştir. Dış tahkim ise Rusya'daki tahkim (tahkim mahkemeleri) ve tahkim faaliyetleri 7 Temmuz 1993 tarih ve 5338-1 sayılı “Rusya Uluslararası Ticari Tahkim Kanunu”⁴⁹ (RUTTK) ile düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemelerin dışında tahkim mahkemelerinin faaliyetlerini düzenleyen kurallar R.F. Medeni Usul Kanunu⁵⁰ (m. 13/5, 22/1, 30/1,

⁴⁵ Terminoloji ile ilgili farklı görüşler konusunda geniş bilgi için bkz. КАСА, Илда: “Арбитраж (Третейский Суд): История Создания и Правовая Природа” (Tahkim (Tahkim Mahkemesi): Oluşum Tarihi ve Hukuki Niteliği), Вестник РУДН. Серия: Юридические науки, (Rusya Halklar Dostluk Üniversitesi Bülteni. Hukuk Bilimleri Serisi), 2018, С. 22, S. 2, s. 270-271.

⁴⁶ Konumuz tahkim kurumlarının her birinin ayrı ayrı incelenmesi olmadığından, çalışma sınırlarının aşılması bakımından “Ad hoc” ve “UNCITRAL” tahkimleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. BALCI, s. 328-330.

⁴⁷ Bu yönde bkz. KASA, s. 277.

⁴⁸ Федеральный закон «Об арбитраже (третейском разбирательстве) в Российской Федерации» 29.12.2015 № 382-ФЗ.

⁴⁹ Закон РФ 07.07.1993 № 5338-1 (ред. от 29.12.2015) «О международном коммерческом арбитраже».

⁵⁰ “Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации” от 14.11.2002 N 138-ФЗ.

63/1, 421 vs.) ve Rusya Tahkim Usul Kanunu'nda⁵¹ (m. 148, 150/3, 225, 229/6 vs.) da yer almaktadır. Tahkim mahkemeleri konusunda adı geçen yasal düzenlemeler ile Rusya'da tahkim yargılamasıyla ilgili durum kökten değiştirilerek, bunun için açık bir yasal çerçevenin oluşturulduğu ve böylelikle Rusya'daki tahkimin gelişimine ivme kazandırıldığı ileri sürülmüştür⁵².

Rus mevzuatında tahkim şartının esas sözleşmede bir madde olarak belirtilebileceği gibi, esas sözleşmeye atıfta bulunularak ek bir sözleşme ile de kararlaştırılması mümkündür (RUTTK m. 7/1). Ayrıca tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması geçerlilik şartı olarak yine Kanun'da belirtilmiştir (RUTTK m. 7/2). Rusya'da hakem olabilmenin şartları RTHFK'nın "Hakemlerin Seçimi (Atanması)" başlıklı 11'nci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde hükmü ile hakemlerin atanmasında olumsuz şartların verilmesi ile hakem kıstasları açıklanmıştır. Hakemlerin atanmasına ilişkin maddenin ilgili hükümleri şu şekilde yer almaktadır. Buna göre;

"1. Tahkim tarafları aksini kararlaştırmadıkça, hiç kimse vatandaşlığı nedeniyle hakemlik yapma hakkından mahrum bırakılamaz. Tahkimin tarafları, hakemleri için nitelikleri veya belirli bir hakem veya hakemler tarafından bir anlaşmazlığın çözümü dâhil olmak üzere ek şartlar üzerinde anlaşma yapma hakkına sahiptir.

2. Tahkim tarafları, bu maddenin 4 ila 11'nci bölümleri hükümlerine uygun olmak kaydı ile, bir hakem veya hakem heyetini seçme usulünü belirleyebilirler

3. Taraflar arasında işbu maddenin 2'nci bendende geçen anlaşmanın sağlanamaması halinde:

1) Üç hakemle yapılan tahkimde, taraflardan her biri bir hakem seçer ve bu şekilde atanan iki hakem üçüncü bir hakem seçer. Bir taraf diğer tarafın talebini aldıktan sonraki bir ay içinde hakem seçmezse veya seçim tarihinden itibaren bir ay içinde iki hakem üçüncü bir hakem seçmeyi kabul etmezse, taraflardan birinin talebi üzerine atama yetkili bir mahkeme tarafından yapılır;

⁵¹ "Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации" 24.07.2002 N 95-ФЗ.

⁵² Bu yönde bkz. KACA, s. 277 vd.

2) Tek hakemle yapılan tahkimde, tahkim tarafları hakem seçiminde anlaşamazlarsa, taraflardan birinin talebi üzerine atama yetkili bir mahkeme tarafından yapılır.

4. Taraflarca kararlaştırılan hakemlerin seçiminde (atanmasında), taraflardan biri böyle bir prosedüre uymuyorsa, taraflar veya iki hakem böyle bir prosedüre uygun olarak bir çözüme varamazsa veya daimi bir tahkim kurumu da dâhil olmak üzere üçüncü bir taraf tahkim kurallarına uymazsa, böyle bir durumda her bir taraf, yetkili mahkemeden, taraflarca kararlaştırılan seçim prosedürlerini dikkate alarak gerekli önlemleri almasını isteyebilir. Kalıcı bir tahkim kurumu tarafından tahkim yöntemini seçen taraflar, anlaşmalarıyla, bu konunun çözümünü mahkemeden tamamen dışında tutabilirler (eğer taraflar bu anlaşmayı reddederse, bu durumda tahkim anlaşması bu ihtilaf için ve anlaşmazlığın çözümü yetkili mahkemeye devredilir).

5. Bir hakemin yetkili bir mahkeme tarafından atanması durumunda, yetkili mahkeme, tarafların mutabakatı ile bağımsız ve tarafsız bir hakemin atanması için belirledikleri tüm kısıtları dikkate alacaktır.

6. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, ihtilafı bireysel olarak çözen hakem aşağıdaki şartlardan birini taşımalıdır:

1) Rusya Federasyonu'nda ilgili kuruluşça yükseköğrenim kurumunca hukuk eğitiminin alındığında dair onaylanan diplomaya sahip olmak;

2) Rusya Federasyonu'nca tanınan ilgili yabancı devletlerin yükseköğrenim kurumlarında hukuk eğitiminin alındığında dair onaylanan diplomaya sahip olmak.

7. Hakem heyeti tarafından yapılan tahkimde, hakemlerin bir üste (6'ncı bent) yer alan şartları taşımamasına ancak, heyetteki bir hakemin bu şartları taşımaması kaydı ile imkân tanınmaktadır;

8. Hukuki ehliyeti kısıtlanmış veya ehliyetsiz kişiler ile 25 yaşına ulaşmamış bir kişi hakem olamaz;

9. Yargılaması henüz bitmemiş veya masum olduğu mahkeme kararı ile ispatlanmamış hiçbir gerçek kişi hakem olamaz;

10. Hakim, avukat, noter, soruşturmacı, savcı veya diğer kolluk kuvvetleri olarak yetkileri, federal yasa tarafından mesleki faaliyetlerine uygun olmayan davranışları sebebiyle görevine son verilen bireyler hakem olamaz;

11. *Federal yasa tarafından belirlenen statüye sahip olanların statüleri dolayısıyla (atanamayan) bir kişi hakem olamaz*" (RFTHFK m. 11).

Bu hükümlerden de anlaşılacağı üzere Rusya'da hakem olabilmek kanunen serbestlik getirilmiş gibi görünse de 25 yaş sınırlaması, heyet halinde hakemlerle tahkim yargılaması yapıldığında hakemlerden birinin hukukçu olması gibi birtakım kısıtlamaların yer aldığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, hakem adayının kural olarak, belirli bir yaşam ve mesleki deneyimin yanı sıra, bu değerler sistemi ve hakemin işlevlerini yerine getirmesi için kesinlikle gerekli olan yasal farkındalık şartları da yazılmayan kurallar arasında yer almaktadır⁵³.

Tahkim kararının geçerliliği yine RTHFK'nın 237'nci maddesinde, yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hususları ise yine söz konusu Kanun'un 242'nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre, Arbitraj Mahkemesi'nden hakem kararının onaylanması için yazılı şekilde talebin olması gerekir. Bu yazılı talepte (dilekçede) kazanan tarafın veya temsilcisinin imzası, tahkim kurumunun adı, hakemlerin isimleri ve ikametgâhları, tarafların isimleri, adresleri, tahkim kararının tarihi ve yeri, iletişim bilgileri ve talebin içeriği konusunda bilgileri yer almalıdır. Dilekçenin ekleri yazılı şekilde olabileceği gibi elektronik ortamda sunulması mümkündür. Yetkili mahkemenin kaybeden tarafın yerleşim yeri veya bu belli değilse borçlunun malvarlığını bulunduğu yer mahkemesi olmakla birlikte, taraflar, kazanan tarafın yerleşim yerinin yetkili olduğu konusunda yetki anlaşması yapabilirler (RFTHFK m. 237)⁵⁴.

⁵³ Aynı yönde geniş bilgi için bkz. АЛЕШУКИНА, Светлана: "Состав Третейского Суда И Требования, Предъявляемые К Арбитраж По Законодательству Российской Федерации" (Tahkim Mahkemesinin Oluşumu ve Rusya Federasyonu Mevzuatı Gereği Hakemler İçin Aranılan Nitelikler), Вестник Тверского Государственного Университета (Tver Devlet Üniversitesi Bülteni), Серия "Право" ("Hukuk" Serisi), 2016, S. 4, s. 38 vd.

⁵⁴ Maddede belirtilen hususlarda uygulamadaki sorunlar ile ilgili geniş bilgi için bkz. АФАНАСЬЕВ, Дмитрий: "Выдача Исполнительных Листов на Принудительное Исполнение Решений Третейских Судов и Иностраных Арбитражных Решений: Проблемы, Выявленные Судебной Практикой" (Tahkim Kararlarının ile Yabancı Tahkim Mahkemelerinin Kararlarının Tenfizi İçin İnfaz Yazısı Verilmesi: Yargı Uygulamasıyla Tespit Edilen Sorunlar), Журнал «Хозяйство и Право» (Ekonomi ve Hukuk" Dergisi), Приложение к № 4, Nisan 2013, S. 4'ün Ek'i, s. 11.

Yabancı hakem kararlarının Rusya'da tenfizi konusunda, aşağıda görüleceği üzere, Türk hukukundaki usule benzer bir usulün yer aldığı görülmektedir⁵⁵. Söz konusu hakem kararının ilgili mahkemeden tasdik edilmesi gerekir. Bu konuda ilgili mahkemeye tahkim kararı ile kazanan tarafça başvurusunun yapılması gerekir. Yetkili mahkemenin ise kaybeden tarafın yerleşim yeri veya bu belli değilse borçlunun malvarlığının bulunduğu yer mahkemesi olduğu yine kanunda belirtilmiştir. Doğal olarak yabancı hakem kararının tercümesi ve bununla ilgili evrakın tamamının dilekçenin ekinde yazılı veya elektronik ortamda sunulması gerekmektedir (RTHFK m. 242/1). Aynı Kanun'un 255'nci maddeye uygun olan durumlarda bu maddede sayılan belgelerin gerekli onaylarının yapıldığının varsayıldığı belirtilmektedir (RTHFK m. 242/6). Söz konusu 255'inci madde hükmünde bu belgelerle, Rusya toprakları sınırları içerisinde görev yapan yabancı misyonlar tarafından onaylanmış belgeler ile Rus diline çevrilmiş ve Apostil ile teyit edilmiş belgelerin kastedildiği anlaşılmaktadır (RTHFK m. 255)⁵⁶.

Son olarak Rusya Medeni Usul Kanunu'nun⁵⁷ (RMUK) 421'nci maddesi hükmünde hakem kararlarının iptali hususları düzenlenmiştir. Buna göre, hakem kararları aşağıdaki durumlarda iptal edilebilecektir:

- Herhangi bir tarafça iptal dilekçesi ile ispat edici delileri ibraz edilmesi;
- Taraflardan birinin ehliyetsiz olması;
- Taraflarca tahkim anlaşmasında seçtikleri hukuka göre ihtilafın çözülmemesi;
- Tahkim konusu ihtilafın sınırlarının aşılarak çözümün belirlenmesi;
- Hakem sayılarının tahkim anlaşmasına uymaması;
- Aleyhine karar çıkan tarafın duruşma günü ve yeri konusunda yeterince bilgilendirilmemesi veya benzer nedenlerle kendini temsil ettirilmesi mazereti ile başvuru yapılması (RMUK m. 421/1-3).

⁵⁵ Bkz. aşağıda s. 412 vd.

⁵⁶ АФАНАСЬЕВ, s. 11 vd.

⁵⁷ "Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации" 14.11.2002 N 138-ФЗ (ред. от 02.12.2019).

- Tahkim konusu ihtilafın Federal Yasalar tarafında tahkime konu edilmemesi gereken konularda çözüme kavuşturulmuşsa;
- Tahkim kararı RF kamu düzenine aykırılık içermekte ise;
- 7 Temmuz 1993 tarih ve 5338-1 sayılı RUTTK'nin ilgili hükümleri gereğince tahkim kararını iptal edebilecektir (RMUK m. 421/4).

2) Türkiye'de Hakemlik

Türkiye'de hakem kararları, Türk hakemleri tarafından verilen milli kararlar (iç tahkim) ve yabancı ülke hakemleri tarafından verilen milli olmayan kararlar (dış tahkim) olmak üzere iki çeşittir⁵⁸. Milli hakem kararlarının icrasında uygulamada herhangi bir engelin olmamasına karşın, yabancı hakem kararlarının Türkiye'de geçerli olarak icra edilmesi Türk mahkemelerince tenfiz kararlarının verilmesi ile mümkün olabilmektedir. İç tahkimde 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Buna göre hakem kararları mahkeme ilamları ile eş değer tutulmakta olup ilk itiraz olarak da ileri sürebilecektir (HMK m. 116/b; m. 413/1). Bu bağlamda iç tahkimde hakem kararında usulsüzlük varsa zaten HMK hükümleri gereği iptali mümkün olacaktır (HMK m. 439). Ayrıca nihai hakem kararı, hakem veya hakem kurulu başkanı tarafından taraflara bildirilmekte ve kararın aslı yargılama dosyası ile birlikte mahkemeye gönderilmektedir. İç tahkimde hakem kararlarının ilam niteliğine dönüşmesi için tekrar bir hâkim kararıyla teyidinin tahkim kurumunun özüne ters düşecek gibi algılanabilir. Ancak bu durumun, tarafların resmi yargıdan ayrı, kendilerinin seçecekleri hakemlerle ihtilafın çözme arzusunda olmaları isteğine aykırılık oluşturmaz. Zira tarafların ihtilafı her ne kadar tahkimle, yani devletin yargısı dışında, çözülmüş olsa da, resmi kaydın tutulması ve gerektiğinde icra organları aracılığı ile, hakem kararının ilam olarak algılanarak ilamlı icraya konu olabilmesi açısından mahkemece kaydın gerekli olduğunu düşünmekteyiz⁵⁹.

⁵⁸ EYUBOĞLU, Ceren: "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 231.

⁵⁹ Türkiye'de hakem kararlarının icrasında kararın ilam olarak varsayıлып sayılmayacağı konusunda doktrinde görüş farklılıkları vardır. Arslan, Yılmaz, Taşpınar Ayvaz'a göre hakem kararlarını ilâm olarak nitelendirilmesi gerekirken, Özbek bunun aksini savunmaktadır. Görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: İcra ve İflâs Hukuku, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2016, s. 376; Aksi görüş için bkz. ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Yeni İcra

Bunun yanı sıra, dış tahkimle ilgili hakem kararlarının yerel ülkenin ilam niteliğinde sayılıp sayılmaması konusunda farklı bir durum ortaya çıkmaktadır. Taraflar mahkemelerin dışında ihtilaflarını çözme yöntemi hakkındaki iradelerini tahkim kararının verilmesiyle beyan etmişlerdir. Bununla birlikte, tahkim sonucunda almış oldukları yabancı hakem kararlarının Türk hukukunda geçerliliği devletin yargı organının onay niteliğindeki kararı ile mümkün olabilmektedir. Bu yönde hüküm 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'nda (MÖHUK) şu şekilde düzenlenmiştir: “1) Kesinleşmiş ve icra kabiliyeti kazanmış veya taraflar için bağlayıcı olan yabancı hakem kararları tenfiz edilebilir. (2) Yabancı hakem kararlarının tenfizi, tarafların yazılı olarak kararlaştırdıkları yer asliye mahkemesinden dilekçeyle istenir. Taraflar arasında böyle bir anlaşma olmadığı takdirde, aleyhine karar verilen tarafın Türkiye'deki yerleşim yeri, yoksa sâkin olduğu, bu da yoksa icraya konu teşkil edebilecek malların bulunduğu yer mahkemesi yetkili sayılır.”(MÖHUK m. 60). Dolayısıyla yabancı unsurlu tahkimde hakem kararlarının ülkede icra edilebilmesi için Türk mahkemesince tenfiz kararının varlığına bağlanmıştır⁶⁰.

Türk hukukunda dış tahkimle ilgili kararlarda MÖHUK'le birlikte aynı zamanda 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) hükümleri de uygulanacaktır. Zira söz konusu Kanun'da, yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacağı hükme bağlanmıştır (MTK m. 1/2).

Tahkim anlaşmasında hakemlerin kimlerden oluşabileceği, sayıları, hakemlerde aranacak nitelikler gibi konularda hem iç hem de dış tahkim HMK ve MTK'da benzer bir şekilde düzenlenmekle birlikte, bazı konularda söz konusu kanunlarda birbirinden farklı hükümler de yer almaktadır. Şöyle ki, HMK'da “hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz” (HMK m. 439/4) kuralına karşın, MTK'da “iptal

ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlamlı İcrada İcranın Ertelenmesi”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ocak 2018, C. 5, S. 1, s. 67.

⁶⁰ Çalışmanın konusu sınırlarının aşılması amacıyla tanınma ve tenfizin prosedürlerine ilişkin hükümlere ayrıca değinilmemiştir. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. KÖLE Mehmet: “Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınma ve Tenfizinde Usul”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 34, 2016, s. 46 vd.

davasının açılması kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur” hükmü öngörülmüştür (MTK m. 15/A). HMK’nın söz konusu maddesinin gerekçesinde mülga HUMK m. 536’nın hükmünün kanun koyucu tarafından iptal edilerek, hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir olması gerektiği belirtilmiştir⁶¹. Bununla birlikte, MTK’daki hükmün HMK’den farklı olarak düzenlenmesinin sebebinde yatan temel nedenin, milletlerarası hakem kararının mahkeme tarafından iptal edilmesi durumunda, telafisinin güç olabilecek zararların ortaya çıkmasının engellenmesi olduğu haklı olarak savunulmuştur⁶².

Türk hukukunda tahkim sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması gerekmele birlikte, tahkimin, taraflar arasındaki asıl anlaşmanın bir şartı olarak konulabileceği gibi, asıl sözleşmeden ayrı bir sözleşme şeklinde de yapılması mümkündür (HMK m. 412/2-3). Tahkim sözleşmesinde tarafların hakemleri seçme haklarının kısmi serbestlikte tanındığı kanaatindeyiz (HMK m. 415-416). Zira HMK’nın madde hükümlerinde hakemlerin sayılarının tek olma zorunluluğu getirilmiştir (HMK m. 415/1). Bununla birlikte bir hakemin ancak gerçek kişi olabileceği, birden fazla sayıda seçildiği takdirde, seçilen hakemlerden en az birinin kendi alanında beş yıl ve daha fazla kıdeme sahip bir hukukçu olması gerekeceği bir zorunluk olarak belirtilmiştir (HMK m. 416/1). Bunun yanı sıra; hakemlerin seçim usulünü kararlaştırmış olmalarına karşın taraflardan birinin sözleşmeye uymaması ve buna benzer sebeplerle hakemi ya da hakem kurulunun seçilememesi durumunda, hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin talebi üzerine mahkeme tarafından yapılacağı belirtilmiştir (HMK m. 416/2). Dolayısıyla Türk hukukunda, iç tahkimde taraflar hakem seçiminde tek hakemde hukukçuluk şartı aranmamakla birlikte, birden fazla hakem söz konusu olduğu durumlarda hakemlerin hukukçu olması ve en az beş yıllık kıdeme sahip olması şartlarının birlikte arandığı anlaşılmaktadır (HMK m. 416/1).

⁶¹ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. SELÇUK, Seyhan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 31, S. 140, Ocak 2019, s. 118.

⁶² Bu yönde bkz. AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, B. 4, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 260.

Yabancı unsurlu hakemlerle ilgili ise mevzuata bakıldığında, MTK'nın 7-9'nci maddeleri arasında düzenlendiği görülmektedir. Buna göre:

- Taraflar, hakemlerin sayısını belirlemede serbesttirler;
- Ancak bu sayı tek olmalı ve gerçek kişiler arasından hakem seçilmelidir;
- Tek hakem seçilecek ise ve taraflar hakem seçiminde anlaşamazlarsa hakem, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından seçilir;
- Hakem veya hakem kurulunun seçimi, taraflardan birinin istemi üzerine asliye hukuk mahkemesi tarafından yapılır;
- Ancak tahkim anlaşmasında hakem veya hakemlerin isimleri belirlenmemişse yeniden hakem seçimi yoluna gidilir;
- Taraflardan her biri, aralarında hakemin çekilmesini gerektiren sebeplerin varlığı konusunda uyuşmazlık olursa, asliye hukuk mahkemesinden hakemin yetkisinin sona erdirilmesi konusunda karar verilmesini isteyebilir. Asliye hukuk mahkemesinin vereceği karar kesindir;
- Hakem veya hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılır (MTK m.7).

Bunun gibi yargılama kurallarına ilişkin düzenleme MTK'nın 8'nci maddesinde yer almaktadır. Buna göre: *“Taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir anlaşma yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürütür”* (MTK m. 8/A).

Tahkim yeri ilgili hüküm Kanun'un 9'uncu maddesine düzenlenmiştir. Buna göre: *“Tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtiği bir tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılır. Bu konuda bir anlaşma yoksa tahkim yeri, hakem veya hakem kurulunca olayın özelliklerine göre belirlenir. Hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda önceden taraflara bildirmek kaydıyla bir başka yerde de toplanabilir”* (MTK m. 9).

V. Rus-Türk İlişkilerinin Tahkim Kapsamında Değerlendirmesi

Tahkim dünya çapında birçok projelere konu olmuş ve çeşitli konferanslarda dile getirilmiştir⁶³. Örneğin Türkiye’de İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi (İTOTAM) Uluslararası İşbirliği Anlaşmaları ve Yürütülen Projeleri’nden bazıları aşağıdaki şekilde verilmiştir:

- IFCAI (Uluslararası Ticari Tahkim Enstitüleri Federasyonu)
- ISPRAMED (Akdeniz’de Tahkim ve Arbuluculuğun Geliştirilmesi Enstitüsü)
- Union for Mediterranean (Akdeniz Birliği Tahkim Projesi)
- Camera Arbitrale Milano (Milano Tahkim Merkezi)
- CACI (Cezayir Ticaret Odası Uzlaştırma Arbuluculuk ve Tahkim Merkezi)
- CRCICA (Kahire Uluslararası Ticari Tahkim Merkezi)
- CACT (Tunus Uzlaştırma ve Tahkim Merkezi)
- CCIB (Lübnan Tahkim Merkezi)
- ICC Morocco (Uluslararası Ticaret Odası Fas Tahkim Merkezi)
- NCDR (Pakistan Anlaşmazlık Çözüm Merkezi)
- PTA (Kosova Ticaret Odasına Bağlı Daimi Tahkim Divanı)
- ACIC (İran Tahkim Merkezi)⁶⁴

Buradan da anlaşılacağı üzere Rusya’nın ve özellikle de Türki Cumhuriyetlerin ortak bir projesi yer almamaktadır. Belirtmek gerekir ki, Türkiye ve Rusya’nın üyesi olduğu 10 Haziran 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Konvansiyonu’na adı geçen ülkeler çekincelerle taraf olmuştur. “Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkındaki New York Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun”la Türkiye, söz konusu Kanun’la 2’nci maddedeki beyanın yapılması suretiyle, onaylanması uygun bulunmuştur (m. 1). Beyanda ise, sözleşmeyi sadece karşılıklık esasına göre bu sözleşmeye taraf olan bir devlet ülkesinde verilmiş

⁶³ Türkiye Barolar Birliği tarafından 09-10 Ocak 2009 tarihinde Ankara Uluslararası Uyuşmazlık Çözümünde Usul, Uygulamalar ve Güncel Sorunlar Sempozyumu düzenlenmiş ve İtalya başta olmak üzere birçok ülkeden hukukçularla Tahkim konusunda görüş alışverişi sağlanmıştır. Bkz. http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBoks/uluslararasi_uyusmazlik_semp.pdf Erişim: 07.01.2020.

⁶⁴ <https://www.itotam.com/Isbirlikleri.aspx> Erişim: 07.01.2020.

olan hakem kararlarının tanınması ve tenfizi hakkında uygulayacağını ve sözleşmeyi yalnız akdi veya âkit dışı hukukî ilişkilerden kaynaklanan ve kendi iç hukukuna göre ticarî nitelikte sayılan uyuşmazlıklar hakkında uygulayacağını taahhüt etmiştir⁶⁵.

Bununla birlikte, New York Konvansiyonu'na SSCB'nin⁶⁶ halef olarak görünen Rusya ise asıl anlamda bağımsız bir anlaşma ile taraf olmamıştır ve bu durumun gerekçesinde iç mevzuatından kaynaklı iki neden gösterilmiştir. Bu nedenler: Devlet mahkemesinin uluslararası tahkim kararının tanınması ve tenfizine ancak itiraz eden tarafın talebi üzerine başvurabileceği yönündeki taraflara yönelik atfı ile tahkime elverişlilik ve kamu düzeni ile ilgili gerekçelerle mahkemelerin kendi takdir yetkilerine yönelik atfıdır. Uluslararası tahkim kararının New York Konvansiyonu ve Uluslararası Ticari Tahkim Yasası uyarınca uygulanması sadece bu tür icra işleminin sonuçlarının (tahkim kararının kendisinin değil) uygulanacak olan devletin yasalarına ve kamu düzenininin temel ilkeleriyle uyumlu olmadığına reddedilmesi mümkündür. Bu nedenle, kamu düzenine atfı sadece istisnai durumlarda yapılabilecektir ve Konvansiyon'un kamu hukuku normlarının uygulanmasını incelerken bile devlet mahkemesinin tahkim kararının esasını gözden geçirme hakkı yoktur⁶⁷.

Günümüzde tahkim konusunda İstanbul Ticaret Odası Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi (İTOTAM) tarafından yürütülen projelere benzer çalışmalar daha önceden de yer almıştı. Bunların arasında Akdeniz Projesi son on yıl için çeşitli konferanslara ve bilimsel seminerlere konu olmuştur. Bu projeye göre Cezayir, Mısır, Lübnan, Fas, Suriye, Tunus ve Türkiye arasında tahkim kurumu kurulacaktı. Yapılan toplantılar sonucunda, bu yedi ülkeden beş kurumla uluslararası tahkim ve uzlaştırma konulu işbirliği anlaşmaları imzalanmıştır. Bunlar sırasıyla: Kahire Bölge Tahkim Merkezi, Beyrut'taki ticaret odaları, Suriye ticaret odaları ve

⁶⁵ 08.5.1991 tarih ve 3731 sayılı Kanun, 21.5.1991 tarihli ve 20877 sayılı R.G.

⁶⁶ Bkz. yuk. s. 2.

⁶⁷ КАРАБЕЛЬНИКОВ, Борис: Исполнение и Оспаривание Решений Международных Коммерческих Арбитражей, Комментарий К Нью-Йоркской Конвенции 1958 г. и Главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. (Uluslararası Ticari Tahkim Kararlarının Tenfizi ve İtirazı, 1958 New York Sözleşmesi ve 2002 RF Tahkim Usul Kanunu'nun 30 ve 31'nci Bölümleri Hakkında Yorum), Статут Yayınları, В. 3, Moskova 2008, s. 198-199.

İstanbul ticaret odalarıdır. Bunun gibi, uluslararası tahkimin desteğine de sahip Milano Tahkim Merkezi kurulmuştur. Bu modern anlamdaki Tahkim Merkezi, günümüzün anlaşmazlık taraflarının ihtiyaçlarını ve beklentilerini karşılamayı amacıyla kurularak Avrupa'daki diğer tahkim kurumlarına göre daha az geleneksel olarak nitelendirilmektedir. Bu nedenle de daha fazla esneklik ve uyulanabilirlik özelliklerine sahiptir⁶⁸.

Son olarak belirtelim ki, Rusya Ticaret ve Sanayi Odası ile Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği arasında 10 Kasım 1992'de İstanbul'da ilk işbirliği anlaşması imzalanmıştır. Daha sonra 12 Ocak 2005'te Moskova'daki yasal çerçeveyi güncellemek için Rus-Türk iş forumu sırasında odalar arasında yeni bir işbirliği anlaşmasını imzalanmıştır⁶⁹. İTOTAM Uluslararası İşbirliği Anlaşmaları'na bakıldığında bu projeler arasında Rusya'nın ve özellikle de Türk Dünyası'nın ortak bir projesi yer almamaktadır. Bu durumla ilgili çalışma ancak her bir ülkenin gelişen ticari ilişkileri ve tahkim uygulamaları, iş dünyaları arasındaki anlaşmazlıkların tahkim anlaşması yoluyla çözülmesi için gerekli hukuki hazırlıklar yapılabilir. Bunun için kurumsal açıdan tahkimde işbirliği imkânlarının ilk başta İstanbul Tahkim Merkezi (ISTAC) ile Moskova Tahkim Merkezi arasında imzalanacak bir anlaşma ile hayata geçirilmesi söz konusu olacaktır⁷⁰.

Sonuç

Tahkim kurumu, tarihi gelişim sürecinde her ne kadar uzlaştırma temelli arabuluculukla karıştırılsa da, yukarıda belirtildiği üzere, çok eski dönemlerde dahi kullanıldığı görülmüştür. Devletin yargı organları olan mahkemelerden ve hâkimler aracılığı ile ihtilafların çözülmesinden ziyade, bu yola başvurulmasının kendi çapında avantajlı yönleri vardır. Bu avantajlar arasında ihtilafların mahkemelere oranla çok daha hızlı bir şekilde çözülmesi, tarafların mahkemelerde hâkimleri seçememe durumuna karşın, tahkimde hakemlerini ve sayılarını tarafların bizzat

⁶⁸ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Giovanni de BERTI'nin konuşması bölümü http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/uluslararasi_uyusmazlik_semp.pdf s. 14-15.

⁶⁹ https://tpprf.ru/ru/vneshnie-svyazy/bilateral_cooperation/partner_organizatsiy/turkey/ Erişim: 07.01.2020.

⁷⁰ Konu ile ilgili bkz. <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201804091032955461-turkiye-rusya-tahkim-anlasmasi/> Erişim: 07.01.2020.

belirlemeleri, yargılamanın yine taraf iradeleri ile istedikleri yerde yetkilendirilebilmesi, devlet yargısındaki hantal işleyen bürokrasiye maruz kalmaması gibi etkenler sayılabilir. Örneğin anlaşmazlık bir İngiliz ve bir Türk vatandaşı arasında olmuşsa, çözüm süreci bu iki ülkeden bağımsız bir şekilde İsviçre gibi tarafsız bir yerde görülebilir.

Çalışmada hakemliğin yanı sıra, Rusya'da ve Türkiye'de hâkimlik mesleği kıstaslarına da değinilmiş ve her iki ülkenin mevzuatındaki farklılıklar açıklanmıştır. Şöyle ki, Rusya'da genel mahkemeler, temyiz mahkemeleri, bölgesel temyiz mahkeme ve bölge tahkim mahkemesi hâkimi olabilmek için hukuk fakültelerinden mezuniyet ile birlikte 30 yaşına ulaşmış ve hukuk alanında en az 7 yıllık iş tecrübesi/deneyim aranmaktadır. İş tecrübesi ile ise: Rusya'da yüksek eğitim gerektiren hükümet makamlarında, Rusya'nın kurucu temel kuruluşlarının halka açık pozisyonlarında, kamu hizmeti makamlarında, belediye makamlarında, SSCB'nin devlet organlarındaki pozisyonlarda, SSCB'nin Birlik Cumhuriyetleri, Rusya'nın kabul edilmesinden önce mevcut olan AB'nin yasal hizmetlerindeki pozisyonlarda, bilimsel organizasyonlardaki pozisyonlarda ve mesleki eğitim programlarında hukuk öğretici, avukat veya noter olarak faaliyetler sıralanmıştır. Dolayısıyla Türkiye'deki hâkimlik mesleği ile ilgili aranan hukuk ve kanunen sayılan diğer bölümlerin lisans mezuniyeti, hâkimlik için yazılı ve sözlü sınavların kazanılması ve devamında 2 yıllık eğitim ve staj Rusya'da hâkim olarak atanabilmek için yeterli görülmemektedir. Hâkimlik, ciddi sorumluluğu bünyesinde barındıran bir meslek olduğundan, diğer temel şartların (lisans vs.) yanı sıra hukuk alanında yeterli bir iş deneyimi aranması gereken en önemli unsur olarak Türk yargısında da yer edinmesi gerektiği düşüncesiyle, Türkiye'de de ilgili asgari yaş ve tecrübe kriterlerinin kümülatif olarak getirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Çalışmadan da anlaşılacağı üzere, Rusya'da ve Türkiye'de tahkimle ilgili çeşitli mevzuat hükümleri yer almaktadır. Bunun gibi her iki ülke 1958 tarihli New York Konvansiyonu'na üye olsa da gerçekte her iki ülkenin kendine özgü çekincelerinin olduğu görülmektedir. Bunun gibi, her iki ülke mevzuatlarına göre hakemlerin seçiminde hâkimlik mesleğinden farklı olarak ihtilafı çözecek kişinin hukukçu kimliği şartı dahi aranmaktadır. Ancak her iki ülke mevzuatında hakemler şayet birden fazla

sayıda belirenmiş ise bu durumda hakemlerinde en az birinin yüksek eğitim kurumunca ülkede diplomasının geçerli olacağı hukuk eğitiminin alınması şartı getirilmiştir. Bunun yanı sıra, her iki ülkede, her ne kadar tahkim sonucu alınan karar devletin resmi mercilerince bağımsız bir yargı olan hakemlerce karar alınmış olsa da bazı şartlarda mahkemelerce onaylarının veya kayıtlarının olması şartının getirildiği görülmüştür.

Günümüzde İstanbul ve Moskova'nın bir metropol olma gerçeğinden yola çıkarak, Rus ve Türk hükümetleri arasında gelişen siyasi, askeri, kültürel, ekonomik ilişkiler kapsamında hukuki dinamiklerin aktif olarak devreye konulması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu bağlamda yakın geçmişte imzalanmış söz konusu anlaşmaların etkinliğinin artırılması amacıyla tahkim kurumunun detaylı bir şekilde yeniden ele alınması gerektiği ve iki taraflı tahkim anlaşmasının güncellenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Özellikle de Moskova Ticaret Odası ve Türkiye Odalar Borsalar Birliği nezdinde kurulması gerekli Rus-Türk Tahkim Kurumu'nun her iki ülkenin Petersburg, Kazan, Yekaterinburg, Krasnodar, Rostov-na-Donu, Voronej, Tümen, Sivastopol, İstanbul, Ankara, Antalya, İzmir, Samsun vs. gibi büyükşehirlerinde şubelerinin açılması konusunda yasal zemin için çalışmalar yapılmalıdır.

Yukarıda ileri sürülen açıklamalar çerçevesinde Rusya ve Türkiye'nin KOBİ'lerine çeşitli seminerler düzenlenerek tahkim kurumunun daha etkin kullanımı konusunda bilgilendirmenin yapılması gerekir. Burada Türkiye'de en başta KOSGEB'e düşmektedir. Zira KOSGEB'in Kuruluş Kanunu'nda: *"Ülkenin ekonomik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasında küçük ve orta ölçekli işletmelerin payını ve etkinliğini artırmak, rekabet güçlerini ve düzeylerini yükseltmek, sanayide entegrasyonu ekonomik gelişmelere uygun biçimde gerçekleştirmek amacıyla, Küçük ve Orta Ölçekli İşletmeleri Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı kurulmuştur"* hükmünde adı geçen kurumun hangi amaçla kurulduğu açık bir şekilde belirtilmiştir (m. 1/1)⁷¹. Bunun yanı sıra, Türkiye Odalar Borsalar Birliği- Rusya Ticaret ve Sanayi Odası (TOBB-TPPRF⁷²), Türkiye Barolar Birliği- Ruysa Federal

⁷¹ 12.4.1990 tarih ve 3624 sayılı Kanun için bkz. 20.4.1990 tarih ve 20498 sayılı R.G.

⁷² Rus Ticaret Odası <https://tpprf.ru/ru/about/> Erişim tarihi: 27.08.2019.

Avukatlar Odası (TBB-FPA⁷³) gibi ilgili Rus-Türk sivil toplum kuruluşlarının işbirliği anlaşmaları, tecrübe paylaşımı konulu program ve bilimsel seminerler ile bu konuda destekler de önemsenmelidir. Ayrıca Türkiye Barolar Birliği koordinasyonunda 8 Nisan 2016 yılında kurulan Türk Dili Konuşan ve Akkraba Ülkeler Avukat Örgütleri Birliği (Türk-Av Birliği) koordinasyonunda Avrasya Uluslararası Tahkim Kurumu'nun oluşturulması fikrinin üzerinde de durulması gerekebilir.

Bilgilendirme programlarında kapsamında tahkim kurumunun diğer resmi yargı oranlarına göre avantajları konusunda eğitimin verilmesi gerekeceği gibi, bir tahkim sözleşmesi yapılırken hangi hususlara dikkat edilmesi gerektiği veya herhangi bir şart olmadan tahkim seçildiğinde, hangi tahkim çeşidinin seçileceği konuları da ele alınmalıdır. Örneğin bir kurumsal tahkime ilişkin anlaşmada, seçilen tahkim kurumunun taraflar arasındaki esas ticari sözleşmede açıkça belirtilmesi gerekir. Yani diyelim Moskova mı, İstanbul mu veya başka şehirde mi tahkime gidilmesi istenmektedir, bu hususlar esas sözleşmede veya daha sonradan da tarafların aralarında yapacakları anlaşma ile esas sözleşmeye atıfta bulunarak yazılı bir şekilde yapılması gerekir. Diğer yandan, kurumsal tahkimin alternatif seçeneği olan ad hoc tahkime gidilecekse de bu durumda hangi ülkenin kurallarına göre ihtilafın çözüleceği belirlenmelidir. Dolayısıyla taraflara, tahkimin işleyişine ilişkin kuralları bizzat belirleyebilecekleri konusunda bilgilendirme çalışmaları yapılmalıdır. Her iki tahkimin de özellikleri ayrıntılı bir şekilde anlatılmalıdır.

⁷³ Rusya Federasyonu Federal Avukatlar Odası <https://fparf.ru/> Erişim tarihi: 27.08.2019.

KAYNAKLAR

- АФАНАСЬЕВ, Дмитрий: “Выдача Исполнительных Листов На Принудительное Исполнение Решений Третейских Судов И Иностранных Арбитражных Решений: Проблемы, Выявленные Судебной Практикой” (Tahkim Kararlarının ile Yabancı Tahkim Mahkemelerinin Kararlarının Tenfizi İçin İnfaz Yazısı Verilmesi: Yargı Uygulamasıyla Tespit Edilen Sorunlar), Журнал «Хозяйство и Право» (Ekonomi ve Hukuk" Dergisi), Приложение к № 4, Nisan 2013, S. 4'ün Ek'i, s. 1-48.
- AKINCI, Ziya: Milletlerarası Tahkim, B. 4, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.
- АЛЕШУКИНА, Светлана: “Состав Третейского Суда И Требования, Предъявляемые К Арбитражам По Законодательству Российской Федерации” (Tahkim Mahkemesinin Oluşumu ve Rusya Federasyonu Mevzuatı Gereği Hakemler İçin Aranılan Nitelikler), Вестник Тверского Государственного Университета (Tver Devlet Üniversitesi Bülteni), Серия "Право" (“Hukuk” Serisi), 2016, S. 4, s. 37 – 46.
- ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder / TAŞPINAR AYVAZ, Sema: İcra ve İflâs Hukuku, B. 2, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- BALCI, Muharrem: İhtilâfların Çözüm Yolları ve Tahkim, Danışman Yayınları, B. 1, İstanbul 1999.
- BARBAROSOĞLU, Fatma: “Tecrübe Biriktirilmeyen Çağda 25 Yaşında Hâkim Olmak...”, 23 Ocak 2015, Yeni Şafak, <http://www.yenisafak.com/yazarlar/fatmakbarbarosoglu/tecrube-biriktirilmeyen-cagda-25-yasinda-hakim-olmak-2007387> Erişim: 06.12.2019
- BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye), B. 3, Hikmet Yayınları, İstanbul 1982.
- BOZATAY, Şeniz Anbarlı/ DEMİR, Konur Alp: “Osmanlı Adli ve İdari Sisteminde Kadılık: Kurumsal Bir Değerlendirme”, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C. 6, S. 10, Haziran 2014, s. 71-89.
- BOZKURT, Gülnihâl: Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi: Osmanlı Devleti’nden Türkiye Cumhuriyeti’ne Resepsiyon Süreci (1839-1939), Türk Tarih Kurumu yayınları, Ankara 1996.
- ЧЕРНЫШЕВИЧ Мария: “Принципы статуса судей в Российской Федерации и в зарубежных странах” (Rusya Federasyonunda ve Yabancı Ülkelerde Hâkimlerin Statüsünün Prensipleri),

- Журнал Молодой Ученый (Genç Bilim adamı Dergisi), S. 19 (205), 2018, s. 338-343.
- EYUBOĞLU, Ceren: "Türk Hukukunda Tahkim Anlaşmasının Geçerliliği", Ankara Barosu Dergisi, 2017/3, s. 227-241.
- ГЕССЕН, Иосиф: Третейский суд в гражданском процессе// Энциклопедический словарь (Hukuk Usulünde Tahkim Mahkemesi / Ansiklopedik Sözlük). С. XXXIIIА (66), Ф. А. Брокгауз — И. А. Ефрон Yayınları, Sankt Petersburg 1901.
- КАСА, Илда: "Арбитраж (Третейский Суд): История Создания и Правовая Природа" (Tahkim (Tahkim Mahkemesi): Oluşum Tarihi ve Hukuki Niteliği), Вестник РУДН. Серия: Юридические науки, (Rusya Halklar Dostluk Üniversitesi Bülteni. Hukuk Bilimleri Serisi), 2018, С. 22, S. 2, s. 269–288.
- KALPSÜZ, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.
- КАРАБЕЛЬНИКОВ, Борис: Исполнение и Оспаривание Решений Международных Коммерческих Арбитражей, Комментарий К Нью-Йоркской Конвенции 1958 г. и Главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. (Uluslararası Ticari Tahkim Kararlarının Tenfizi ve İtirazı, 1958 New York Sözleşmesi ve 2002 RF Tahkim Usul Kanunu'nun 30 ve 31'nci Bölümleri Hakkında Yorum), Статут Yayınları, В. 3, Moskova 2008.
- КЛЕАНДРОВ, Михаил: Правовые Основы Статуса Судьи, (Hâkimlerin Statüsünün Yasal Temelleri), Российская академия правосудия (Rusya Yargı Akademisi) Yayınları, Moskova 2010.
- KÖLE Mehmet: "Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanıma ve Tenfizinde Usul", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, С. 21, S. 34, 2016, s. 39-98.
- KURT KONCA, Nesibe: Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, Hâkimlik Mesleğine Giriş Yaşı ve Yargı Sisteminde Etkinliğin Sağlanması İçin Bir Öneri, SETA Yayınları, İstanbul 2016.
- МОРДОВЦЕВ, Андрей/ АГАФОНОВА, Татьяна: Медиация в Истории Российской Государственности: Юридикоконфликтологический Аспект// История Государства и Права (Rus Devletçilik Tarihinde Arabuluculuk: Yasal Çatışma Yönü/ Devlet ve Hukuk Tarihi), Федеральный

- Научно-Правовой Журнал (Federal Hukuk Bilimi Dergisi), S. 24, Moskova 2013, s. 29- 34.
- MARDİN, Ebul'ula: Medenî Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara 1996.
- НИКОЛЮКИН, Станислав: Правовые технологии посредничества (медиации) в Российской Федерации: научнопрактическое пособие. (Rusya Federasyonu'ndaki Hukuki Aracılık (Arabuluculuk) Teknolojileri: Bilimsel Uygulama Klavuzu) Юстицинформ Yayınları, Moskova 2013.
- NOMER, Ergin/ EKŞİ, Nuray/ ÖZTEKİN GELGEL, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2016.
- ORTAYLI, İlber: "Osmanlı Kadısı Tarihi Temeli ve Yargı Görevi", AÜSBFD., C. 30, 1975, s. 117-128.
- ÖZBAY, İbrahim/ KORUCU, Yavuz: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde TAHKİM (HMK m. 407 - 444), Adalet Yayınevi, Ankara 2016.
- ÖZBEK, Mustafa Serdar: "Yeni İcra ve İflâs Kanunu İçin Öneriler Işığında İlâmlı İcrada İcranın Ertelenmesi", Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Ocak 2018, C. 5, S. 1, s. 7-124.
- SELÇUK, Seyhan: "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Verilen Hakem Kararlarının İcrası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 31, S. 140, Ocak 2019, s. 115-140.
- ŞEMŞEK, Vesile: "Petersburg Üniversitesi'nin Yetiştirdiği Oryantalistler Yağmalanmış Miras - Elyazma Eserler", Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, S. 44, Aralık 2019, s. 115-127. (Petersburg Üniversitesi).
- ŞEMŞEK, Vesile: İslam Medeniyetinin Temelleri ve Tarihi Gelişim Süreci, Karadeniz Uluslararası Bilimsel Dergi, Mart 2020, S. 45, s. 280-290. (İslam Medeniyetinin Temelleri).
- ШЕРШЕНЕВИЧ, Габриэль: Курс торгового права: Торговый процесс/ Конкурсный процесс (Ticaret Hukuku Dersi: Ticaret Süreci / Rekabet Süreci), Бр. Башмаковых yayınları, С. 4, Moskova 1912.
- TUNCAY, Ahmet: "Türk Hukuk Sisteminde Tahkim Mevzuatı", Uluslararası Hukuk, International Conference on Eurasian Economies Dergisi, Session 2D: Uluslararası Hukuk, 2013, s. 879-884.

- ВАЛЕТОВА, Ксения: Третьейское Разбирательство Как Альтернативная Форма Защиты Гражданских Прав и Охраняемых Законом Интересов (Sivil Hakların ve Kanuni Çıkarların Korunmasına Alternatif Bir Çözüm Yolu Olarak Tahkim), Tumen Devlet Üniversitesi Yayınları, Nijnevartovsk 2016.
- YAZICI, Abdurrahman: "Osmanlı Hukûk-I Âile Kararnâmesi (1917) ve Sadreddin Efendi'nin Eleştirileri", Ekev Akademi Dergisi, S. 62, Bahar 2015, s. 567-584.
- YILMAZ, Ejder/ARSLAN, Ramazan, TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.
- ЗАЙЦЕВ, Алексей: "История развития третейских судов и третейского судопроизводства в России до 1917 г." (1917 Yılına Kadar Rusya'da Tahkim Mahkemelerinin ve Tahkim İşlemlerinin Gelişim Tarihi), Вестник гражданского процесса (Hukuk Muhakemeleri Usulü Bülteni), S. 2, 2012, s. 89- 128.
- <https://tr.sputniknews.com/turkiye/201804091032955461-turkiye-rusya-tahkim-anlasmasi/> Erişim: 07.01.2020.
- https://tpprf.ru/ru/vneshnie-svyazy/bilateral_cooperation/partner_organizations/turkey/ Erişim: 07.01.2020.
- <https://tureng.com> Erişim: 29.12.2019.
- <https://sozluk.gov.tr/> Erişim: 29.12.2019.
- <https://islamansiklopedisi.org.tr/> Erişim: 29.12.2019.
- https://www.audit-it.ru/terms/agreements/treteyskiy_sud.html Erişim: 07.01.2020.
- http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/uluslararası_uyusmazlik_semp.pdf Erişim: 07.01.2020.
- <https://www.itotam.com/Isbirlikleri.aspx> Erişim: 07.01.2020.
- <https://islamansiklopedisi.org.tr/hukuk-i-aile-kararnamesi>, Erişim: 31.12.2019.
- <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/20877.pdf> Erişim: 01.01.2020.
- <https://www.trade.gov.tr/legislation/bilateral-investment-treaties> Erişim: 01.01.2020.
- <https://www.barobirlik.org.tr/Haberler/turk-av-iii-olagan-genel-kurultarihi-kararlar-verdi-80825> Erişim 23.01.2020.
- <https://mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2802.pdf> Erişim: 10.03.2020.



RUSYA FEDERASYONU CEZA HUKUKUNDA ÖLÜM CEZASI

Dr. Öğr. Üyesi Emin HÜSEYİNOĞLU*

Öz

Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun 59/1. maddesine göre “Ölüm cezası istisnai ceza tedbiri olarak sadece hayata yönelmiş nitelikli ağır suçlara düzenlenebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 Numaralı Protokol ile savaş ve yakın savaş tehdidi durumları dışında ölüm cezası kaldırılmıştır. Rusya Federasyonu 28.02.1996 tarihinde Avrupa Konseyine üye olmuş ve 16.04.1997 tarihinde 6 Numaralı Protokolü imzalamıştır. 16.05.1996 tarihinde ise Rusya'nın Avrupa Konseyine Katılımıyla Bağlantılı Olarak Ölüm Cezası Uygulamasının Aşamalı Olarak Azaltılması Hakkında Devlet Başkanı kararnamesiyle moratoryum ilan edilmiştir. Bununla birlikte, 6 Numaralı Protokol Federal Meclis tarafından bugüne kadar onaylanmamıştır.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19.11.2009 tarihinde Rusya Federasyonu Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılmadığı sürece hiçbir mahkemenin ölüm cezası veremeyeceğine karar vermiştir.

Anahtar Kelimeler

Ölüm Cezası • Rusya Federasyonu • Moratoryum • Ceza Kanunu • Suç

* Dr. Öğr. Üyesi, Karabük Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bölümü, Karabük, Türkiye | Asst. Prof., Karabük University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of Political Science and Public Administration, Karabük, Turkey.

✉ eminhuseyinoglu@gmail.com • ORCID 0000-0002-4196-2295

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: HÜSEYİNOĞLU Emin, “Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Ölüm Cezası”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 427-444.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

CAPITAL PUNISHMENT IN THE CRIMINAL CODE OF THE RUSSIAN FEDERATION

Abstract

According to the Article 59/1 of the Criminal Code of the Russian Federation: *“Capital punishment, as an exclusive penalty, may be imposed only for especially grave crimes encroaching on human life”*.

With the Annex Protocol No.6 to the European Convention on Human Rights, the capital punishment has been abolished except for war and melee threads. The Russian Federation became a member of the Council of Europe on 28.02.1996 and signed Protocol No.6 on 16.04.1997. On 16.05.1996, the Moratorium was announced with the President's decree on the Progressive Reduction of the Capital Punishment in conjunction with the participation of Russia in the Council of Europe. However, Protocol No.6 has not been ratified by the Federal Assembly until today.

On 19.11.2009, the Constitution Court was decided to no court cannot give would be able to impose a capital punishment unless the Russian Federation leaves membership of the Council of Europe.

Key Words

Capital Punishment • Russian Federation • Moratorium • Criminal Law • Crime

GİRİŞ

Ölüm cezası, ceza hukukunda üzerinde çok tartışma bulunan konulardan biridir. Ölüm cezasına karşı olan görüşler; bu ceza türünün meşru insan öldürme olduğu ve devletin katil olamayacağını, ölüm cezasında adli hataların telafisinin imkansız olduğunu, ölüm cezasının caydırıcılık ve suç oranının azaltılmasında etkisinin bulunmadığını, bedensel ceza olması sebebiyle hümanizm ilkesine aykırı olduğu, cezanın amacının suçluyu ıslah edip topluma yeniden kazandırmak olduğunu ileri sürmektedirler.

Ölüm cezasından yana olan görüşler ise; ölüm cezası yerine uygulanan müebbet hapis cezasının zamanla siyasi nedenlerle affedilmesi nedeniyle etkili olmadığını, ölüm cezasının toplumda korku yaratması nedeniyle caydırıcı olup suç oranını azalttığını, yapılan referandumların

toplumun çoğunluğunun ölüm cezasından yana olduğunu ileri sürmektedirler¹.

Ölüm cezasının caydırıcı olup suçları önlediği konusunda kesin bir şey söylemek mümkün değildir. Ölüm cezasını kaldıran ülkelerde suç oranının artmasını, bu cezanın kaldırılmasına bağlamak kusurlu bir yaklaşımdır. Çünkü suç oranının artmasına neden olan farklı etmenler bulunmaktadır².

Son dönemde ceza hukukçularının büyük çoğunluğunun ölüm cezasına karşı olduğu görülmektedir. Buna bağlı olarak modern ülkelerin çoğunda ölüm cezası kaldırılmış veya uygulama alanı aşırı derece sınırlandırılmıştır.

I. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NE EK 6 VE 13 NUMARALI PROTOKOL

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 Numaralı Protokol'ün 1. ve 2. maddelerinde barış zamanı ölüm cezasının uygulanması yasaklamıştır. 6 Numaralı Protokolün "Ölüm Cezasının Kaldırılması" başlıklı 1. maddesine göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez". Protokolün "Savaş Zamanında Ölüm Cezası" başlıklı 2. maddesine göre ise "Bir Devlet, savaş zamanında veya yakın savaş tehdidi durumlarında işlenen eylemler için yasalarında ölüm cezasına ilişkin hükümlerine uygun olarak uygulanabilir. Bu Devlet, sözkonusu yasaların ilgili hükümlerini Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirecektir".

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13 Numaralı Protokol ise savaş durumu dahil olmak üzere ölüm cezasını tüm koşullarda ortadan kaldırmıştır. 13 Numaralı Protokol'ün "Ölüm Cezasının Kaldırılması" başlıklı 1. maddesine göre, "Ölüm cezası kaldırılmıştır. Hiç kimse bu cezaya çarptırılmaz ve idam edilemez"³.

¹ ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.492.

² DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999, s.606.

³ 6 Numaralı Protokol 15.1.2003 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ve 26.6.2003 tarih ve 4913 sayılı Kanunla TBMM tarafından onaylanmıştır. 13 Numaralı Protokol ise 9.1.2004 tarihinde Türkiye tarafından imzalanmış ve 6.10.2005 tarih ve 5409 sayılı Kanunla TBMM tarafından onaylanmıştır. Buna bağlı olarak 7.5.2004 tarih ve 5170

Rusya Federasyonu 28.02.1996 tarihinde Avrupa Konseyine üye olmuştur⁴. Avrupa Konseyine üye olan Rusya Federasyonu 6 Numaralı Protokolü en geç bir sene içerisinde imzalama, üç sene içerisinde onaylama ve ölüm cezalarının infazı konusunda moratoryum (erteleme) uygulama taahhüdünde bulunmuştur⁵.

II. EKİM DEVRİMİ DÖNEMİ

Rus hukuk tarihine bakıldığında, ölüm cezasının zaman zaman kısa süreliğine kaldırıldığı, fakat her defasında geri getirildiği görülmektedir.

Sovyet iktidarında ilk başlarda ölüm cezaları azaltılmış, fakat daha sonraları çok hızlı bir şekilde artış göstermiştir⁶. 1917 Ekim Devrimi sonrasında 12.03.1917 tarihinde geçici hükümet kararıyla ölüm cezası kaldırılmış, fakat kısa süre sonra 12.07.1917 tarihinde geri kabul edilmiştir⁷.

26.10.1917 tarihinde İkinci Sovyet Kongresi tarafından ölüm cezası tekrar kaldırılmış, fakat iç savaşın başlamasıyla birlikte 21.02.1918 tarihinde geri kabul edilmiştir⁸. Devrim mahkemeleri tarafından il ölüm cezası 21.06.1918 tarihinde eski deniz kuvvetleri komutanı olan Aleksey Şastny hakkında verilmiştir⁹.

Ölüm cezası, “kurşuna dizilme” adı altında, 1919 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Hukukunun Rehber İlkeleri’nde geçici, istisnai ve olağanüstü tedbir olarak yer almıştır.

sayılı Kanunla Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın 38. maddesine “Ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemez” hükmü eklenmiştir.

⁴ Rossiya v Sovete Evropı (Rusya Avrupa Konseyi’nde), <https://www.mid.ru/rossia-vo-sovete-evropy>, Erişim Tarihi: 29.3.2020.

⁵ PETRUHİN, İgor, “Pravo Na Jizn i Smertnaya Kazn (Yaşam Hakkı ve Ölüm Cezası)”, *Obşestvenniye Nauki i Sovremennost*, No: 5, 1999, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, Erişim Tarihi: 9.1.2020, s.84.

⁶ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.85.

⁷ NAUMOV, Anatoliy, *Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse*, (Tercüme: Qurbanov H.), Qanun Neşriyyatı, Bakı 1998, s.448.

⁸ KOZAÇENKO, İvan / NEZNAMOVA, Zinaida (Ed.), *Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo İnfra.M-Norma, Moskva 1997*, s.353; PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.83.

⁹ KOZAÇENKO / NEZNAMOVA (Ed.), s.353.

17.01.1920 tarihinde ölüm cezası tekrar kaldırılmış¹⁰, fakat çok kısa süre sonra 11.05.1920 tarihinde geri kabul edilmiştir¹¹.

III. 1922 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

Ölüm cezası, 1.6.1922 tarihinde yürürlüğe giren 1922 tarihli Rusya Sovyet Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Ceza Kanunu'nda (RSFSCCK) da yer almıştır.

Bu Kanunun 33. maddesine göre, *“Yüksek Mahkeme, il mahkemeleri ve her türlü devrim mahkemelerinde bulunan davalarda, Rusya Merkezi Yürütme Komitesi tarafından kaldırılincaya kadar, bu Kanunun maddelerinde belirtilen hallerde en yüksek ceza tedbiri olan ölüm cezası uygulanır. Suç işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ve hamile kadınlar hakkında ölüm cezasına hükmedilemez”*.

IV. 1926 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

Ölüm cezası, 1.1.1927 tarihinde yürürlüğe giren 1926 tarihli RSFSCCK'da da benzer şekilde düzenlenmiştir. Bu Kanunun 21. maddesine göre, *“Sovyet iktidarı ve Sovyet düzeninin ilkelerini tehdit eden daha ağır suç türleri ile mücadele için SSCB Merkezi Yürütme Komitesi tarafından kaldırılincaya kadar, bu Kanunun maddelerinde özel olarak belirtilen hallerde istisnai tedbir olarak işçi devletini korumak amacıyla ölüm cezası uygulanır”*. Kanunun 22. maddesine göre ise *“Suç işlendiği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olanlar ve hamile kadınlar hakkında ölüm cezasına hükmedilemez”*.

Ölüm cezasının kaldırılmasına yönelik son düzenleme, 26.05.1947 tarihli Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği (SSCB) Yüksek Sovyet Başkanlığının Ölüm Cezasının Kaldırılması Hakkında Kararname ile gerçekleşmiştir. Bu Kararnamede barış zamanında işlenen suçlar bakımından ölüm cezası 25 sene ıslah-çalışma kampında hapis cezasına çevrilmiştir¹².

¹⁰ KOZAÇENKO / NEZNAMEVA (Ed.), s.353-354.

¹¹ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.83.

¹² VASİLEV, Aleksey, “Smernaya Kazn v Rosii: Vışşaya, İsklyučitel'naya Mera Nakazaniya, Ustraşeniya ili Politika? (Rusya'da Ölüm Cezası: Yüksek, İstisnai Ceza Tedbiri, Gözdağı mı? Siyaset mi?)”, No: 4, 2013, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674, Erişim Tarihi: 22.02.2020.

Fakat SSCB Yüksek Sovyet Başkanlığının 12.01.1950 tarihli Kararnamesiyle vatan hainliği, casusluk ve sabotaj suçları bakımından ölüm cezası geri getirilmiştir¹³. SSCB Yüksek Sovyet Başkanlığının 30.04.1954 tarihli Kararnamesiyle ise ölüm cezası nitelikli insan öldürme suçu bakımından da kabul edilmiş¹⁴ ve zamanla ölüm cezasını gerektiren suçların sayısı artırılmıştır¹⁵.

26.05.1947 ile 12.01.1950 tarihleri arasında ölüm cezasının tam olarak kaldırıldığını söylemek pek mümkün değildir. Çünkü bu dönemde SSCB Milli Savunma Bakanlığının devrim karşıtı suçlara ölüm cezası verilebileceği konusunda gizli talimatı bulunmaktaydı¹⁶.

Görüldüğü üzere Sovyet iktidarı döneminde ölüm cezası birkaç kez kaldırılmasına rağmen, her defasında savaş ve “vatan hainleri” ile mücadele gerekçeleriyle geri getirilmiştir¹⁷.

Ölüm cezası özellikle Stalin döneminde devrim karşıtı suçlar karşılığında çok sık uygulanmıştır. Resmi kayıtlara göre, 1921 ile 1954 tarihleri arasında 643.000 kişi idam edilmiştir. Gerçek rakamların ise 1.000.000 civarı olduğu sanılmaktadır¹⁸.

¹³ KOZAÇENKO, İvan / NOVOSELOV, Gennadiy, *Ulolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurayt, Moskva 2018, s.255.*

¹⁴ POBEYGALO, Eduard, “O Prestupnosti v Rossii i Problema Smertnoy Kazni (Rusya’da Suç ve Ölüm Cezası Problemi Hakkında)”, *Evrasiyskiy Forum*, No: 1 (2), 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, Erişim Tarihi: 12.2.2020, s.30; KOZAÇENKO / NOVOSELOV, s.255.

¹⁵ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

¹⁶ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674; PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.83.

¹⁷ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

¹⁸ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674; KGB’nin 14.3.1990 tarihli verilerine göre, 1921-1953 yılları arasında 3.7 milyon kişi mahkeme kararıyla veya mahkeme kararı olmaksızın devrim karşıtı suçlardan mahkum olmuş ve bunlardan 790.000 kişi idam edilmiştir (KUZNESOVA, Ninel / TYAJKOVA, İrina (Ed.), *Kurs Ugolovnoogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (1. Cilt), İzdatelstvo Zersalo, Moskva 2002, s.47).*

V. 1960 TARİHLİ RUSYA SOVYET FEDERATİF SOSYALİST CUMHURİYETİ CEZA KANUNU

Ölüm cezası, 1.1.1961 tarihinde yürürlüğe giren 1960 tarihli RSFSCCK'da da yer almıştır. Bu Kanunun "*İstisnai Ceza Tedbiri / Ölüm Cezası*" başlıklı 23. maddesine göre, "*Bu Kanunun belirttiği hallerde, nitelikli ağır suçlar karşılığında istisnai ceza tedbiri olarak ölüm cezası (kurşuna dizilme) uygulanabilir. Kadınlar, suçu işlediği sırada on sekiz yaşını doldurmamış olan kişiler ve 65 yaşın üzerinde olan erkekler hakkında ölüm cezasına hükmedilemez*".

1960 tarihli RSFSCCK, ilk başta 1926 tarihli RSFSCCK'ya oranla ölüm cezası gerektiren suçların kapsamını daraltmış, fakat zamanla ölüm cezası gerektiren suçların kapsamını genişletmiştir¹⁹. 60'lı ve 70'li yıllarda ölüm cezası öngörülen suçların sayısı artırılmış ve hatta bu suçların arasına çok büyük meblağda kamu malı üzerinde hırsızlık, çok büyük meblağda rüşvet alma, ıslah edici çalışma kurumlarında düzensizlik yaratma gibi suçlar eklenmiştir²⁰. Bununla birlikte 1961 ve 1989 yılları arasında ölüm cezasına mahkum olanların yüzde 96'sı nitelikli kasten öldürme suçları karşılığında olmuştur²¹.

1961 yılında 1980 kişi, 1962 yılında ise 2159 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiştir. 1965 yılı sonrasında ise her yıl 379 ila 577 kişi arasında olmak üzere ölüm cezalarında hızlı düşüş yaşanmıştır²².

80'li yılların sonunda ise ölüm cezasının daha da azaltılması yönünde bir tutum ortaya çıkmış ve malvarlığı ile ilgili suçlarda ölüm cezasından vazgeçilmiştir²³. Örneğin 1981 yılında 415 kişi, 1985 yılında 407 kişi, 1989 yılında 100 kişi²⁴, 1990 yılında ise 223 kişi idam cezasına

¹⁹ KOMİSSAROV, Vladimir / KRİLOVA, Natalya / TYAJKOVA, İrina (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Statut, Moskva 2012, s.606.

²⁰ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.83.

²¹ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

²² VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

²³ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.83.

²⁴ BOYSOVA, Viktoriya, "Otnoşeniya k Smertnoy Kazni v Zarubejnih Gosudarsv, Rosii i Soveta Evropı (Yabancı Devletlerin, Rusya'nın ve Avrupa Konseyi'nin Ölüm Cezasına Yaklaşımı)", Obşestvenniye Nauki i Sovremennost, No: 1, 2000, <http://ecsocman.hse.ru/data/857/561/1216/005bOJCOWA.pdf>, Erişim Tarihi: 28.3.2020, s.50,

mahkum edilmiştir²⁵. Zamanla ölüm cezasının öngörüldüğü suçlar daha da azalmıştır. 1993 yılında RSFSCCK’da ölüm cezası öngörülen sadece altı adet suç bulunmaktaydı²⁶.

1990 yılından itibaren ölüm cezası uygulamasında daha da azalma yaşanmıştır. Resmi verilere göre, 1992 yılında 159 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş ve 18 mahkumun cezası infaz edilmiştir. 1993 yılında 157 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş ve 10 mahkumun cezası infaz edilmiştir. 1994 yılında 160 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş ve 10 mahkumun cezası infaz edilmiştir. 1995 yılında 141 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş ve 40 mahkumun cezası infaz edilmiştir. 1996 yılında ise 153 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş²⁷ ve 53 mahkumun cezası infaz edilmiştir.²⁸

VI. 1996 TARİHLİ RUSYA FEDERASYONU CEZA KANUNU

12.12.1993 tarihli Rusya Federasyonu Anayasası’nın 20. maddesine göre, “1. Herkes yaşama hakkına sahiptir.

2. Ölüm cezası, bu ceza kaldırılıncaya kadar sanığa davanın jüri katılımıyla görülmesi hakkının tanınması suretiyle hayata karşı işlenen nitelikli ağır suçlar karşılığında istisnai ceza tedbiri olarak federal kanunla konulabilir”.

Anayasa uygun olarak hazırlanan ve 1.1.1997 tarihinde yürürlüğe giren 1996 tarihli RFCK’nın 59/1. maddesine göre, “1. Ölüm cezası istisnai ceza tedbiri olarak sadece hayata yönelmiş nitelikli ağır suçlara düzenlenebilir.

2. Kadınlara²⁹, suçu işlediği sırada 18 yaşını doldurmamış olan kişilere ve hüküm sırasında 65 yaşını bitirmiş olan erkeklere ölüm cezası verilemez.

²⁵ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

²⁶ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pPETRUHIN.pdf>, s.83.

²⁷ KOMİSSAROV / KRILOVA / TYAJKOVA (Ed.), s.607.

²⁸ KUDRYAVSEV, Vladimir / NAUMOV, Anatoliy / LUNEEV, Viktor, Ugolovnoye Pravo Rosii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2006, s.386; PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pPETRUHIN.pdf>, s.85; Dönemin Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığına Bağlı Bağışlama Komisyon Başkanı olan Pristavkin tarafından verilen bilgiye göre 1996 yılında 63 kişinin ölüm cezası infaz edilmiştir. (KOMİSSAROV / KRILOVA / TYAJKOVA (Ed.), s.607.).

²⁹ Bazı yazarlara göre, kadınlar bakımından ölüm cezasının yasaklanmasının anlaşılabilir bir yönü bulunmamaktadır. Çünkü ölüm cezasının bulunduğu ülkelerde, bu ceza sadece hamile kadınlar bakımından yasaklanmaktadır (DYADYUN, Kristina, “Smertnaya Kazn: Plyusı i Minusı v Sovremennom Obşestve (Ölüm Cezası: Modern Toplumda Artıları ve Eksileri)” Universum: Ekonomika i Yurisprudensiya, No: 7

2.1 Eğer kişiyi iade eden yabancı devletin mevzuatı gereğince bu kişinin işlediği suça ölüm cezası öngörülmemişse veya ölüm cezasının uygulanmaması iade şartıysa ya da farklı sebeplerle ölüm cezası kişiye verilemiyorsa, yabancı devlet tarafından karşılıklılık esasında uluslararası sözleşme gereğince cezai takibat için Rusya Federasyonu'na iade edilen kişiye ölüm cezası verilemez.

3. Ölüm cezası bağışlama suretiyle müebbet hapis veya yirmi beş sene hapis cezasına çevrilebilir".

Ceza Kanununda bu tanıma uyan beş adet suç bulunmaktadır. Bunlar, nitelikli kasten öldürme (m.105/2), kamu görevlisine suikast (m.277), yargı veya soruşturma görevlisine suikast (m.295), kolluk görevlisine suikast (m.317) ve soykırım (m.357) suçlarıdır. Kamu görevlisine, yargı veya soruşturma görevlisine ve kolluk görevlisine suikast suçlarının insan öldürme suçunun özel türleri olduğu dikkate alındığında mevzuatta ölüm cezasının sadece insan öldürme ve soykırım suçları karşılığında öngörüldüğü söylenebilir³⁰.

Sözü geçen suçların hiçbirisinde ölüm cezası sabit ceza olarak öngörülmemiştir. Bu suçların hepsinde ölüm cezası seçimlik ceza olarak öngörülmüş olup, mahkemenin üst sınırdan ceza verebilmesi, olayda ağırlaştırıcı nedenlerin (m.63) bulunmasına ve daha hafif ceza verilmesini gerektiren bir nedenin (m.61) bulunmamasına bağlıdır³¹. Örneğin RFCK'nın 105/1. maddesine göre, nitelikli kasten öldürme³² suçunun cezası 8 seneden 20 seneye kadar hapis ve 1 seneden 2 seneye kadar özgürlüğün sınırlandırılması veya müebbet hapis veya ölüm cezasıdır.

Anayasa'da "kaldırılıncaya kadar" denilmek suretiyle ölüm cezasının geçici bir ceza olduğuna vurgu yapılmıştır. Sadece hayata karşı suçlar bakımından kabul edilmesi, herkese uygulanmaması ve seçimlik ceza

(18), 2015, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>, Erişim Tarihi: 7.3.2020).

³⁰ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674.

³¹ STEPENKO, A. / NİKULİNA, O., "İsklyuçitelniye Sluçai Primineniya Smertnoy Kazni (Ölüm Cezasının Uygulanmasında İstisnai Haller" Uçeniye Zametki TOGU, Tom 5 (Cilt 5), No: 4, 2014, http://pnu.edu.ru/media/ejournal/articles-2014/TGU_5_212.pdf, 11.1.2020, s.405.

³² Kasten öldürme suçunun nitelikli hallerine suçun hamile kadına karşı işlenmesi, birden fazla kişiye karşı işlenmesi veya kan gütme saikiyle işlenmesi örnek olarak sayılabilir.

olarak düzenlenmesi nedeniyle ölüm cezasının ceza kanununda istisnai bir ceza türü olarak öngörüldüğü söylenebilir³³.

Ölüm cezasının infazı, 8.1.1997 tarihli Rusya Federasyonu Ceza İnfaz Kanunu'nda (RFCİK) düzenlenmiştir. Ölüm cezasına mahkum olan kimse, tek kişilik hücrede sıkı güvenlik ve tecrit şartlarında bulundurulur (RFCİK m.184/1). Ölüm cezasının infaz yöntemi, mahkumun halka kapalı ortamda kurşuna dizilmesidir (RFCİK m.186/1).

Anayasanın 89/b. maddesi gereğince Devlet Başkanının mahkumların cezasını bağışlama yetkisi bulunmaktadır. Bu bağışlama yetkisi ölüm cezalarını da kapsamaktadır.

Ölüm cezası kesinleşmediği sürece infaz edilemez³⁴. Ölüm cezasının kesinleşmesi halinde hükümlü bağışlanma talebiyle Devlet Başkanına başvurma hakkına sahiptir. Bu başvurunun yapılması halinde, Devlet Başkanı kararını açıklayıncaya kadar ölüm cezasının infazının durdurulmasına karar verilir (RFCİK m.184/2).

Daha önce de ifade edildiği üzere Rusya Federasyonu 28.02.1996 tarihinde Avrupa Konseyi'ne üye olmuştur³⁵. Buna bağlı olarak 16.05.1996 tarih ve 724 sayılı Rusya'nın Avrupa Konseyi'ne Katılımıyla Bağlantılı Olarak Ölüm Cezası Uygulamasının Aşamalı Olarak Azaltılması Hakkında Devlet Başkanı Kararnamesi³⁶ çıkartılarak Rusya Federasyonu'nda ölüm cezalarına fiili moratoryum ilan edilmiştir³⁷. Bu Kararname dönemin Devlet Başkanı olan Boris Yeltsin tarafından çıkartılmıştır.

Moratoryumla birlikte ölüm cezalarının infazına son verilmiştir. Rusya Federasyonu'nda son ölüm cezası infazı 2.9.1996 tarihinde

³³ ÇUÇAEV, Aleksandr / NIRKOVA, Natalya (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçebnik (Ders Kitabı), İzdatelstvo Feniks, Rostov-na-Donu 2009, s.373-374.

³⁴ KOROLKOV A. (Ed.), Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nun Şerhi), İzdatelstvo EKSMO, Moskva 2004, s.170.

³⁵ Rossiya v Sovete Evropı (Rusya Avrupa Konseyi'nde), <https://www.mid.ru/rossia-v-sovete-evropy>, Erişim Tarihi: 22.3.2020.

³⁶ 16.05.1996 tarih ve 724 sayılı Devlet Başkanı Kararnamesi için bkz. <http://krem-lin.ru/acts/bank/9357>, Erişim Tarihi: 10.3.2020.

³⁷ POBEYGALO, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, s.28.

gerçekleşmiştir³⁸. Aslında bu dönemde mahkemeler ölüm cezasına hükmetmeye devam etmişlerdir³⁹. 1997 yılında 106 kişi, 1998 yılında 116 kişi, 1999 yılında ise 19 kişi ölüm cezasına mahkum edilmiş, fakat hiçbir mahkumun cezası infaz edilmemiştir⁴⁰. Bu dönemde Devlet Başkanı bağışlama yetkisini kullanmak suretiyle ölüm cezasına mahkum olan kişilerin cezasının infazına engel olmuştur⁴¹. Örneğin Devlet Başkanının 3.6.1999 tarih ve 698 sayılı Kararnamesi ile 703 mahkumun ölüm cezası bağışlanmış⁴². Yine 1998 tarihinde çıkarılan kararnamelerle ölüm cezasına mahkum edilen son 720 kişinin (bazı kaynaklara göre 713 veya 718) cezası bağışlanmıştır. Bunlardan 190 kişinin cezası 25 sene hapis cezasına, 530 kişinin cezası ise müebbet hapse çevrilmiştir⁴³.

6 Numaralı Protokol, Rusya Federasyonu tarafından 16.04.1997 tarihinde imzalanmıştır⁴⁴. Fakat üç sene içerisinde onaylanması gerekirken, 6. Numaralı Protokol Federal Meclisin Devlet Duması tarafından bugüne kadar onaylanmamıştır. Aynı şekilde ölüm cezasının uygulanmaması yönünde moratoryum öngören kanun teklifleri de Devlet Duması tarafından kabul edilmemişlerdir⁴⁵. Örneğin Devlet Başkanı Boris Yeltsin tarafından Devlet Dumasına sunulan Ölüm Cezasının İnfazına Moratoryum

³⁸ DYADYUN, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>.

³⁹ PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.85.

⁴⁰ KOMİSSAROV / KRİLOVA / TYAJKOVA (Ed.), s.607.

⁴¹ MİHLİN Aleksandr (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2004, s.286; PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.85.

⁴² DYADYUN, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>.

⁴³ VASİLEV, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674; Devlet Başkanının moratoryum öncesi 90'lı yıllarda ölüm cezalarını bağışladığına ilişkin örnekler rastlanmaktadır. Örneğin 1993 yılında 149 mahkumun, 1994 yılında 134 mahkumun, 1995 yılında ise 5 mahkumun ölüm cezası Devlet Başkanı tarafından bağışlanmıştır (BOYSOVA, <http://ecsocman.hse.ru/data/857/561/1216/005bOJCOWA.pdf>, s.50.).

⁴⁴ TASS: 20 Let Bez Smernoy Kazni (Ölüm Ceza Olmadan 20 Sene), <https://tass.ru/politika/3503703>, Erişim Tarihi: 22.2.2020.

⁴⁵ POBEYGALO, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, s.28.

Hakkında Federal Kanun Teklifi, Devlet Duması tarafından 14.03.1997 tarihinde reddedilmiştir⁴⁶.

Gerek Rusya Federasyonu Anayasası ve gerek Rusya Federasyonu Ceza Kanunu'nda sadece jüri katımlı mahkemelerin ölüm cezası verebileceği hükme bağlanmıştır. Buna bağlı olarak Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 2.2.1999 tarih ve 3-P sayılı kararıyla Rusya Federasyonu Anayasası'nın 20. maddesinde öngörülen jüri katımlı mahkemeler kuruluncaya kadar mahkemelerin ölüm cezası veremeyeceklerini karara bağlamıştır. 1999 yılında Rusya Federasyonu'nun sadece 9 federe unsurlu jüri katımlı mahkemeler faaliyet göstermekte idi⁴⁷. Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında, ölüm cezasına hükmedilebilmesi için Rusya Federasyonu'nun belli bölgelerinde değil tüm bölgelerinde jüri katımlı mahkemelerin kurulması gerektiğini, aksine bir tutumun eşitlik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini ifade etmiştir⁴⁸. Anayasa Mahkemesinin 1999 tarihli kararından günümüze kadar Rusya Federasyonu'nda ölüm cezası hem verilmemekte hem de uygulanmamaktadır⁴⁹.

1.1.2010 tarihinde son bölge Çeçenistan Cumhuriyeti olmak üzere Rusya Federasyonu'nun tüm bölgelerinde jüri katımlı mahkemeler faaliyete geçmişlerdir⁵⁰. Fakat bu tarihten önce 29.10.2009 tarihinde Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesi ölüm cezasının uygulanabilirliği konusunda Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesine başvurmuştur⁵¹.

⁴⁶ BOYSOVA, <http://ecsocman.hse.ru/data/857/561/1216/005bOJCOWA.pdf>, s.50; PETRUHİN, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, s.85.

⁴⁷ SİDORKİN, A., "Problemi Otmenı Smertnoy Kazni Skvoz Prizmu Obşih Prinsipov Prava (Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Ölüm Cezasının Kaldırılması Sorunu)", Vestnik RUDN, Seriya Yuridicheskiye Nauki, No: 4, 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/problema-otmeny-smertnoy-kazni-skvoz-prizmu-obschih-printsipov-prava/viewer>, Erişim Tarihi: 29.3.2020, s.29.

⁴⁸ Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 2.2.1999 tarih ve 3-P tarihli kararı için bkz. <http://base.garant.ru/1351637/>, Erişim Tarihi: 13.2.2020.

⁴⁹ KOMİSSAROV / KRILOVA / TYAJKOVA (Ed.), s.607.

⁵⁰ POBEYGALO, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, s.29.

⁵¹ ZAGARİNA, Anna, "Rossiya i Smernaya Kazn, Vmeste ili Prozn ... (Rusya ve Ölüm Cezası, Birlikte veya Ayrıca ...)" Vestnik Samarskoy Gumanitarnoy Akademii, Seriya: Pravo, No: 1 (7), 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/rossiya-i-smertnaya-kazn-vmeste-ili-prozn/viewer>, 29.03.2020, s.6.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 19.11.2009 tarih ve 1344-O-P sayılı kararıyla Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen jüri katıllımlı mahkemeler kurulsa bile mahkemelerin ölüm cezası veremeyeceklerini karara bağlamıştır. Anayasa Mahkemesine göre, 6 Numaralı Protokol Rusya Federasyonu tarafından henüz onaylanmamış olsa bile Rusya Federasyonu Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrıldığı yönünde resmi bir beyanda bulunmuş değildir. Başka bir ifadeyle Anayasa Mahkemesine göre, jüri katıllımlı mahkemelerin ölüm cezasına hükmedebilmeleri için Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması gerekmektedir⁵².

Bu kararla birlikte, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi 1999 tarihinde ilan ettiği ölüm cezasına hükmedilemeyeceği yönündeki moratoryumun uzatılmasına karar vermiştir. Doktrinde Anayasa Mahkemesinin kararının hukukilikten çok siyasi nitelikte olduğunu savunan yazarlar bulunmaktadır⁵³.

Günümüzde Rusya Federasyonu'nda ölüm cezasını yasaklayan hukuk normunu Anayasa Mahkemesinin 19.11.2009 tarih ve 1344-O-P sayılı kararı oluşturmaktadır.⁵⁴

Uygulamada ölüm cezası bağışlanma suretiyle genellikle müebbet hapis cezasına çevrilmektedir. Devlet Başkanı tarafından 1998 yılında ölüm cezası bağışlanarak müebbet hapis cezasına çevrilen bir mahkum, 14 sene sonrasında anayasa ve ceza kanununda öngörülen "Mahkeme kararı olmaksızın hiç kimsenin özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağı" ilkesinin ihlal edildiğini, ayrıca cezasının daha ağır bir cezaya çevrildiğini ve dolayısıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 7. maddesinin⁵⁵ ihlal edildiğini ileri sürerek bağışlama kararının hukuka aykırı olduğu

⁵² Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 19.11.2009 tarih ve 1344-O-P sayılı kararı için bkz. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_94045/a35423ae3af202fcc4ee35270a172417854d0260/, Erişim Tarihi: 13.2.2020.

⁵³ POBEYGALO, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, s.29.

⁵⁴ DYADYUN, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>.

⁵⁵ 4.11.1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Kanunsuz Ceza Olmaz İlkesi" başlıklı 7. maddesine göre, "Hiç kimse işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre bir suç sayılmayan bir fiil veya ihmalden dolayı mahkum edilemez. Yine hiç kimseye, suçun işlendiği sırada uygulanabilecek olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez."

iddiasıyla Rusya Federasyonu Yüksek Mahkemesine başvurmuştur. Ancak Yüksek Mahkeme, mahkumun Devlet Başkanının kararına karşı dava açma süresini geçirdiğini ve ayrıca mahkum hakkında cezanın mahkeme tarafından verildiğini, Devlet Başkanının hümanizm ilkesinden yola çıkarak yasal bağışlama yetkisini kullandığını, cezanın ağırlaştığından sözü edilmeyeceğini ifade ederek bu talebin reddine karar vermiştir⁵⁶.

SONUÇ

Son yıllarda modern ceza kanunlarında ölüm cezası uygulamasına son verildiği ve ölüm cezasının genellikle baskıcı ceza kanununa sahip olan gelişmemiş ülkelerde bulunduğu görülmektedir.

Avrupa Konseyi'ne üye olmakla birlikte ölüm cezası sorununun Rusya Federasyonu'nda kesin bir çözüme kavuşturulmadığı görülmektedir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 19.11.2009 tarih ve 1344-O-P sayılı kararının ölüm cezasının geçici olarak durdurmaya yönelik olduğu söylenebilir. Ayrıca Anayasa Mahkemesinin kararında ölüm cezası tamamen yasaklanmış olmayıp, ölüm cezasının uygulanabilirliği Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinin devam edip etmemesine bağlı tutulmuştur. Bu durum, Rusya Federasyonu'nun Avrupa Konseyi üyeliğinden ayrılması durumunda mahkemelerin ölüm cezası kararları vermesine imkan tanımaktadır.

Ölüm cezasının kaldırılıp kaldırılmayacağına yönelik tercihin yasa organına ait olduğu ortadadır. Rusya Federasyonu'nda ölüm cezası sorununun çözülememesinin sebebi daha çok yürütme değil, bu konuda konusunda kararlılık gösteremeyen kanun koyucunun tutumundan kaynaklanmaktadır⁵⁷. Günümüzün Rusya Federasyonu Devlet Başkanı olan Vladimir Putin de çok kez ölüm cezasına karşı olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık Federal Meclisin Devlet Duması tam tersine Devlet

⁵⁶ PRAVO.RU Novosti (Haberler) 20.05.2011: Prigoverenny k Smernoy Kazni Osporil v Verhovny Sud Ukaz o Svoem Pomilovanii Kak Negumannyy (Ölüm Cezası Mahkumu Kendisinin Bağışlanması Hakkındaki Kararnameyi "İnsancıl Olmadığı" İddiasıyla Yüksek Mahkemede Tartışmaya Açtı), <https://pravo.ru/news/view/54350/>, Erişim Tarihi: 1.3.2020.

⁵⁷ POBEYGALO, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, s.29.

Başkanından ölüm cezası konusundaki moratoryumun kaldırılmasını talep etmiştir⁵⁸.

Önemle ifade etmek gerekir ki, Rusya Federasyonu barış zamanında ölüm cezasını yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 6 Numaralı Protokolü imzalamakla birlikte, bu ceza türünü her dönemde yasaklayan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 13 Numaralı Protokolü imzalamış değildir. Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 19.11.2009 tarih ve 1344-O-P sayılı kararında da savaş zamanında ölüm cezasının uygulanabilirliği konusunda bir tartışma yapılmış değildir. Bu durum Rusya Federasyonu'nda savaş zamanında ölüm cezasının uygulanmasının yolunu açmaktadır.

⁵⁸ DYADYUN, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>.

KAYNAKLAR

- BOYSOVA, Viktoriya, “Otnoşeniya k Smertnoy Kazni v Zarubejnıh Gosudarsv, Rosii i Soveta Evropı (Yabancı Devletlerin, Rusya’nın ve Avrupa Konseyi’nin Ölüm Cezasına Yaklaşımı)”, *Obşestvenniye Nauki i Sovremennost*, No: 1, 2000, <http://ecsocman.hse.ru/data/857/561/1216/005bOJCOWA.pdf>, Erişim Tarihi: 28.3.2020.
- ÇUÇAEV, Aleksandr / NIRKOVA, Natalya (Ed.), *Ugolovnoye Pravo Rossii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçebnik (Ders Kitabı), İzdatelstvo Feniks, Rostov-na-Donu 2009.*
- DÖNMEZER, Sulhi / ERMAN, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım, Cilt II, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 1999.*
- DYADYUN, Kristina, “Smertnaya Kazn: Plyusı i Minusı v Sovremennom Obşestve (Ölüm Cezası: Modern Toplumda Artıları ve Eksileri)” *Universum: Ekonomika i Yurisprudensiya*, No: 7 (18), 2015, <http://7universum.com/ru/economy/archive/item/2314>, Erişim Tarihi: 7.3.2020.
- KOMİSSAROV, Vladimir / KRILOVA, Natalya / TYAJKOVA, İrina (Ed.), *Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Statut, Moskva 2012.*
- KOROLKOV A. (Ed.), *Kommentariy k Ugolovnomu Kodeksu Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Kanunu’nun Şerhi), İzdatelstvo EKSMO, Moskva 2004.*
- KOZAÇENKO, İvan / NEZNAMOVA, Zinaida (Ed.), *Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo İnfra.M-Norma, Moskva 1997.*
- KOZAÇENKO, İvan / NOVOSELOV, Gennadiy, *Ugolovnoye Pravo (Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurayt, Moskva 2018.*
- KUDRYAVSEV, Vladimir / NAUMOV, Anatoliy / LUNEEV, Viktor, *Ugolovnoye Pravo Rossii (Rusya Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2006.*

KUZNESOVA, Ninel / TYAJKOVA, İrina (Ed.), Kurs Ugolovnogo Prava (Ceza Hukuku Dersleri), Obşaya Çast (Genel Kısım), Uçeniya o Prestuplenii (Suç Hakkında), Tom 1 (1. Cilt), İzdatelstvo Zersalo, Moskva 2002.

MİHLİN Aleksandr (Ed.), Ugolovnoye Pravo Rossiyskoy Federasii (Rusya Federasyonu Ceza Hukuku), Obşaya Çast (Genel Kısım), İzdatelstvo Yurist, Moskva 2004.

NAUMOV, Anatoliy, Rusya Cinayet Hüququ, Ümumi Hisse, (Tercüme: Qurbanov H.), Qanun Neşriyyatı, Bakı 1998.

ÖNDER, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.

PETRUHİN, İgor, “Pravo Na Jizn i Smertnaya Kazn (Yaşam Hakkı ve Ölüm Cezası)”, Obşestvennyye Nauki i Sovremennost, No: 5, 1999, <http://ecsocman.hse.ru/data/423/343/1217/008pETRUHIN.pdf>, Erişim Tarihi: 9.1.2020.

POBEYGALO, Eduard, “O Prestupnosti v Rosii i Problema Smertnoy Kazni (Rusya’da Suç ve Ölüm Cezası Problemi Hakkında)”, Evraziyskiy Forum, No: 1 (2), 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/o-prestupnosti-v-rossii-i-probleme-smertnoy-kazni-1>, Erişim Tarihi: 12.2.2020.

PRAVO.RU Novosti (Haberler) 20.05.2011: Prigoverenniy k Smernoy Kazni Osporil v Verhovny Sud Ukaz o Svoem Pomilovanii Kak Negumanniy (Ölüm Cezası Mahkumu Kendisinin Bağışlanması Hakkındaki Kararnameyi “İnsancıl Olmadığı” İddiasıyla Yüksek Mahkemede Tartışmaya Açtı), <https://pravo.ru/news/view/54350/>, Erişim Tarihi: 1.3.2020.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 2.2.1999 Tarih ve 3-P Tarihli Kararı, <http://base.garant.ru/1351637/>, Erişim Tarihi: 13.2.2020.

Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesinin 19.11.2009 Tarih ve 1344-O-P Sayılı Kararı, http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_94045/a35423ae3af202fcc4ee35270a172417854d0260/, Erişim Tarihi: 13.2.2020.

Rusya Federasyonu Devlet Başkanlığının Resmi Web Sitesi, <http://krem-lin.ru>, 10.3.2020.

Rusya Federasyonu Dışişleri Bakanlığının Resmi Web Sitesi
<https://www.mid.ru>, 29.3.2020.

SİDORKİN, A., “Problemı Otmenı Smertnoy Kazni Skvoz Prizmu Obşih Prinsipov Prava (Hukukun Genel İlkeleri Bağlamında Ölüm Cezasının Kaldırılması Sorunu)”, Vestnik RUDN, Seriya Yuridiceskiye Nauki, No: 4, 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/problem-otmeny-smertnoy-kazni-skvoz-prizmu-obschih-printsipov-prava/viewer>, Erişim Tarihi: 29.3.2020.

STEPENKO, A. / NİKULİNA, O., “İsklyuçitelniye Sluçai Primineniya Smertnoy Kazni (Ölüm Cezasının Uygulanmasında İstisnai Haller” Uçeniye Zametki TOGU, Tom 5 (Cilt 5), No: 4, 2014, http://pnu.edu.ru/media/ejournal/articles-2014/TGU_5_212.pdf, 11.1.2020.

TASS: 20 Let Bez Smernoy Kazni (Ölüm Ceza Olmadan 20 Sene), <https://tass.ru/politika/3503703>, Erişim Tarihi: 22.2.2020.

VASİLEV, Aleksey, “Smernaya Kazn v Rosii: Vısshaya, İsklyuçitelnaya Mera Nakazaniya, Ustraşeniya ili Politika? (Rusya’da Ölüm Cezası: Yüksek, İstisnai Ceza Tedbiri, Gözdağı mı? Siyaset mi?)”, No: 4, 2013, https://nbpublish.com/library_read_article.php?id=674, Erişim Tarihi: 22.02.2020.

ZAGARİNA, Anna, “Rossiya i Smernaya Kazn, Vmeste ili Prozn ... (Rusya ve Ölüm Cezası, Birlikte veya Ayrıca ...)” Vestnik Samarskoy Gumanitarnoy Akademii, Seriya: Pravo, No: 1 (7), 2010, <https://cyberleninka.ru/article/n/rossiya-i-smertnaya-kazn-vmeste-ili-porozn/viewer>, 29.03.2020.

ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKTA İŞGALE İLİŞKİN HUKUKİ MESELELER

Dr. Öğr. Üyesi Gökhan ALBAYRAK*

Öz

Bir silahlı çatışmada, askeri tarafların sıklıkla işgal yöntemine başvurduğu görülmektedir ve bu yüzden işgal kavramı uluslararası insancıl hukukun önemli meselelerinden biridir. İşgal durumunda işgal eden gücün ve işgal edilen topraklarda yaşayanların hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu hakkında uluslararası insancıl hukukta düzenleme ihtiyacının olduğu şüphesizdir ve bu konuda özellikle La Haye Yönetmeliği ve Cenevre Sözleşmeleri'nde epey hüküm yer almıştır. Fakat işgalin ne zaman başladığı ve sona erdiği, işgalin mekanı, işgalci gücün yükümlülüklerinin kapsamı gibi meselelerde işgal hukuku bağlamında tartışmalar vardır ve bu tartışmalar uluslararası hukuk alanında uzun zamandan beri sürmektedir. Bu bağlamda makalenin amacını işgalin kavramsal açıdan aydınlatılması ve işgal hukukunun tartışmaları konusunda gerçekçi ve uluslararası insancıl hukukun mantığına uygun öneriler sunulması hususları oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İşgal • İşgal Hukuku • Uluslararası İnsancıl Hukuk • İşgalci Güç • Silahlı Çatışma

* Dr. Öğr. Üyesi, Kırklareli Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi, Uluslararası İlişkiler Bölümü, Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Kırklareli, Türkiye | Asst. Prof., Kırklareli University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Relations, Chair of International Law, Kırklareli, Turkey.

✉ albayrak87@gmail.com • ORCID 0000-0002-1205-2479

📖 **Atıf Şekli** | Cite As: **ALBAYRAK** Gökhan, "Uluslararası İnsancıl Hukukta İşgale İlişkin Hukuki Meseleler", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 445-471.

📖 **İntihal** | **Plagiarism**: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE LEGAL MATTERS ABOUT OCCUPATION IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Abstract

The military armies often adopt the method of occupation in armed conflicts and for this reason the concept of occupation is the one of important issues of international humanitarian law. The need of regulation in international humanitarian law about the scope of rights and obligations of occupants as well as civilians living in the occupied territories is obvious and there are great number of rules about this subject in Hague Regulations and Geneva Conventions. But the law of occupation has a series of debates such as beginning and end of occupation, the place of occupation, the scope of the obligations of the occupants and these debates continue for a long time in international law. Concordantly the aim of this paper is to enlighten the concept of occupation and to present offers that are realistic and logical for international humanitarian law about the debates of the law of occupation.

Key Words

Occupation • The Law of Occupation • International Humanitarian Law • Occupant • Armed Conflict

I. GİRİŞ

İşgal (occupation) olgusu, askeri eylemlerin en eski ve en çok karşılaşılanlarından biridir.¹ Ayrıca işgal kavramı, 1874 Brüksel Deklarasyonu'ndan bu yana uluslararası insancıl hukuk ile ilgili olan askeri el kitapları, bildiriler ve sözleşmelerde yer almıştır. İşgal kavramı ve olgusu günümüzde de hala önemli ve sıcak bir uluslararası hukuk konusudur ve hala üzerinde mühim tartışmalar yer almaktadır. İşgal halinde, işgal edilen topraklar bakımından işgal hukukuna (law of occupation) ait kurallar uygulama alanına girer. Bu hukukun kuralları, *ratione personae* uygulanırlık bakımından işgal eden kuvvetler ve işgal edilen yerin kuvvetleri ve

¹ İşgal olgusu ile birlikte özellikle 19. yüzyılda ve 20. yüzyılın başlarına kadar devletlerin fetih hakkından da (the right of conquest) söz edilirdi. Bir savaş sonucu diğer bir devletin toprağını kontrol altına alan devletin, o toprakları kendi ülkesine katabilme hakkı da söz konusuydu. Bu durumda işgal gibi geçici bir statü değil, kalıcı bir hal yaratılmış olurdu. Fakat kontrol eden devletin fetih gibi bir niyeti de olmayabilirdi ve bu durumda yine işgal statüsü gündeme gelirdi. GROSS, Aeyal, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, s. 21.

halkı için belli haklar ve yükümlülükler doğurur. Bunun yanında işgal hukukunun uygulanması açısından işgalin ne zaman başladığı ve ne zaman bittiği (ratione temporis uygulanırlık) önem arz eder.

İşgalin hukuki anlamda ne ifade ettiği ahdi uluslararası hukukta 1907 La Haye Yönetmeliğinin 42. maddesiyle ortaya konulmuştur. Bu hükme göre “ülke, fiili olarak düşman ordusunun otoritesi altına geçtiğinde işgal edilmiş olarak addedilir”². Bu hükümde öngörülen “düşman ordusunun otoritesi altına geçme” durumu yoruma epey açık bir ifadedir. Dolayısıyla işgal hukukunun zamansal olarak uygulanabilirliği hususunda konunun aydınlatılmasına ihtiyaç vardır.

İlk olarak konu hakkında üstünde durmamız gereken husus, bir işgalin başlangıcı noktasında istila (invasion) ile işgal zamanlarının birbirinden ayrılmasıdır. Bir düşman ordusu yabancı ülkeye girdiğinde, o ülkede otoritesini kurana kadar orayı istila etmiş sayılır, ancak ülkede otorite kurduğu anda işgalci statüsüne geçer. Yani işgal bir anlamda istila ile birlikte bir toprağı etkin bir şekilde kontrol etmeyi içerir.³ Nürnberg Askeri Mahkemesi’ndeki Wilhelm List ve Diğerleri davasında mahkeme konu hakkında şöyle bir ifadeye yer vermiştir:

“İşgal, kurulu hükümeti devre dışı bırakarak idari otoriteyi uygulamayı gösterirken, istila terimi bir askeri operasyonu kast etmektedir.”⁴

Yine Lassa Oppenheim’in belirttiği üzere, istila düşman ordularının ülkeye girmesi safhasını anlatmaktadır, bunun haricinde işgal ise istila fiili ile birlikte bir toprak parçasını kontrol altına alma ile ilgilidir.⁵ Yani işgalci tuttuğu toprak üzerinde bir çeşit yönetim oluşturduğu halde, istila edende bu husus görülmemektedir.

Fakat şunu belirtmek gerekir ki, işgal durumu her zaman istila eylemini takip etmeyebilir. Örneğin bir devlet başka bir ülkenin toprağında

² Convention Respecting Laws and Customs of War on Land (Hague IV); October 18, 1907, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp, Erişim Tarihi: 8.7.2019.

³ DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, s. 38.

⁴ Trial of Wilhelm List and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg (1948), *Law Reports of Trials of War Criminals*, Vol VIII, London, 1949, s. 55.

⁵ OPPENHEIM, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. II: War and Neutrality, Third Edition, Longmans Green and Co., London, 1921, s. 233.

rıza ile bulunuyorsa ve bu rıza geri alındı ise bu durumda rıza ile ülkeye yerleşen devletin güçleri işgalci konumuna düşebilir.

Marco Sassoli, yukarıda belirttiğimiz 42. madde bağlamında bir işgalden söz edilebilmesi için üç kriterin bulunması gerektiğinden söz etmektedir. Buna göre bir işgalin varlığı, (1) bir devletin başka bir devletin toprağı üzerinde etkin kontrolü sağlaması, (2) istila edilen devletin söz konusu toprak üzerindeki etkin kontrolünü yitirmesi ve (3) bunun istila edilen devletin rızası dışında olmasına bağlıdır.⁶ Bu üç kriter açısından bir işgalin başlaması ve bitişi meselesini işgal hukukunda gündeme gelen çeşitli hususlar yönünden incelemek yararlı olabilir. Belirteceğimiz bu hususlar bir işgalin ne zaman başladığı ve buna doğrudan bağlı olarak ne zaman sona erdiği meselesini aydınlatacaktır. Fakat öncelikle açıklığa kavuşturmamız gereken sorun, işgal durumunda uluslararası insancıl hukukun nasıl devreye girdiğı veya diğeri bir deyişle işgal halinin nasıl uluslararası insancıl hukuk alanına dahil olduğudur.

II. İŞGAL HALİNDE ULUSLARARASI İNSANCIL HUKUKUN UYGULANMASI

İşgal olgusunun bir uluslararası insancıl hukuk meselesi olması ve dolayısıyla işgal halinde uluslararası insancıl hukuk kurallarının *lex specialis* olarak devreye girmesi hususu öncelikle incelenmesi gereken bir konudur. Belirtmek gerekir ki, uluslararası insancıl hukuk silahlı çatışmalar esnasında uygulanan bir hukuk alanıdır ve bu hukuk alanının uygulanır hale gelmesi için ortada silahlı çatışmanın bulunması gerekir.⁷ Silahlı çatışmanın ne olduğu konusunda evrensel bir kabul olmasa da genellikle kabul edildiğı üzere bir silahlı kuvvet kullanımı veya çatışmanın olması, bu çatışmanın süregelen bir niteliğinin olması, çatışmaya katılan grupların organize yapıda olması ve çatışmanın bu gruplar arasında vuku bulması (devlet silahlı güçleri arasında veya bu güçler ile devlet dışı silahlı

⁶ SASSOLI, Marco, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019, s. 305.

⁷ DÜLGER, Kenan, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğı*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 29.

aktörler ya da bu devlet dışı silahlı aktörler arasında) unsurlarına bakılmaktadır.⁸

Silahlı çatışma ise uluslararası insancıl hukukta ikiye ayrılmaktadır: Uluslararası nitelikte silahlı çatışma ve uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma. İşgal olgusunun uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma ile bağdaşmayacağı açıktır. Çünkü uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışmalarda, silahlı çatışma devlet güçleri ile devlet dışı örgütlü silahlı aktörler arasında veya devlet dışı bu aktörlerin kendi arasında vuku bulmaktadır.⁹ İşgal olgusunda ise devlet güçlerinin başka bir devlet toprağında askeri kontrol uygulaması ciheti olduğu için bu çatışma türünün dışında kalır. Dolayısıyla geriye uluslararası nitelikte silahlı çatışmalar ve bu çatışmalar bağlamında işgal durumunda uluslararası insancıl hukukun uygulanması hususu kalmaktadır. 1949 Cenevre Sözleşmeleri'nin Ortak 2. Maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

“Sulh zamanında yürürlüğe girecek olan hükümleri hariç, işbu Sözleşme harb ilânında yahut iki veya mütaaddit Yüksek Âkîd Taraf arasında çıkabilecek silâhlı anlaşmazlık halinde, harb hali bunlardan biri tarafından tanınmasa dahi, uygulanacaktır.

Sözleşme, aynı zamanda, Yüksek Âkîd Taraflardan birinin topraklarının kısmen veya tamamen işgali halinde, bu işgal hiçbir askerî mukavemetle karşılanmasa dahi, uygulanacaktır.

Anlaşmazlık halindeki Devletlerden biri işbu Sözleşmeye taraf teşkil etmiyorsa, buna taraf olan Devletler karşılıklı münasebetlerinde Sözleşmeye bağlı kalacaklardır. Bundan başka, bu Devletler, taraf olmayan Devletçe Sözleşme hükümleri kabul ve tatbik edildiği takdirde, o Devlete karşı Sözleşme ile bağlı olacaklardır.”¹⁰

⁸ SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima, 2012, s. 30.

⁹ TAŞDEMİR, Fatma, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, ss. 91-135.

¹⁰ İlgili çeviri Türkiye Cumhuriyeti Resmi Gazete'den alınmıştır. Türkiye 1949 Cenevre Sözleşmelerine taraf olduğu için mezkur sözleşmelerin çevirisi Resmi Gazete'de yer almaktadır: T. C. Resmi Gazete, Sayı: 8322, 30 Ocak 1953. Fakat belirtmek gerekir ki bu maddenin çevirisi Resmi Gazete'de yer alan Cenevre Sözleşmeleri bakımından her nedense aynı değildir ve çevirilerde farklılıklar bulunmaktadır. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I Nolu Protokol'ün (1977) 1.

Maddenin ikinci fıkrasına baktığımızda işgal halinde Sözleşmenin, yani uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. Bu fıkrada öngörüldüğü şekliyle işgal hiçbir askeri mukavemetle karşılaşmasa dahi, yani aslında bir silahlı çatışma maddi olarak vuku bulmasa da uluslararası insancıl hukuk hükümleri devreye girecektir. Belirtmek gerekir ki, bu maddenin tarihsel olarak kaynağı İkinci Dünya Savaşında 1940 yılında Nazi Almanyasının Danimarka'yı işgali tecrübesine dayanır.¹¹ Bu işgal olayında Danimarka, Alman ordusunun üstünlüğü dolayısıyla işgale karşı direnmeme kararı almıştı. Bu yüzden benzer durumlarda da uluslararası insancıl hukuk kurallarının uygulanır olması düşünüldü. Böylelikle diyebiliriz ki her halükarda işgal durumları da uluslararası insancıl hukukun alanına ve uygulama sahasına girmektedir. Zaten şunu da ayrıca belirtmek gerekir ki, işgal durumuna uluslararası insancıl hukukun uygulanması yukarıdaki maddenin 2. fıkrası olmasaydı dahi, 1. fıkrasının yorumundan çıkarılabilirdi. Çünkü 1. fıkranın yorumu bağlamında, savaş halinin kabulü için bir devlet ordusunun başka bir devlet ülkesine giriş yapması yeterlidir.¹² Yani işgal öncesindeki istila hali de uluslararası nitelikte silahlı çatışma kategorisine girer. Bu hususu belirttikten sonra bir işgalin varlığı için ne tip unsurların gerektiği ve işgal hukukunun temel özelliklerine değinmekte yarar vardır.

III. İŞGAL KAVRAMININ VE HUKUKUNUN TEMEL ÖZELLİKLERİ

İşgal terimi, iç hukukta ve özel olarak medeni hukukta sahibi olmayan taşınmaz üzerinde zilyetlik kurulması anlamına gelir.¹³ Böylece işgal ile taşınmazın mülkiyetinin kazanılması söz konusu olur. Uluslararası hukukta ise işgalin böyle bir anlam taşıması günümüzde pratik olarak söz

Maddesinde uygulama alanı olarak Ortak 2. Maddeye atfı yapılmıştır ve bu nedenle Ek I Nolu Protokol de işgal durumlarında uygulanacaktır.

- ¹¹ Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, ICRC, 2016, prg. 286.
- ¹² SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "El Ámbito de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario: Desarrollos Recientes", Agenda Internacional, No. 23, 2006, ss. 59-60.
- ¹³ OĞUZMAN, M. Kemal, SELİÇİ, Özer, OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 324.

konusu olamaz. Çünkü yeryüzü üzerinde sahipsiz toprak, terra nullius, birkaç küçük istisna dışında kalmamıştır. Fakat teorik olarak işgalin toprak kazanma yollarından birini teşkil ettiğini de belirtmemiz gerekir.¹⁴ Bu anlamında işgal terimi “sahipsiz bir ülkeyi, o ülkeyi egemenliğine tabi kılmak niyet ve iradesiyle, o ülkede egemenliğini kullanarak, kazanmasıdır”¹⁵. İşgalin bu anlamında kullanılması günümüzde pek karşılaşılabılır bir durum değildir. Bu yüzden uluslararası hukukta işgal terimi kullanıldığında, genellikle askeri anlamda bir toprağın kontrol altına alınması bağlamında işgal (belligerent occupation) anlaşılır. Bu makalenin konusu noktasında işgalden, bu son bağlamdaki anlamıyla işgalden bahsedilecektir.

Bir yabancı ülke toprağını kontrol altına almak, orada yaşayan halkın can ve mal güvenliğinin sağlanması ihtiyacını da doğurur. Çünkü savaşın veya bir silahlı çatışmanın tarafları silahlı güçlerdir. Sivil halk ve dolayısıyla sivil mallar bu çatışmaların tarafları değildir ve korunmalıdırlar. Bu durum insancıl hukukun en temel ilkelerinden¹⁶ olan ayırım ilkesini doğurmuştur. Bu ilke bir silahlı çatışmada askeri ve sivil hedeflerin ayrılması ve sivillere zarar verilmemesi anlamına gelir. Dolayısıyla bir askeri işgal söz konusu olduğunda da status quo ante'nin yani işgalden önceki düzenin mümkün olduğu ölçüde korunması gerekir. Bu durum da konuya özgülenmiş bir işgal hukukunun (law of occupation) doğmasına yol açmıştır. Bu bağlamda belirtebiliriz ki, işgal hukukunda üç menfaatin korunması arasında bir denge kurulması söz konusu olur. İşgal rejimi işgal altındaki topraklardaki sivillerin korunması, işgal edilen devletin devam eden menfaatlerinin ve haklarının korunması ve de işgalci gücün güvenlik menfaatlerinin korunması arasında bir dengedir denebilir.¹⁷

¹⁴ GRANT, John P., BARKER, J. Craig, Parry & Grant Encyclopaedic Dictionary of International Law, Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 435.

¹⁵ TOLUNER, Sevin, Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi, Beta Basım, İstanbul, 1996, s. 11.

¹⁶ İnsancıl hukukun temel ilkeleri hakkında bakınız. ALBAYRAK, Gökhan, “İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları”, Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Ed. Fatma Taşdemir, Gökhan Albayrak, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, ss. 15-36.

¹⁷ BOTHE, Michael, “Friedenssicherung und Kriegsrecht”, Völkerrecht, Ed. Wolfgang Graf Vitzthum, Alexander Proelß, De Gruyter, Berlin, 2016, s. 655.

İşgal hukukunun kendine özgü bazı temel özellikleri ve ilkeleri bulunmaktadır. Öncelikle işgal hukukunun devreye girebilmesi için düşman toprağını kontrol altına almak gerekir. Düşman olmayan devletin toprağını rızaya dayalı olarak kontrol altına almak işgal hukukunu devreye sokmaz.¹⁸ İkinci Dünya Savaşı'nda İngilizlerin İzlanda'yı işgali bu son duruma örnektir.¹⁹ Düşman toprağının kontrol altına alınması şartından sonra işgal hukukunun değişik özellikleri bulunmaktadır. Bunların başında işgalin, işgalci güce işgal ettiği toprak üzerinde egemenlik yetkisi vermemesi gelmemektedir.²⁰ Sadece işgal fiili dolayısıyla işgal edilen devlet yok olmamaktadır. Uluslararası hukukun temel ilkelerinden biri olan kuvvet kullanma ile toprak kazanma yasağı ile bu durum arasında doğrudan bir bağ söz konusudur. İşgal edilen toprağın ilhak edilmesi (annexation) yasaktır. İşgalci güç, işgal edilen toprak üzerinde geçici bir yönetici konumundadır. İkinci husus, işgalci gücün işgal ettiği toprak üzerinde kalıcı değişiklikler yapamayacağıdır. İşgalci güç örneğin, işgal topraklarındaki yargısal sistemi veya hükümet sistemini değiştiremeyecektir. Yine işgalci güç, işgal ettiği toprak üzerinde yaşayan halkın yerleşim yerlerini zorla değiştiremeyecektir.²¹ Üçüncü husus ise işgalin, geçici bir statü olmasıdır. İşgal geçici bir statüdür ve işgalin başlaması ve bitişi arasındaki sürede gerçekleşecek ilişkilerin düzenlenmesi söz konusudur. Fakat işgalin azami bir süresi uluslararası hukukta öngörülmemiştir.²² Nitekim İsrail'in 1967 yılında başlayan Filistin topraklarını işgali gibi uzun süreli işgallere rastlanabilmektedir.

İşgal kavramının ve hukukunun genel bazı temel özelliklerine değindikten sonra işgalin varlığı konusundaki birkaç tartışmaya özel bir yer

¹⁸ BLEDSOE, Robert L., BOCZEK, Boleslaw A., *The International Law Dictionary*, ABC Clio, Santa Barbara, 1987, s. 352.

¹⁹ Bu tür işgallere, askeri işgallerden farklı olarak barışçıl işgal (pacific occupation) denilmektedir. Bu tür bir işgal, bir devletin başka bir devletle anlaşarak o devleti işgal etmesi veya işgale uğrayacak devletin daveti ile mümkün olur. BOTHE, Michael, "Occupation, Pacific", *Encyclopedia of Public International Law*, Instalment 4, Ed. Rudolf Bernhardt, North-Holland Publishing, Amsterdam, 1982, ss. 67-69.

²⁰ CUYCKENS, Hanne, *Revisiting the Law of Occupation*, Brill, Leiden, 2018, s. 70.

²¹ CUYCKENS, Hanne, a.g.e., s. 73.

²² BENVENISTI, Eyal, *The International Law of Occupation*, Princeton University Press, Princeton, 1993, s. 145.

vermek zaruri gözükmektedir. Bunlar bir işgalin varlığı için işgal edilen toprakta işgalci gücün personelinin varlığının gerekip gerekmediği sorunsalı ile işgale karşı direnişin işgal durumu üzerindeki etkisi meselesidir. Ayrıca işgalin mekansal boyutu, işgalcinin statüsü ve işgalin sona ermesi hususlarına da işaret etmek gerekmektedir.

A. İşgalin Varlığı için İşgal Edilen Toprakta İşgalci Gücün Personelinin Varlığının Gerekip Gerekmediği Sorunu

Bir işgalin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda işgal edilen toprak üzerinde işgalci gücün personelinin varlığının gerekip gerekmediği bir tartışma konusu olmuştur. Kimi yazarlar, personel varlığının gerekliliğini savunurken, kimi yazarlar ise personel varlığından çok söz konusu toprak üzerindeki kontrolün varlığının belirleyici olduğunu savunmaktadır. Bu husus bağlamında özellikle son yıllarda tartışma konusu olan Gazze'nin statüsü belirleyici bir örnek oluşturmaktadır.

Gazze'nin İsrail tarafından işgali, 1967 Arap-İsrail savaşına dayanmaktadır ve bu savaşla birlikte İsrail Batı Şeria ve Golan Tepeleri ile birlikte Gazze şeridini de işgal etmiştir. İşgal edilen yerlerde İsrail, kapsayıcı bir hukuki sistem kurmuş, fakat bu hukuk bu bölgelere yerleşen Yahudilere uygulanmamıştır. Gazze ve Batı Şeria'da, işgalden önce uygulanan İsrail'in çıkarlarına uygun olan Ürdün ve Mısır kanunları²³ desteklenmiş, diğerleri ise İsrail tarafından ya kaldırılmış ya da değiştirilmiştir.²⁴ Bir bakıma kurduğu hukuki sistem ile İsrail, işgali sisteme oturtmak istemiştir. İsrail Yüksek Mahkemesi de bu sırada, İsrail'in işgal ettiği Batı Şeria ve Gazze'den gelen Filistinlilerin başvurularını kabul etmiş ve bu bölgelerde askeri otoritelerin, yetkilerini insancıl hukuka göre kullanmalarına dair kararlar vermiştir.²⁵ 2005 yılında ise İsrail, personelinin Gazze şeridinden çekme kararı almıştır ve bu durum işgalin bitip bitmediği noktasında da çeşitli görüşlerin oluşmasına yol açmıştır.

²³ Gazze Şeridinde Mısır kanunları, Batı Şeria'da Ürdün kanunlarının bir kısmı uygulanmıştır.

²⁴ GORDON, Neve, *Israel's Occupation*, University of California Press, California, 2008, s. 27.

²⁵ GORDON, Neve, a.g.e., s. 33.

Günümüzün teknolojik şartlarında işgalin varlığı için işgalci gücün personelinin işgal edilen topraktaki varlığına odaklanmak gereksizdir denebilir. Asıl odaklanılması gereken husus, işgal edilen toprakta işgalci gücün etkin kontrolünün olup olmadığıdır. İşte buradaki etkin kontrolün varlığı ise çoğu zaman işgalci gücün personeli ile işgal edilen toprakta bir kontrol uygulamasını gerektirir. Gazze örneğinde de İsrail'in etkin kontrolünün 2005 yılından sonra ne aşamada olduğuna bakılması gerekir. İsrail, 2005'deki geri çekilişinden itibaren Gazze'nin karasularında ve hava sahasında kontrolünü sürdürmekte, ticari malların Gazze'ye girişini denetlemekte ve Gazze'deki Filistinlilerin nüfus kayıtlarını sürdürmeye devam etmektedir.²⁶ Fakat özellikle 2007 yılından beri ise, Hamas Gazze'de bir yönetim kurmuş, eğitim, sağlık ve polis faaliyetleri gibi kamusal hizmetleri sunmaya başlamıştır. Bu açıdan Cuyckens, Gazze'de işgalin bittiğinden bahsetmektedir.²⁷ Bazı yazarlar ise İsrail'in askeri anlamda Gazze'den çekilmesine rağmen, Gazze'nin telekomünikasyon sistemini, hava ve deniz sahasını ve ekonomik hayatını kontrol etmesi ve askeri operasyonlarını sürdürmesi nedeniyle işgalin sürdüğünü savunmaktadır.²⁸ Bu ikilem yaratan durum hakkında bir yargıya ulaşabilmek için işgal hukukun temellerine dair bir düşünme sürecini başlatmamız gerekir. 1907 La Haye Yönetmeliğinin 42. maddesinde "düşman ordusunun otoritesi altına geçme" hususundan bahsedilmekte ve 43. maddede ise meşru iktidar otoritesinin işgalcinin eline geçmesi durumundan ve işgalcinin mümkün olduğu ölçüde kamu düzeni ve güvenliğini tekrar sağlaması ve devam ettirmesi yükümünden söz etmektedir. Yani bir anlamda işgalci, işgal edilen toprakta bir yönetim mekanizmasını işletiyor olması ve bir otoriteden beklenir eylemlerde bulunuyor olması gerekmektedir. Gazze'de ise Hamas yönetiminin eylemliliği söz konusu iken İsrail güçlerinin bu konumda olduğunu söylemek zor olacaktır. Bu nedenle belirtmemiz gerekir ki, bir işgalin var olabilmesi için işgalci gücün askeri personelinin

²⁶ CUYCKENS, Hanne, "Is Israel Still an Occupying Power in Gaza?", *Netherlands International Law Review*, Vol. 63, 2016, ss. 284-285.

²⁷ CUYCKENS, Hanne, a.g.m., s. 285.

²⁸ DARCY, Shane, REYNOLDS, John, "An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15(2), 2010, ss. 211-243.

veya devlete ait personelinin ya doğrudan işgal edilen topraklarda bulunması ya da dolaylı olarak işgalci gücün yerel otoriteler üzerindeki hakimiyeti vasıtasıyla askeri kontrolünü devam ettiriyor olması gerekir. Hamas'ın da İsrail devletinin bir uzantısı olduğunu kabul edemeyeceğimize göre bu topraklar bakımından işgalin sona erdiğini belirtmemiz gerekecektir.

B. İşgale Karşı Direnişin İşgalin Varlığı Üzerindeki Etkisi

Bir işgal girişimine işgal edilecek toprakta yaşayan halkın direniş göstermesi veya işgal edilmiş bir toprakta işgal eyleminden sonra oluşacak direnişin olması muhtemeldir. Aynı şekilde işgal eylemlerinin hiçbir direnişle karşılaşmaması da muhtemeldir. Hatta 1949 Cenevre Sözleşmelerinin Ortak 2. maddesinde bu durum "Sözleşme, Yüksek Sözleşmeci Taraflardan birine ait toprağın bütünü veya bir kısmının işgali durumlarında da, sözü edilen bu işgal hiçbir askeri direnişle karşılaşmasa dahi uygulanacaktır"²⁹ ifadeleri ile de vurgulanmıştır. Direniş eylemlerinin işgalin varlığına etkisini iki yönlü olarak incelemek gerekir. Bakılacak ilk yön, direnişin işgal eyleminden önceki safhalarıdır. Burada şunu belirtmek gerekir ki, eğer direniş eylemi yoğun ise zaten işgalci güçler bir toprak parçasını etkin bir kontrol altına alamayacakları için işgal durumu oluşamayacaktır. Bu durumda söz konusu topraklar istila edilmiş olarak değerlendirilebilir ve bu yerler bakımından uluslararası insancıl hukukun diğer kuralları uygulama alanı bulur.³⁰ Fakat direniş eylemleri, etkin kontrol altına alma durumunu etkilemeyecek düzeyde ise işgalin varlığına etki etmeyecektir. Bu etkinin belirlenmesinde olay bazında bir incelemenin yapılması gerekecektir. İncelenecek ikinci yön ise, işgal eyleminden sonra gerçekleşen direnişin işgalin varlığı üzerindeki etkisidir. Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi tarafından görülen Naletilić davasında bu hususa yönelik bir duruma değinilmiştir. Mahkeme'ye göre bir işgalin vuku bulması için düşman ordularının yenilmiş, teslim olmuş veya geri çekilmiş olması gerekir ve böylece savaş alanları işgal edilmiş

²⁹ Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/geneva07.asp, Erişim Tarihi: 19.7.2019.

³⁰ BOUCHET-SAULNIER, Françoise, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002, s. 174.

topraklar olarak addedilemez, fakat işgal edilmiş bir topraktaki düzensiz ve tek tük yerel direnişler başarı sağlasa bile işgal durumunu değiştirmezler.³¹ Şunu belirtmek gerekir ki, yerel direniş hareketi işgalci gücü etkin kontrolünü bozarak ve sürekli ve düzenli hale gelerek bir eylem içine girerse işgal statüsü sona erebilecektir. Yine bu durumların değerlendirilmesinde de olay bazlı bir inceleme gerekir yani her olayın öznel şartlarının değerlendirilmesi lazımdır.

İşgalin varlığı konusundaki meselelere değindikten sonra işgalci gücün statüsü sorununa yer vermek de elzem gözükmektedir. Kimler işgalci statüsüne sahip olabilir sorunu ve bu statünün dolaylı kullanımının mümkün olup olmadığı hususu burada karşımıza çıkmaktadır.

C. İşgalci Gücün Statüsü Sorunu

Uluslararası hukukta işgalci güç, devlet statüsünde olmalıdır. Yani tek başına devlet dışı bir aktörün bir toprak parçası üzerinde etkin kontrol uygulaması veya geçici bir yönetim kurması işgal durumunu yaratmaz. Örneğin 2011'den sonra gerçekleşen Suriye İç Savaşı'nda belli sürelerle IŞİD (Irak Şam İslam Devleti) terör örgütünün Suriye ve Irak'ın belli bölgelerinde geçici süre kontrol sağlamaları, örgütü o bölgelerde işgalci konumuna sokmamıştır.

İşgalci güç, tek bir devlet ve onun askeri kuvvetleri olabileceği gibi, birden çok devlet ve onların askeri kuvvetleri de olabilir. Bu duruma örnek olarak Irak'ın işgali hadisesindeki Amerika Birleşik Devletleri ve Birleşik Krallık'ın Irak topraklarındaki statüsünü gösterebiliriz. İki devletin işgalci statüsü Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1483 sayılı kararında da (2003) belirtilmiş ve iki devletin işgal hukuku yükümlülükleri ile beraber diğer bazı yükümlülük ve yetkileri de zikredilmiştir.³²

İşgalci gücün statüsü bakımından diğer bir durum, işgalin işgalci güçler tarafından yerel güçler üzerine bütünsel bir kontrol uygulanarak, etkin kontrolün işgalci devletin vekili olan yerel güçlerce sağlanması

³¹ Prosecutor v. Mladen Naletilic aka "Tuta", Vinko Martinovic aka "Stela", IT-98-34-T, Trial Judgement, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 31 March 2003, prg. 217.

³² SHAW, Malcolm N., International Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, s. 1183.

(occupation by proxy) halidir.³³ İşgalci güç, uygulayacağı etkin kontrolü tamamıyla bizzat askeri unsurları ile yapmak zorunda değildir. Yerel güçler (veya yönetimler) üzerinde kontrolü sağlayarak ve onlar üzerinden de etkin kontrol sağlayabilir.³⁴ Bu durumda da dolaylı olarak belirli bir toprağı kontrol altına alan güç, işgalci güç olacaktır. Bu husus Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Tadić davasında da belirtilmiş³⁵ ve Bosna Savaşında Sırp ordusunun eylemlerinin bir de facto organ olması nedeniyle Yugoslavya Federal Cumhuriyetine atfedilebileceği, bu yolla da işgalci statüsünün devam ettirilebileceği ifade edilmiştir.

İşgalci gücün statüsü meselesinin haricinde işgalin mekanı, yani işgal hukukunun uygulanacağı toprak alanı da uluslararası insancıl hukuk açısından işgal konusu bağlamında incelenmesi gerekmektedir.

D. İşgalin Mekanı

İşgal yabancı bir devletin ülkesinin tamamı veya bir bölümü üzerinde askeri kontrol kurma anlamına geldiğinden, işgalin mekanının bir toprak parçası ile bağlantısı olduğu şüphesizdir. Fakat bir toprak parçası üzerinde kontrol uygulandığında bu kontrol nehir, göl, belli şartlarla körfez, liman gibi iç sular alanında da kurulabilir.³⁶ Yine işgal edilen toprak üzerinde kalan hava sahası ve işgal edilen toprağı yakın pozisyonda olan ve kontrolün sürdürülebileceği deniz alanlarında (karasuları, kıta sahanlığı gibi) işgal rejiminin uygulanması söz konusu olabilir.³⁷ Fakat burada belirtmek gerekir ki, bir toprak parçasını kontrol altına almadan sadece deniz alanının kontrolü veya hava sahası üzerindeki birtakım konumlanmalar işgal statüsünü yaratamazlar. Çünkü işgal statüsünün mantığında,

³³ FERRARO, Tristan, "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, 2012, ss. 158-159.

³⁴ MELZER, Nils, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019, s. 65.

³⁵ Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgment, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1997, prg. 584

³⁶ DINSTEIN, Yoram, a.g.e., s. 47.

³⁷ Deniz alanlarının işgali konusunda bakınız. LONGOBARDO, Marco, "The Occupation of Maritime Territory. under International Humanitarian Law", *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, ss. 322-361.

işgal edilen toprak üzerinde yaşayan kişiler ve işgalci gücün menfaatleri arasındaki bir denge söz konusudur ve deniz veya hava alanları sürekli bir yaşama elverişli olmadığı için işgal statüsü bir toprak parçasının kontrolüne bağlı olmaktadır.

İşgalin mekanı bakımından değineceğimiz bir başka mesele de, işgal rejiminin sadece bir askeri otoritenin kurulduğu alanlarda uygulanacağı, bunun ötesinde işgal edilen devletin diğer topraklarına bu rejimin genişletilemeyeceğidir. Dolayısıyla işgal sadece işgal edilen devletin ülkesinin bir kısmında gerçekleşmiş ise, devletin ülkesinin işgal edilmeyen toprakları üzerinde işgal statüsünün gerekleri uygulanmaz. Örneğin İkinci Dünya Savaşı'nda Alman ordusu Danimarka topraklarını işgal etmiştir, fakat Grönland toprakları işgal altında olmadığı için işgal rejimi bu topraklar için geçerlilik teşkil etmemiştir.³⁸

E. İşgalin Sona Ermesi

İşgalin sona ermesinin mantığı aslında işgalin başlaması ile aynıdır. Eğer işgalci güç işgal ettiği topraklarda etkin kontrolünü sonlandırıp çekildiyse veya bu toprakların egemeni olan güç tekrar kontrolü sağlarsa işgal sona ermiş olur.³⁹ Örneğin işgalin gerçekleştiği savaş sonunda bir barış antlaşması imzalanmış ve işgal edilen toprakların geleceği belirlenmiş olabilir. Bu durumda da işgalin sona erdiğinden bahsedebiliriz. Bunun dışında işgal topraklarının egemeni olan devletin kayıtsız şartsız teslimi ve topraklarını bırakması durumu da işgalin sona ermesine yol açabilir.⁴⁰ Bu halde işgal yerini yeni bir egemenlik tesisine bırakır.

Yukarıda açıkladığımız şekilde işgalin sona ermesi olgusal bir durumdur fakat bu kuralla ilgili ayrık bir durum 1949 Dördüncü Cenevre Sözleşmesi'nde öngörülmüştür.⁴¹ Buna göre işgal hukukunun getirdiği yükümlülükler askeri operasyonların sona ermesinden itibaren bir yıl

³⁸ DINSTEIN, Yoram, a.g.e., s. 47.

³⁹ ARAI-TAKAHASHI, Yutaka, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, s. 16.

⁴⁰ TÛTÛNCÛ, Ayşe Nur, *İnsancıl Hukuka Giriş*, Beta Yayınları, İstanbul, 2012, s. 150

⁴¹ 1949 Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi 6(3). Madde

daha geçerli olacaktır.⁴² Fakat burada dikkat edilmesi gereken işgalin sona ermesi ile Sözleşmenin uygulanmasının sona ermesinin farklı hususlar olduğudur.

İşgalin başlaması, varlığı, sona ermesi, işgalci gücün statüsü ve işgalin mekanı gibi konulara değindikten sonra kuşkusuz işgal rejiminin ne olduğunu, yani bir işgal durumunda işgalcinin hakları ve yükümlülüklerinin neler olduğu hususlarını da incelemek gerekmektedir.

IV. İŞGAL REJİMİ

İşgal hukukunda, önemli sorunlardan bir tanesi de işgalci kuvvetin sorumluluklarının neler olduğudur. 1907 La Haye Yönetmeliğinin 43. maddesi bu noktada şu ifadeleri kullanmaktadır:

“Meşru iktidar otoritesi işgalcinin eline geçtiğinden; işgalci mümkün olduğu ölçüde, mutlak surette engel olmadığı takdirde ülkedeki yürürlükteki kurallara riayet ederek, kamu düzeni ve güvenliğini sağlamak ve sürdürmek için elindeki tüm tedbirleri alacaktır.”⁴³

Bu bağlamda işgalci gücün hak ve yükümlülüklerinin temeli, kontrol ettiği bölgede düzeni sağlamak, bu bölgedeki kaynakların halkın ve işgalci gücün ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle kullanılmasını garanti altına almak ve bölgede yaşayan halkın sömürülmemesi ilkelerine dayanır.⁴⁴ Silahlı Faaliyetler Davası’nda (Kongo v. Uganda) Uluslararası Adalet Divanı, Uganda’nın işgal edilen topraklarda insan haklarına riayet etmediğini, çocuk asker istihdam ettiğini, etnik çatışmaları tetiklediğini, sivillere ve sivil binalara zarar verdiğini belirtmiştir.⁴⁵ Kuşkusuz bu durum 43. maddeye aykırı olacaktır. 43. maddedeki kamu düzenini ve güvenliğini sağlamak ve sürdürmek yükümlülüğü bir sonuç yükümlülüğü

⁴² Bu “bir yıl kuralının” epey tartışmalı olduğu ve özellikle uzun süreli işgaller bakımından eleştirildiğini de belirtmek gerekir. KAYA, İbrahim, “Hostile Occupation and International Humanitarian Law”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 9(3-4), 2001, s. 67.

⁴³ Convention Respecting Laws and Customs of War on Land (Hague IV); October 18, 1907, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp, Erişim Tarihi: 7.8.2019.

⁴⁴ STARKE, Joseph G., Introduction to International Law, Butterworths, London, 1977, s. 599.

⁴⁵ ICJ, Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda), Judgment of 19 December 2005, prg. 211.

değildir. Yani bazı durumlarda işgalci güç elinden geleni yapsa da düzeni sağlayamamış olabilir. Buradaki yükümlülük düzeni sağlamak için işgalci gücün elindeki tüm tedbirleri almasıdır.⁴⁶ Fakat Uluslararası Adalet Divanı'nın kararında belirtilen fiiller işgalci güç tarafından gerçekleştirilirse bu yükümlülüğün ihlal edildiği açık olacaktır.

İşgalin başlaması ile beraber işgalcinin de belli sorumlulukları gündeme gelir. 1907 La Haye Yönetmeliğinin 46. maddesi ve 1949 Sivillerin Korunmasına dair Cenevre Sözleşmesinin 27. ve 32. maddelerine göre işgalci güç işgal ettiği topraklarda yaşayan halkın kişisel onur ve saygınlığına, vücut bütünlüğüne ve yaşam hakkına, özel mülkiyet, aile hakları ve din özgürlüklerine saygı göstermek zorundadır.⁴⁷ Yine Yönetmeliğin 43. maddesinde belirtildiği üzere işgalci güç, işgal ettiği topraklardaki hukuk kurallarına uymak zorunda olacaktır. Fakat bu konuya istisna da öngörülmüştür. Eğer kamu düzeni ve güvenliğini sağlamada bu kurallar engel veya yetersiz ise, işgalci gücün kural koyma yetkisi de olacaktır.⁴⁸ Bu bağlamda işgalci gücün, işgal ettiği topraktaki kurumları yapılandırıp yapılandıramayacağı, devlet sistematüğünü değiştirip değiştiremeyeceği epey tartışmalıdır. Özellikle 2003 yılındaki Irak'ın işgali neticesinde bu konular gündeme gelmiş ve bir bakıma "dönüştürücü" işgalin (transformative occupation) olanakları tartışılmıştır.⁴⁹ Bazı yazarlar işgal edilen toprakta yaşayan halk için daha demokratik bir düzen oluşturmak için dönüştürücü bir yasama yetkisinin mümkün olabileceğinden söz ederken, kimi yazarlar ise işgalcinin yasama yetkisinin sınırlı olduğunu ve böyle bir düzenlemenin bir çeşit emperyalizm olacağından bahsetmektedirler. Burada

⁴⁶ SASSOLI, Marco, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, Vol. 16(4), 2005, ss. 664-665.

⁴⁷ PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s. 182.

⁴⁸ BENVENISTI, Eyal, "Occupation, Belligerent", *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, online version, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2012, prg. 27.

⁴⁹ Bu konuda bakınız. ROBERTS, Adam, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 100(3), 2006, ss. 580-622; FOX, Gregory H., "Transformative Occupation and the Unilateralist Impulse", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94(885), 2012, ss. 237-266.

şunu belirtmek gerekir ki, işgalcinin yasama yetkisi sınırlıdır ve kamu düzenini sağlamanın ötesinde yapacağı “iyileştirici” kurallara dahi şüphe ile yaklaşmak gerekecektir.⁵⁰ İşgal hukukunun mantığı elde tutulan toprakları dönüştürmek değil, elde tutulan topraklardaki status quo’yu korumaktır.⁵¹

İşgalci gücün askeri gereklilik sebebi veya zorunluluk hali dışında kontrol edilen bölgedeki sivil halkın yaşam şartlarını zorlaştırmaması, sivil halkın tamamen geçinmek için yapması gereken eylemleri engellemesi gerekmektedir. Örneğin Uluslararası Adalet Divanı’nın işgal edilen Filistin topraklarında inşa edilen duvar hakkındaki danışma görüşünde, İsrail’in Batı Şeria bölgesinde inşa ettiği duvar sonucunda duvarın iç kısmında kalan sivil halkın verimli arazilerle bağlarının kesildiği, eğitim ve sağlık kurumlarına ulaşımı zora soktuğu ve bunun uluslararası hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir.⁵² Benzer şekilde işgal edilen topraklardaki sivillerin sınır dışı edilmesi veya başka bir yere nakledilmesi işgal hukukuna göre yasaktır.⁵³ Bunun tek istisnası sivillerin güvenliğinin veya zorunlu askeri gerekliliklerin sivillerin naklini zorunlu kılması halidir. Ayrıca işgalci gücün, işgal topraklarındaki yönetimi finanse etmek ve işgal topraklarındaki askeri personelin ihtiyaçlarını karşılamak üzere vergi, harç veya mükellefiyetler getirmesi mümkündür.⁵⁴ Fakat bunların işgalci gücün diğer alanlardaki savaşının finanse edilmesi için veya kendi vatandaşlarının ihtiyaçları için kullanılmıyor ve getirilmiyor olması gerekir.

⁵⁰ Irak’ın 2003 yılındaki işgali olayında, işgalci güç olan koalisyon devletlerinin Saddam rejiminin bazı baskıcı uygulamalarını devam ettirmemeleri veya Saddam yönetimindeki bazı şüpheli memurlarla çalışmamasını makul karşılamak gerekmektedir. KAYA, İbrahim, ACER, Yücel, “Silahlı Çatışmalar Hukuku ve Irak Savaşı: İhlaller ve Olası Yargılamalara İlişkin Değerlendirmeler”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 11(3-4), 2003, ss. 129-132.

⁵¹ TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, “Özgürlük Harekâtı Sonrasında Irak’ın Düzeni ve Koalisyon Güçlerinin Eylemlerini Yöneten Milletlerarası Hukuk”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 24(1-2), 2004, s. 732.

⁵² ICJ, Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion of 9 July 2004, prg. 132-134.

⁵³ 1949 Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi 49. Madde.

⁵⁴ VERDROSS, Alfred, Völkerrecht, Springer Verlag, Wien, 1950, s. 362.

İşgal rejimi yani işgal hukukunun maddi hükümlerinin uygulanması bağlamında bir diğer mesele de işgal edilen topraklarda bulunan malların kullanılmasının şekli ve usulleri ile ilgili olan noktalardır.

V. İŞGAL EDİLEN TOPRAKLARDAKİ MALLARIN DURUMU

İşgal edilen topraklardaki malların işgalci güç tarafından kullanılması ve bu kullanımın şekli, işgal hukukunun önemli noktalarından biridir. Söz konusu kullanım konusunda belli ayrımlara gidildiği (kamu malları-özel mallar ayrımı gibi) görülmektedir. İşgal hukukunda deniz savaşındaki gibi düşman taraftaki özel mallara el koyma hakkı yoktur.⁵⁵ Bu bağlamda işgal edilen topraklardaki mülkiyet meseleleri hakkında pragmatik bir yaklaşım söz konusudur. Bu konuda son yıllarda uluslararası insancıl hukuk alanında yapılmış önemli bir teamül kuralları derleme çalışmasının elli birinci kuralına bakmak faydalı olabilir:

“Kural 51. – İşgal altındaki topraklarda buyurucu askeri gereklilik, bu malların müsadere edilmesini ya da yok edilmesini gerektirmediğiçe:

a) Askeri operasyonlara hizmet edebilecek nitelikteki kamuya ait menkuller müsadere edilebilir;

b) Kamuya ait gayrimenkuller irtifak hakkına uygun olarak idare edilmeli ve

c) Özel mülkiyete saygı gösterilmeli ve müsadere edilmemelidir.”⁵⁶

Bu kuraldan da çıkartılacağı üzere ilk ayırım, kamuya ait mallar ve özel mallar ayırımıdır. İkinci ayırım ise taşınmaz mallar ve taşınır mallar ayırımıdır. İşgal hukukunda malların kullanımı konusunda bu ayrımlar dikkate alınarak bir değerlendirme yapılır. Özel mallar yani özel kişilere ait olan mallar, müsadere edilemez ve bu mallara askeri bir zaruret yok ise zarar verilemez.⁵⁷ Özel malların sadece mülkiyetinin değiştirilmesi değil, özel malın kullanımına getirilen kısıtlamalar da yasak olacaktır.⁵⁸

⁵⁵ SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, Völkerrecht, Carl Heymanns Verlag, München, 1997, s. 370.

⁵⁶ HENCKAERTS, Jean-Marie, DOSWALD-BECK, Louise, Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku, Cilt 1: Kurallar, çev. Emre Öktem vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005, s. 196.

⁵⁷ LE FUR, Louis, Devletler Umumi Hukuku, çev. Şinasi Z. Devrin, Matbaa Yeni Cezaevi, Ankara, 1942, s. 501.

⁵⁸ DINSTEIN, Yoram, a.g.e., s. 225.

Fakat yerel kanunlara uygun olarak, kamu yararı nedeniyle özel malların kamulaştırılması söz konusu olabilecektir. Burada da kamulaştırmanın şartlarının yerine getirilmesi gerekecektir. Yine özel şahsa ait bir taşınmaz mal, askeri gereklilikler söz konusu ise geçici olarak kullanılabilir ve bu kullanımın karşılığı da malın sahibine ödenecektir ve bu malların satış sonunda geri verilmesi gerekecektir.⁵⁹

Kamu mallarına gelince, işgalci güç işgal ettiği toprak üzerinde bulunan düşmana ait taşınır mallara askeri amaçla olmak koşuluyla el koyabilir.⁶⁰ Örneğin işgalci gücün düşmanın bankadaki paralarına, silahlarına, taşıma araçlarına, haberleşme araçlarına el koyması mümkündür. Çünkü bu nitelikteki malların askeri amaçla kullanılması söz konusu olabilir. Bunun haricinde işgalci gücün işgal edilen topraklarda el koyamayacağı işgal edilen devletin taşınır malları da söz konusudur. Belediyelerin, din, yardım, eğitim, bilim ve sanat kuruluşlarının mallarına el konulması yasaktır ve bu tip mallar özel mülkiyete ait mallar olarak telakki edilir.⁶¹ Örneğin bu bağlamda işgalci gücün üniversitenin mallarına el koyması insancıl hukuka aykırı olacaktır. İşgal edilen devletin taşınmaz malları bakımından ise genel kural, işgalci gücün bu tip malları kendi mülkiyetine geçiremeyeceği ve bu malların intifa hakkına (usus fructus) sahip olabileceğidir.⁶² Bu minvalde işgalci güç, işgal topraklarındaki madenleri çalıştırabilir, ormanlardaki keresteden yararlanabilir, kamu binalarını kullanabilir. Fakat tüm bu kullanımların ölçülü olması, askeri amaçlar ve işgal edilen bölgedeki halkın ihtiyaçları çerçevesini aşmaması gerekir. Örneğin işgal edilen toprakların petrol veya altın rezervlerini ihtiyaçtan çok sömürmek işgal hukukunun mantığına ters olacaktır. Yine kültürel miras kabul edilen mallara her halükarda el konulması, zarar verilmesi veya onların yok edilmesi yasaktır.⁶³

⁵⁹ DOEHRING, Karl, *Völkerrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, s. 259.

⁶⁰ MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, İkinci Cilt, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975, s. 524.

⁶¹ 1907 La Haye Yönetmeliği 56. Madde.

⁶² 1907 La Haye Yönetmeliği 55. Madde.

⁶³ DOEHRING, Karl, a.g.e., s. 259.

Tüm bunların dışında kamusal veya özel mal statüsünde bulunan mallar, askeri harekât zorunlu kılmadıkça imha edilemeyecektir.⁶⁴ Burada malın, taşınır veya taşınmaz mal olmasının bir önemi yoktur.

Bunların haricinde işgal durumu ve işgalin hukuku bağlamında değineceğimiz son mesele ise işgal hukuku ile insan hakları hukuku arasındaki ilişkidir. Çünkü işgal rejimini incelerken, işgal rejimin kapsamı ve işgal hukukunun uygulanmasının insan hakları hukukundan etkileneceği günümüzde su götürmez bir gerçektir. Bu yüzden iki alanın ilişkisine yer vermek faydalı olacaktır.

VI. İŞGAL HUKUKU VE İNSAN HAKLARI İLİŞKİSİ

İnsan hakları ve insancıl hukuk ilişkisi üzerine doktrinde ve yargı kararlarında belirtilen hususlar, işgal hukuku ve insan hakları ilişkisinde de doğrudan etki doğurur. Günümüzde kabul edildiği üzere insan hakları sadece barış zamanında uygulanan bir hukuk alanı değildir⁶⁵, dolayısıyla işgal zamanında da insan haklarının etkileri olacaktır. Bu hususu Uluslararası Adalet Divanı çeşitli kararlarında belirtmiştir.⁶⁶ Ayrıca belirtilen bu husus dışında insan yükümlülüklerinin ülke dışı etkisi noktasında da işgalci güçlerin insan hakları yükümlülüklerinin olduğunu belirtmek gerekir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ülkesinin dışında bir toprak üzerinde etkin kontrol sağlayan devletin veya devlet güçleri aracılığı ile kişi üzerinde kontrolü olan devletin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinin kendi ülkesi dışında da geçerli olacağı hususu buna örneklerdir.⁶⁷ İşgal güçlerinin de bu durumun klasik misallerinden biri olduğu açıktır. Tüm bu bağlamlardan yola çıkarsak işgal hukuku ve insan hakları hukukunun eş zamanlı uygulanacağını genel olarak kabul edildiğini belirtmeliyiz.⁶⁸ Fakat bu eş

⁶⁴ 1949 Harp Zamanında Sivillerin Korunmasına İlişkin Cenevre Sözleşmesi 53. Madde

⁶⁵ LUBELL, Noam, "Human Rights Obligations in Military Occupation", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94(885), 2012, s. 318.

⁶⁶ ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996, prg. 25; ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, prg. 106.

⁶⁷ LUBELL, Noam, agm, s. 319-321.

⁶⁸ QUIGLEY, John, "The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation: Does an Occupied Population have a Right to Freedom of Assembly

zamanlı uygulanmanın tarzının nasıl olacağı meselesinde karşımıza işgal hukukunun (daha genel anlamda insancıl hukukun) insan hakları karşısındaki *lex specialis*⁶⁹ konumu çıkmaktadır.⁷⁰ Eğer işgal hukukunun gerekleri insan hakları ile çelişmiyorsa iki hukuk alanı da uygulanır durumda olacaktır. Fakat eğer işgal hukuku ile insan hakları bir mesele bazında çatışıyor, bu durumda işgal hukuku *lex specialis* olarak öncelikle uygulanacaktır.

VII. SONUÇ

İşgal durumu silahlı çatışmalarda sıklıkla karşımıza çıkan bir husus olduğu için uluslararası insancıl hukukta bu durumun gereklerine göre kuralların öngörülmesi bir ihtiyaç olmakla birlikte, bu ihtiyaca uygun kuralların 20. yüzyılın başından beri uluslararası alanda hüküm altına alındığını görmekteyiz. İşgal rejimi yukarıda da aktarmaya çalıştığımız gibi işgalci güç ile işgal edilen topraklardaki halkın ve bağlantılı olarak işgale uğramış devletin menfaatlerinin dengelenmeye çalışıldığı bir “geçici” düzendir. İşgalci güçten ve işgal edilen topraklarda yaşayan halktan beklenen bazı yükümlülükler ve onlara yönelik öngörülmuş birtakım haklar bulunmaktadır. İşgalin uluslararası insancıl hukuktaki önemi dışında, işgal hukukundaki bazı önemli tartışmalar günümüze kadar gelmiştir. İşgalin başlaması ve sona ermesi (işgal hukukunun *ratione temporis* uygulanırlığı meselesi), işgalin mekanının neresi olacağı, nerede bu işgal rejiminin uygulanacağı (işgal hukukunun *ratione loci* uygulanırlığı meselesi), işgalci gücün kim olduğu ve onun statüsü ve de işgal hukukunun kimler için yükümlülükler doğuracağı (işgal hukukunun *ratione personae* uygulanırlığı meselesi), işgal rejiminde taraflar için öngörülmiş yükümlülüklerin ve hakların kapsamının neler olduğu (işgal hukukunun *ratione materiae* uygulanırlığı meselesi) hususlarında doktrinde çeşitli görüşler yer almaktadır. Bu hususlar hakkında getirilecek çözümlerin de uluslararası insancıl hukuk ilkeleri ile de uyumlu olarak orantılı, gerekli

and Expression?”, *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.12(1), 1989, s. 8.

⁶⁹ *Lex specialis* ilkesi özel kanunun genel kurala göre öncelikle uygulanacağı anlamına gelmektedir.

⁷⁰ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflicts*, New York, 2011, ss. 54-64.

ve insancıl olması gerekmektedir. Ayrıca bu çözümlerin, insan hakları hukukunun gelişimi ve işgal hukuku ile insan hakları arasındaki ilişkide görüldüğü gibi, günün şartlarına da uygun olması gerekmektedir. Dolayısıyla epey karmaşık hususların bulunduğu işgal hukuku meselelerinde orantılı çözümler ile ilgili tartışmaların bitmesi pek mümkün görünmemektedir. Önemli olan ise bu tartışmaların insancıl çözümlere doğru evrilebilmesidir.

KAYNAKLAR

- ALBAYRAK, Gökhan, "İnsancıl Hukukun Temel İlkeleri ve Bu İlkelerin Tarihsel Gelişim Safhaları", Uluslararası İnsancıl Hukuk: Kavramlar, İlkeler ve Yeni Gelişmeler, Ed. Fatma Taşdemir, Gökhan Albayrak, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, ss. 15-36.
- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka , The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and its Interaction with International Human Rights Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009.
- BENVENISTI, Eyal, "Occupation, Belligerent", Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online version, Ed. Rüdiger Wolfrum, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- BENVENISTI, Eyal, The International Law of Occupation, Princeton University Press, Princeton, 1993.
- BLEDSON, Robert L., BOCZEK, Boleslaw A. , The International Law Dictionary, ABC Clio, Santa Barbara, 1987.
- BOTHE, Michael, "Friedenssicherung und Kriegsrecht", Völkerrecht, Ed. Wolfgang Graf Vitzthum, Alexander Proelß, De Gruyter, Berlin, 2016.
- BOTHE, Michael, "Occupation, Pacific", Encyclopedia of Public International Law, Instalment 4, Ed. Rudolf Bernhardt, North-Holland Publishing, Amsterdam, 1982, ss. 67-69.
- BOUCHET-SAULNIER, Françoise, İnsancıl Hukuk Sözlüğü, İletişim Yayınları, İstanbul, 2002.
- Commentary on the First Geneva Convention: Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field, 2nd edition, ICRC, 2016.
- Convention (IV) Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, August 12, 1949, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/geneva07.asp, Erişim Tarihi: 19.7.2019.
- Convention Respecting Laws and Customs of War on Land (Hague IV); October 18, 1907, https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp, Erişim Tarihi: 8.7.2019.

CUYCKENS, Hanne, "Is Israel Still an Occupying Power in Gaza?", *Netherlands International Law Review*, Vol. 63, 2016, ss. 275-295

CUYCKENS, Hanne, *Revisiting the Law of Occupation*, Brill, Leiden, 2018.

DARCY, Shane / REYNOLDS, John, "An Enduring Occupation: The Status of the Gaza Strip from the Perspective of International Humanitarian Law", *Journal of Conflict & Security Law*, Vol. 15(2), 2010, ss. 211-243.

DINSTEIN, Yoram, *The International Law of Belligerent Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

DOEHRING, Karl, *Völkerrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999.

DÜLGER, Kenan, *Devletin Uluslararası İnsancıl Hukukun İhlalinden Doğan Sorumluluğu*, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

FERRARO, Tristan, "Determining the Beginning and End of an Occupation under International Humanitarian Law", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 885, 2012, ss. 133-163.

FOX, Gregory H., "Transformative Occupation and the Unilateralist Impulse", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94(885), 2012, ss. 237-266.

GORDON, Neve, *Israel's Occupation*, University of California Press, California, 2008.

GRANT, John P., BARKER, J. Craig, Parry & Grant *Encyclopaedic Dictionary of International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

GROSS, Aeyal, *The Writing on the Wall: Rethinking the International Law of Occupation*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

HENCKAERTS, Jean-Marie / DOSWALD-BECK, Louise, *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Cilt 1: Kurallar, çev. Emre Öktem vd., Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 2005.

ICJ, *Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v Uganda)*, Judgment of 19 December 2005.

- ICJ, *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion of 9 July 2004.
- ICJ, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 8 July 1996.
- KAYA, İbrahim, "Hostile Occupation and International Humanitarian Law", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 9(3-4), 2001, ss. 65-75.
- KAYA, İbrahim / ACER, Yücel, "Silahlı Çatışmalar Hukuku ve Irak Savaşı: İhlallere ve Olası Yargılamalara İlişkin Değerlendirmeler", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt. 11(3-4), 2003, ss. 115-135.
- LE FUR, Louis, *Devletler Umumi Hukuku*, çev. Şinasi Z. Devrin, Matbaa Yeni Cezaevi, Ankara, 1942.
- LONGOBARDO, Marco, "The Occupation of Maritime Territory under International Humanitarian Law", *International Law Studies*, Vol. 95, 2019, ss. 322-361.
- LUBELL, Noam, "Human Rights Obligations in Military Occupation", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94(885), 2012, ss. 317-337.
- MELZER, Nils, *Derecho Internacional Humanitario: Una Introducción Integral*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Ginebra, 2019.
- MERAY, Seha L., *Devletler Hukukuna Giriş*, İkinci Cilt, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1975.
- OĞUZMAN, M. Kemal / Özer Seliçi / Saibe Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006.
- OPPENHEIM, Lassa, *International Law: A Treatise*, Vol. II: *War and Neutrality*, Third Edition, Longmans Green and Co., London, 1921
- PAZARCI, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 4. Kitap, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006.
- Prosecutor v. Mladen Naletilic aka "Tuta", Vinko Martinovic aka "Stela", IT-98-34-T, Trial Judgement, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 31 March 2003.

Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-T, Trial Judgment, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, 1997.

QUIGLEY, John, "The Relation Between Human Rights Law and the Law of Belligerent Occupation: Does an Occupied Population have a Right to Freedom of Assembly and Expression?", *Boston College International and Comparative Law Review*, Vol.12(1), 1989, ss. 1-28.

ROBERTS, Adam, "Transformative Military Occupation: Applying the Laws of War and Human Rights", *American Journal of International Law*, Vol. 100(3), 2006, ss. 580-622.

SALMÓN, Elizabeth, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, Comité Internacional de la Cruz Roja, Lima, 2012.

SÁNCHEZ PATRÓN, José Manuel, "El Ámbito de Aplicación del Derecho Internacional Humanitario: Desarrollos Recientes", *Agenda Internacional*, No. 23, 2006, ss. 57-91.

SASSOLI, Marco, "Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers", *European Journal of International Law*, Vol. 16(4), 2005, ss. 661-694.

SASSOLI, Marco, *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, *Völkerrecht*, Carl Heymanns Verlag, München, 1997.

SHAW, Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

STARKE, Joseph G., *Introduction to International Law*, Butterworths, London, 1977.

T. C. Resmi Gazete, Sayı: 8322, 30 Ocak 1953.

TAŞDEMİR, Fatma, *Uluslararası Nitelikte Olmayan Silahlı Çatışmalar Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009.

TOLUNER, Sevin, *Milletlerarası Hukuk Dersleri: Devletin Yetkisi*, Beta Basım, İstanbul, 1996.

Trial of Wilhelm List and Others, United States Military Tribunal, Nuremberg (1948), Law Reports of Trials of War Criminals, Vol VIII, London, 1949.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, "Özgürlük Harekâtı Sonrasında Irak'ın Düzeni ve Koalisyon Güçlerinin Eylemlerini Yöneten Milletlerarası Hukuk", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 24(1-2), 2004, ss. 727-740.

TÜTÜNCÜ, Ayşe Nur, İnsancıl Hukuka Giriş, Beta Yayınları, İstanbul, 2012.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, International Legal Protection of Human Rights in Armed Conflicts, New York, 2011.

VERDROSS, Alfred, Völkerrecht, Springer Verlag, Wien, 1950.



PATENT KONULARININ BAĞIMLILIĞI HÂLİNDE ZORUNLU LİSANS

Dr. Fevzi Fırat GÖZÜYEŞİL*

Öz

Makalenin konusu, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisanstır. Zorunlu lisans, yetkili makam tarafından üçüncü bir tarafa, patent sahibinin izni olmaksızın bir buluşu kullanma yetkisidir. Makalede öncelikle, zorunlu lisansın kanunî ve nazarı temelleri ile zorunlu lisansla ilgili mülga ve merî mevzuat incelenmiştir. Türk patent sisteminde, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans verilmesi, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131. maddesinde yer alan özel hükümlere tâbidir. Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans verilmesi, sonraki tarihli buluşun, birinci buluşa nazaran önemli ölçüde ekonomik öneme sahip önemli bir teknik ilerleme içermesine bağlıdır. Nihayetinde, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans verme süreci incelenmektedir. Bu bağlamda, çalışmanın son kısmında, zorunlu lisans talebi, yetkili ve görevli mahkeme ve zorunlu lisans kararına dair esaslar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Patent Hukuku • Patent Lisans Sözleşmesi • Zorunlu Lisans • Patent Konularının Bağımlılığı • Sınai Mülkiyet Kanunu

* Arş. Gör. Dr., Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst. Dr., Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Commercial Law, Ankara, Turkey.

✉ fevzi.gozuyesil@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0002-3266-1642

🔍 **Atıf Şekli** | Cite As: GÖZÜYEŞİL, Fevzi Fırat, "Patent Konularının Bağımlılığı Hâlinde Zorunlu Lisans", SÜHFD., C. 28, S. 2, 2020, s. 473-509.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

COMPULSORY LICENSE IN CASE OF DEPENDENCY OF PATENT ISSUES

Abstract

The subject of this paper is compulsory licensing in case of dependency of patent issues. Compulsory licencing is a prerogative granted by a competent authority to a third party to use an invention without the assent of patent holder. In this paper, firstly, legal and theoretical bases of compulsory license and abrogated and positive legislation related to compulsory license are examined. Under the Turkish patent system, compulsory licences for the dependent patents are governed by the specific provision of the Article 131 of Turkish Industrial Property Code. To grant a compulsory licence in case of dependency of patent issues depends on that the second invention involve an important technical advance of considerable economic significance. Eventually, the process of granting a compulsory license in case of dependency of patent issues is examined. In this context, in the last part of the study, compulsory license request, competent court and principles of compulsory license decision are analyzed.

Key Words

Patent Law • Patent License Agreement • Compulsory Licence • Dependency of Patent Issues • Industrial Property Code

I. GİRİŞ

Patent mefhumu, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun ilgili hükümlerinde yahut millî mevzuat kapsamındaki başkaca bir metinde tanımlanmış değildir. Bununla birlikte, SMK m. 82/1' de düzenlenen patentlenebilirlik şartlarından esinlenilerek bir tanım yapmak mümkündür. Buna göre patent; *teknolojinin herhangi bir alanında, sanayiye uygulanabilir bir yenilik içeren buluşlardan neşet eden hakları temsil eden belge* olarak tanımlanabilir¹. Patent hakkı, bir fikrî mülkiyet hakkıdır; bu bakımdan nazarî temelleri, mülkiyet hakkına istinat eder². Mülkiyet hakkının ise, "bu, bana

¹ Öğretide yapılan bazı tanımlar için bkz. **KAYA Arslan**, "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, 55 (4), s. 173; **ŞEHİRALİ Feyzan Hayal**, Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998, s. 7; **YÜNLÜ Levent**, "Fikri Mülkiyet Hakkı", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, 2011, 23 (1-2), s. 906; **SULUK Cahit (KARASU Rauf/NAL Temel)**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017, s. 227.

² Fikrî mülkiyet haklarının hukukî mahiyeti ile alâkalı tartışma ve görüşler için bkz. **HİRŞ Ernst**, Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara 1948, s. 69 vd.; **YÜNLÜ**, s. 894 vd. Klasik

aittir; sadece benimdir” deme hakkı bahşeden³; bu yönüyle de, hak sahibi dışında herkesi, kural olarak dışlayan ve bunların hak konusuna müdahalelerini engelleyen bir hak olduğu ifade edilebilir. Bu yönüyle patent, hak sahibine inhisarî (tekelci) ve dışlama yetkisini de içeren bir hak verir⁴. Bir başka ifade ile fertler, sahip oldukları maddî hakları, ancak kendi rızaları ile başkalarına devrederler; kural odur ki, bu hakların devredilmesi yahut başkalarınınca kullanılması noktasında, fertlerin zorlanması söz konusu değildir. Bununla birlikte içtimaî hayatın icapları, fertlerin sahip oldukları hakların başkaları tarafından kullanılmasını elzem kılabilir.

Mülkiyet hakkı, T. C. Anayasası'nın 35'inci maddesindeki düzenlemeye göre, ancak kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir. Keza aynı hükümde, mülkiyet hakkının toplum yararına aykırı şekilde kullanılamayacağı da ifade edilmiştir. Bu hâlde patent hakkı da, diğer mülkiyet hakları gibi, kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilir; toplum yararına aykırı olacak şekilde kullanılamayacaktır. Bu anayasal esasa istinaden, patent hakkını sınırlamaya matuf, SMK m. 129 ilâ 137'nci maddelerinde zorunlu lisans müessesesi düzenlenmiştir. Zorunlu lisans ile patent konusu buluşun sadece hak sahibinin menfaatleri doğrultusunda kullanılması değil; toplumun da hak konusu buluştan istifade

mülkiyet teorisinde, ancak elle tutulabilen, uzayda yer kaplayan ve gözle görülebilen somut şeylerin mülkiyet konusu olabileceği ifade edilir. Bkz. **AKİPEK Jale G.**, Türk Eşya Hukuku (Aynı Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 15 vd. Bununla birlikte iktisadî ve sosyal gelişmeler dairesinde ve Anglosakson hukukunda somut ve somut olmayan “şey” ayrımı sona ermiş ve fikrî ve sınaî haklar ile buna bağlı olarak patent hakkı da mülkiyetin konusu olmuştur. Bkz. **GÜRİZ Adnan**, Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.253, Ankara 1969, s. 76. Fikrî mülkiyet haklarının ve tabii olarak patent hakkının; en azından kamu gücü ile sınırlandırılmaları bakımından mülkiyet hakkı kapsamında olduğu konusunda ise bir görüş farklılığı yoktur. T.C. Anayasası'nın 35'inci maddesi gerekçesinde; mülkiyet hakkının sınırlandırılmasının anayasal güvence altına alınmasının, para ile değerlendirebilen hakları içeren bir teminat olduğu ifade edilmiştir. Fikrî mülkiyet haklarının da, mülkiyet hakkı mahiyetinde olduğu hakkında bkz. 31.1.2008 tarihli ve E: 2004/81, K:2008/48 sayılı karar, Resmi Gazete, T/S: 20.03.2008/26822

(<https://www.lexpera.com.tr/resmi-gazete/metin/RG801Y2008N26822S200848/1>).

³ **SEROZAN Rona**, “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, *Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I*, İstanbul 1992, s. 239.

⁴ **BOZBEL Savaş**, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul 2015, s. 707; **KAYA** (1997), s. 175-176.

etmesi ve patent hakkının, hak sahibi tarafından toplum yararına aykırı olarak kullanılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır⁵. Mülkiyet hakkı gibi mutlak bir hakkın sınırlandırılması hususu ise, temel hak ve özgürlükler bakımından arz ettiği öneme binaen, üzerinde durulması gereken birtakım esaslara mütealliktir. Kanaatimiz o ki bu esasların, ferdî hak ve özgürlükler ile fikrî mülkiyetin tabiatından neşet eden teknolojiyi ve gelişmeyi teşvik edici rolüne bağlı kamu yararı arasında kabul edilebilir bir denge kurmak bakımından, üzerinde durulması icap eder.

II. ZORUNLU LİSANS MÜESSESİNİ KANUNÎ VE NAZARÎ TEMELİ

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans ile alâkalı tafsilatlı izahat öncesinde, Türk hukukunda zorunlu lisans müessesesinin kısa tarihi, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki düzenlenişi ve akabinde ise nazariyesi hakkında genel bilgiler arz etmek yerinde olacaktır.

A. Türk Hukukunda Zorunlu Lisansın İhdası

Zorunlu lisans, Türk hukukunda uygulaması olan bir müessese değildir. Mamâfih, millî ve uluslararası mevzuatta bugün itibariyle düzenlenmiş; nazariî bakımdan uygulanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. İşin tabiatına uygun olarak, patent hukukuna dair bu müessesenin alâkaya mazhar olması ve uygulanabilirliği; millî kalkınmanın, üretimin ve teknolojinin göstereceği atılım ile doğru orantılı bir şekilde artacaktır. Müessesenin bugünü ve geleceğine dair faydalı ve verimli bir noktaların tesisi, kanaatimizce kısa bir tarihçe arz etmeyi gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan önce; 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu ve 551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname dönemindeki düzenlemelere kısaca değinilmiştir.

1. Mülga Mevzuat Dairesinde Zorunlu Lisans

a. İhtira Beratı Kanunu'nda Zorunlu Lisans

İlk millî patent mevzuatı olan 23 Mart 1879 tarihli İhtira Beratı Kanunu'nda, zorunlu lisans müessesesi ile alâkalı herhangi bir sarih

⁵ KAYA Arslan, "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1996, 55 (1-2), s. 335; SULUK(KARASU/NAL), s. 279-280.

düzenlemeye yer verilmemiştir⁶. Söz konusu kanunun genel yaklaşımı, bugün için zorunlu patent verilmesini gerektiren yahut verilmesine yol açan hâllerde; patentin hükümsüz kılınması noktasındadır: İhtira Beratı Kanunu'nun 38'inci maddesine göre patent sahibi; patentin veriliş tarihinden itibaren patent konusu buluşu, haklı bir sebebi olmaksızın iki yıl üretmediği veya aralıksız kullanmadığı takdirde patent hakkı sonra ermektedir⁷.

Patentin kullanılmaması hâlinde patentin hükümsüz kalacağına dair hükmün bir benzeri, patent konularının bağımlılığı hakkında da cârî olmuştur. Kanun'un 23'üncü maddesindeki düzenlemeye göre, patent sahibi veya diğer ilgililerden başka bir üçüncü kişi, söz konusu patentin tarihinden itibaren bir sene içinde; patent konusu buluş üzerinde değişiklik (tadilât), iyileştirme (islâhat) veya ekleme (ilâvat) yapmak suretiyle patent talebinde bulunamaz. Ancak böyle bir talebin varlığında, dilekçe ve ekleri, mühürlü bir zarf ile Ekonomi Bakanlığı nezdinde muhafaza edilecek ve süre sonunda zarf açılıp patent verilecektir. Bu süre zarfında, asıl patent sahibinin değişiklik, iyileştirme veyahut ekleme talebi var ise, diğer talep edenlere karşı bir rüçhan hakkı söz konusu olacaktır. Bu hükme aykırı şekilde tesis edilen patentler ise hükümsüz kalacaktır.

Kanun'un 23'üncü maddesi, esasında patent konularının bağımlılığı hâlinde ne olacağını düzenlemiştir. Bu noktada, bugünkü manası ve esasları ile bir zorunlu lisans uygulamasından bahsetmek şüphesiz ki mümkün değildir. Fakat aynı felsefeden neşet eden bir yaklaşımla, patent konusu buluşun sadece patent sahibinin değil; yeniliklere ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak, toplumun da faydasına olacak şekilde kullanılması sağlanmaya çalışılmıştır. Şayet patent sahibi, sahibi olduğu buluşu geliştirmek ve yenileştirmek için çaba göstermiyorsa; bu çabayı

⁶ Kanun'un tam metni için bkz. HİRS, s. 235-243; YÜKSEL Ali Sait, Patent ve Lisans Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989, s. 131-141.

⁷ İhtira Beratı Kanunu m. 38: "Berat sahibi evvela berat resminin tekasiti muayenesini her sene iptidasında peşin olarak tediye etmediğini saniyen ihtira eylemiş olduğu şeyi berat tarihinden itibaren bilaözrü makbul iki seneye kadar Türkiye Cumhuriyeti memalikinde file getirmedeği veyahut iki sene mütemadiyen tatil ettiği, salisen beratlı eşyanın aynı olan memaliki ecnebiye mamulatım Türkiye Cumhuriyeti memalikine ithal eylediği halde berat hakkından sakit olur".

gösterenlerin teşvik edilmesine, emek, sermaye ve zamanlarının korunmasına çalışılmıştır.

İhtira Beratı Kanunu'nda zorunlu lisans düzenlenmemiş olmasına rağmen; uluslararası sözleşmelerden kaynaklanan yükümlülükler nedeniyle zorunlu lisansın uygulama alanı bulabileceği ifade edilmiş; Türkiye'nin tarafı olduğu 1883 tarihli Paris Sözleşmesi'ne 1925 Lahey değişiklikleri⁸ ile eklenen zorunlu lisans hükümlerinin uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁹. Bununla birlikte, karşı bir görüş olarak Paris Sözleşmesi'nde yer alan zorunlu lisans hükümlerinin doğrudan uygulama alanı bulamayacağı da öğretilerde savunulmuştur¹⁰.

b. 551 Sayılı KHK'da Zorunlu Lisans

Zorunlu lisans, Türk hukukunda ilk olarak; 551 sayılı mülga Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 99 ilâ 120'nci maddelerinde düzenlenmiştir¹¹. Kanun Hükmünde Kararname'de; zorunlu lisans nedenleri üç bent olarak sayılmıştır (m. 99). Buna göre; patent konusu buluşun kullanılmaması, patent konularının bağımlılığının söz konusu olması veya kamu yararının gerektirmesi hâlinde zorunlu lisans talebinde bulunulabilecektir. Öğretilerde, Kararname'nin 14'üncü maddesinde de zorunlu lisans uygulamasına yer verildiğinden

⁸ Türkiye, söz konusu sözleşmeye 10 Ekim 1925'te katılmış; 15 Mayıs 1930 tarih ve 1619 sayılı Kanun ile (R. G. 29/V/1930- Sayı: 1506) ile kabul etmiştir. Bkz. 1619 sayılı Kanun:

https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar/KANUNLAR_KARARLAR/kanunbtbmmc008/kanunbtbmmc008/kanunbtbmmc00801619.pdf

⁹ *Hırş*, İhtira Beratı Kanunu'nun uygulanmasında ve yorumlanmasında; Paris Sözleşmesi'nin amaçlarının muhakkak surette esas alınması gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. **HİRŞ**, s. 76-77.

¹⁰ **AYİTER** Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara 1968, s. 132; **YÜKSEL**, s. 113-114.

¹¹ R. G. Tarih 27.6.1995 ve Sayı: 22326. 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname, 22.12.2016 tarihli ve 6769 sayılı Kanununun 191'inci maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.

551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin mehzazı; Avrupa Patent Anlaşması (Münih Antlaşması), Almanya, Avusturya, İsviçre, Japonya ve İspanya Patent Kanunları ile Paris Anlaşması'dır. Bu yönüyle Kararname'nin; özgün ve mevcut ülke yasalarına kıyasla daha kapsamlı ve modern bir düzenleme olduğu ifade edilmiştir. Bkz. **KAYA** (1996), s. 336-337.

bahisle; 99'uncu madde kapsamındaki bu üç nedenin, tahdîdî şekilde düzenlenmediği ifade edilmiştir¹².

Patent konularının bağımlılığı, 551 sayılı KHK m. 79'da düzenlenmiştir. Buna göre patent konularının bağımlılığı; patent konusu bir buluşun kullanılmasının, önceki tarihli bir patentle korunan buluşun kullanılması ile mümkün olması şeklinde tarif edilebilir. Kararname'nin 79'uncu maddesinde yer alan düzenlemeye göre, patent konularının bağımlılığı hâlinde; İhtira Beratı Kanunu m. 23'ten farklı olarak, patentin geçerliliği etkilenmeyecektir. Önceki tarihli patent sahibi ve sonraki patent sahibi, birbirlerinin patentlerini rızaları hilafına kullanamayacaktır; lâkin sonraki patent sahibi, önceki tarihli patent sahibinden izin veya zorunlu lisans almışsa; önceki tarihli patenti kullanabilecektir (m. 79).

Kanun Hükmünde Kararname'nin 101'inci maddesine göre patentler arasında bağımlılık hâlinde zorunlu lisans tesis edilebilmesi için; sonraki tarihli patent, önceki tarihli patente tecavüz edilmeksizin kullanılmaması ve önceki tarihli patentten daha farklı bir sınaî amaca hizmet etmesi veya önemli bir teknik ilerleme göstermesi şarttır. Bunun yanı sıra, şayet patent hakkına konu kimyasal veya eczacılık ile alâkalı bir maddenin elde edilmesini amaçlayan bir usul patenti mevzubahis ise; önceki tarihli patente oranla önemli bir teknik ilerleme söz konusu ise zorunlu lisans talep edilmesi mümkün olacaktır.

Zorunlu lisans talebinde bulunmak isteyen kimse, aynı patent için sözleşmeye dayalı lisans verilmesi için Enstitüden arabuluculuk etmesini isteyebilecektir (m. 104). Enstitü yaptığı araştırma neticesinde; zorunlu lisansın verilmesini gerektiren bir hâl olduğu, talepte bulunan kişinin lisans bedelini karşılayacak ödeme gücünü haiz olduğu ve buluşun kullanımını için gerekli araçlara sahip olduğu kanısına varırsa, arabuluculuk talebini kabul edecektir (m. 105/2). Enstitünün arabuluculuk faaliyeti, patent konusu buluşun kullanılması ile alâkalı tarafların anlaşması ile sonuçlanabilir. Şayet anlaşma söz konusu olmazsa veya lisans almak isteyen arabuluculuk talebi Enstitü tarafından reddedilirse; mahkemeden zorunlu lisans verilmesi talep edilebilecektir (m. 108).

¹² KAYA (1996), s. 343.

2. 6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nda Zorunlu Lisans

Zorunlu lisans, tek bir bölüm altında, 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129 ilâ 137'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Sınai Mülkiyet Kanunu'ndaki zorunlu lisans düzenlemelerinin menşei, TRIPS m. 31'dir¹³.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129'uncu maddesinde; zorunlu lisansın hangi hâllerde tesis edilebileceği ve zorunlu lisans talebinin usul ve şartları düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1'inci fıkrasının (b) bendinde; patent konularının bağımlılığının bir zorunlu lisans nedeni olduğu; 2'nci fıkrasında ise patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans kararının mahkeme tarafından verilebileceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra düzenlemenin 3'üncü ve devamındaki fıkralarında, zorunlu lisans talebine ilişkin yargılama esaslarına yer verilmiştir. Kanununun 130 ilâ 132'nci maddelerinde ise, patentle korunan buluşun kullanılmaması, patent konularının bağımlılığı ve kamu yararı nedenleriyle zorunlu lisans verilmesi hâlleri ayrı ayrı düzenlenmiştir.

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans ise, SMK m. 131'de ayrıca düzenlenmiştir. Düzenlemenin 1'inci fıkrasında, patent konularının bağımlılığı, patent hakkına tecavüz mefhumu üzerinden izah edilmiştir. Buna göre; patent konusu buluş, önceki patenin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılamıyorsa; patent konuları arasında bir bağımlılık olduğu kabul edilmiştir. Bu hâlde kural olarak, sonraki tarihli patentin sahibi, önceki tarihli aslı patent konusu buluşu, sahibinin izni olmaksızın kullanamayacaktır.

Patent konularının bağımlılığının söz konusu olduğu hâllerde, sonraki tarihli patent sahibinin zorunlu lisans talebinin kabulü için; zorunlu lisans müessesesine dair genel şartların yanı sıra, bir başka özel şart daha öngörülmüştür. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre, sonraki tarihli patent sahibi lehine zorunlu lisans tesis edilebilmesi için; patent konularının bağımlı olmasının yanı sıra, sonraki tarihli patent konusu buluşun, aslı patent konusu

¹³ The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights / Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması.

buluşa nazaran büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi gerekir.

B. Genel Olarak Zorunlu Lisans Nazariyesi

1. Zorunlu Lisansın Hukukî Mahiyeti

Patent hakkının inhisarî vasfı, kural olarak patent hakkı sahibi dışındaki kişilerin patent konusu buluşu kullanmasını engeller; lâkin birtakım saikler, patent hakkının sahibi dışında bazı kimselerce kullanılmasını elzem kılabilir. Bu saiklerin başında, iktisadî âmillerle patent konusu buluşu kullanmak isteyen bir başka girişimcinin varlığı gelir. Bu hâlde, şartları müzakere ile tespit edilen rızaî bir lisans sözleşmesinin, patent sahibi ile lisans talep eden arasında akdedilmesi söz konusu olacaktır. Bu esastan olmak üzere kural odur ki; lisans sözleşmeleri¹⁴, borçlar hukuku genel teorisine tâbidir ve bu bakımdan sözleşme hürriyeti esas bunlar için de cârîdir.

Kişilerin sözleşme hürriyeti, T. C. Anayasası'nın 48'inci maddesi ve TBK m. 26 ile teminat altına alınmıştır. Anayasa'nın 48'inci maddesinde sözleşme hürriyeti ismen zikredilmiş; TBK'da ise, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleyebileceği ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra sözleşmenin hürriyetinin diğer tezahürleri de, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme hürriyetidir¹⁵. Sözleşme hürriyeti asıldır; ancak istisnaî olarak ve birtakım şartların varlığında kanunla sınırlandırılması mümkündür (Anayasa m. 13). Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129'uncu maddesine istinaden ise zorunu lisans tesis edilmek suretiyle patent sahibinin, fikrî mülkiyet hakkı ve sözleşmenin karşı tarafını seçme hürriyeti sınırlandırılmaktadır. Bir başka ifade ile zorunlu lisansta, patent sahibinin

¹⁴ Lisans sözleşmesi, hak sahibinden başka kimselerin, fikrî mülkiyet haklarından yararlanması veya fikrî mülkiyet haklarını kullanmasını konu edinen sözleşmelerdir. Bkz. **BAŞ Mustafa**, "Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu", *Ankara Barosu FMR Dergisi*, 2001, 1 (2), s. 80; **YÜKSEL**, s. 75.

¹⁵ **EREN** Fikret, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012, s. 17; **OĞUZMAN** Kemal/**ÖZ** Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Güncellenip Genişletilmiş 13. Bası, I. Cilt, İstanbul 2015, N. 80-81; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU** Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008'den 5. Tıpkı Bası, 2010, § 40 p. 4.

patent hakkı üzerindeki hâkimiyeti sınırlandırılmaktadır¹⁶. Bununla birlikte bu sınırlandırma, fikrî mülkiyet hakkını işlevsiz kılacak yahut fikrî mülkiyet hakkının özüne dokunabilecek mahiyette değildir. Patent sahibi kural olarak, patent hakkı üzerindeki mülkiyet hakkı dairesindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf etme haklarını haiz olmaya devam eder.

Bu izahat dairesinde zorunlu lisans, kanunda öngörülen şartların varlığı hâlinde; başkasına ait bir patenti kullanmak isteyen kimseye, kamu otoritesinin kararı ile verilen bir izin olarak tarif edilmektedir¹⁷. Bir başka görüş ise zorunlu lisansın, kamu otoritesinin zorlayıcı gücü neticesinde kurulan bir tür lisans sözleşmesi olduğu noktasındadır¹⁸. Kanaatimizce zorunlu lisans müessesesi, sözleşme yapma mecburiyeti kapsamında değerlendirilmelidir; kanun koyucu, iktisadî ve sosyal âmillerle sözleşme yapma yükümlülüğü ihdas etmiştir¹⁹. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129 ve devamındaki maddeleri kapsamındaki şartlar gerçekleştiği vakit, patent hakkı sahibi için lisans sözleşmesi yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Bu yükümlülüğün tasdiki ve tescili ise bir kamu otoritesinin kararına bağlı kılınmaktadır. Bu bakımdan, kanunî bir sözleşme yapma mecburiyeti söz konusu olmakla beraber; kazaî yahut idarî bir kararla lisans sözleşmesi tesis edilmiş olmaktadır²⁰.

¹⁶ **COTROPIA** Christopher A., "Compulsory licensing under TRIPS and the Supreme Court of the United States' Decision in eBay v. MercExchange", *Patent Law and Theory* (Ed. Toshiko Takenaka), 2008, s. 559.

¹⁷ Müessese hakkındaki bazı tanımlar için bkz. **KAYA** (1996), s. 338; **BENKARD** Georg, Patentgesetz: PatG-Kommentar Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. neu bearbeitete Auflage 2015, Art. 24 N. 28; **HALEWOOD** Michael, "Regulating Patent Holders: Local Working Requirements And Compulsory Licences At International Law", *Osgoode Hall Law Journal*, 1997, 35(2), 260; **KIRKBEŞOĞLU** Nagehan, "Sınai Mülkiyet Ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans (Zwangslizenz)", *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, II. Cilt, İstanbul 2009, s. 1097.

¹⁸ **GORECKI** Paul K., Regulating The Price Of Prescription Drugs In Canada: Compulsory Licensing, Product Selection, And Government Reimbursement Programmes, *Economic Council of Canada (Technical Report NO.8)*, 1981, s. 25.

¹⁹ Bkz. Aynı yönde bkz. **KIRKBEŞOĞLU**, s. 1098.

²⁰ Zorunlu lisansın bir sözleşme yapma mecburiyeti mahiyetinde olduğu noktasında bkz. **KAYA** (1996), s. 337; **BOZBEL**, s. 726-727.

2. Zorunlu Lisansın Genel Özellikleri

Lisanslar, lisans alan ve lisans verenin hak ve yetkilerinin kapsamında göre; basit ve inhisarî lisans olmak üzere tasnif edilir. Basit lisansta, lisans verenin kullanma hakkı devam ettiği gibi; bir başkasına lisans verme hakkı da varlığını muhafaza eder²¹. İnhisarî lisansta ise lisans veren, lisans alandan başkasına lisans verememekte ve açıkça saklı tutmadıkça kendisi de kullanmamaktadır²². İnhisarî lisansta lisans alan; lisansı üçüncü kişilere devredebilmektedir²³.

Zorunlu lisans, kural olarak basit lisanstır²⁴. Bununla birlikte patent sahibinin, daha önceden basit veya inhisarî bir lisans vermiş olması; zorunlu lisans tesis edilmesini engellemez²⁵. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 132'nci maddesinin 3'üncü fıkrasında; kamu yararı gerekçesiyle verilen zorunlu lisansların inhisarî mahiyette olabileceği ifade edilmiştir. Özellikle savunma sanayi alanındaki zorunlu lisansların inhisarî mahiyette olması söz konusu olabilecektir. Düzenleme, mefhumu muhalifinden istihraç etmek suretiyle tefsir edilecek olursa; kamu yararı gerekçesi dışındaki gerekçelere istinaden verilecek zorunlu lisansların basit lisans mahiyetinde olduğu ifade edilebilecektir. Ve fakat kural olarak, patent sahibinin patent konusu ürünü ulusal ve uluslararası piyasalara sürmesi engellenemez²⁶.

Basit lisansların devrinin kâbil olmadığı kabul edilmektedir; bir başka ifade ile zorunlu lisans alan, zorunlu lisansa bağlı kullanım hakkını kural olarak bir üçüncü kişiye devredemeyecektir²⁷. Bununla birlikte SMK m. 135'te yer alan düzenlemeye göre lisansın, işletme ile birlikte veya işletmenin lisansın değerlendirildiği kısmı ile birlikte devredilmesi hâlinde; zorunlu lisansın devri mümkün olabilecektir. Ayrıca, patent

²¹ **BENKARD**, Art. 24 N. 38; **AYİTER**, s. 115; **YÜKSEL**, s. 84.

²² **YÜKSEL**, s. 86; **KAYA** (1996), s. 339.

²³ **KAYA** (1996), s. 339.

²⁴ **TEKİNALP**, § 37 N. 44; **KAYA** (1996), s. 338; Resource Book, on TRIPS and Development UNCTAD-ICTSD, Cambridge University Press, First published 2005. s. 473.

²⁵ **BENKARD**, Art. 24 N. 9. Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin nu yöndeki bir kararı için bkz. BGH 05.12.1995 X ZR 26/92; **HACKER** Franz, Patentgesetz Kommentar, (begründet von Rudolf Busse/herausgegeben von Alfred Keuckenschrijver), 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2016, § 24 Rn. 21.

²⁶ Resource Book, s. 475.

²⁷ **KAYA** (1996), s. 338; Resource Book, s. 473.

konularının bağımlılığı gerekçesiyle tesis edilen zorunlu lisansların da, bağımlı patent ile beraber devredilmesi mümkün kılınmıştır.

Zorunlu lisans, basit lisans niteliğinde olması hasebiyle; işletmeye bağlı lisans olarak kabul edilmektedir²⁸. İşletmeye bağımlılık, lisansın belli bir işletmenin faaliyetine özgülendiği ve o işletmenin faaliyetleri kapsamında kullanılabilmesi anlamına gelir²⁹. Bununla birlikte, SMK m. 135'teki düzenlemeye göre, patent konularının bağımlılığı hâlinde; zorunlu lisans, bağımlı patent ile beraber devredilebilir. Bir başka ifade ile patent konularının bağımlılığı hâlinde tesis edilen zorunlu lisans, bağımlı patent ile birlikte devredilebilecektir.

III. SMK M. 131 BAĞLAMINDA PATENT KONULARININ BAĞIMLILIĞI HÂLİNDE ZORUNLU LİSANS

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın hangi şartlara bağlı olarak tesis edilebileceğine dair izahata geçmeden önce; kavrama dair genel bir girizgâh yapılmalıdır.

A. Bağımlı Patent Kavramının Pratiği

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; patent konuları arasında bağımlılığın, patent konusu buluşun önceki tarihli bir patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması hâlinde söz konusu olacağı ifade edilmiştir. Elhâsıl bağımlı patent, daha önce tesis edilmiş bir başka patent hakkını ihlâl etmeksizin kullanılamayan patentlerdir³⁰.

Fikrî mülkiyet haklarını, klasik mülkiyete konu eşyadan ayıran hususlardan biri; sınırlarının kolaylıkla tespit edilememesidir. Patent hakkının sınırları da, esasında buluş sahibinin zihninde şekillenir. Buluş sahibinin zihninde şekillenen bu tanımlayıcı sınırlar; hukuk âleminde istem kavramı ile hayat bulur³¹. Bu istemlerin, birbirleriyle örtüşmesi veya

²⁸ KAYA (1996), s. 342.

²⁹ İşletmeye bağlı lisansın karşısında ise, şahsî lisans vardır. Şahsî lisansta, lisans herhangi bir işletmeye değil; şahsa bağlıdır.

³⁰ JULIAN-ARNOLD Gianna, "International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality", IDEA The Journal of Law and Technology, V. 33 (1993), 349.

³¹ İstem kavramı, Sınai Mülkiyet Kanunu'nda açıkça tanımlanmış olmasa da; SMK m. 89/1'de göre patent başvurusu veya patentin sağladığı korumanın kapsamı, istemlerle belirlenir. Mülga 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47'nci

çakışması ise tabiatıyla mümkündür; nitekim bir patent, çoğu zaman daha önceki bir patent konusunun daha teferruatlı tanımlanmış bir tekrarıdır³². Nitekim her bir yenilik, daha önceki bulgulara dayanan bir birikimden faydalanılarak hayata geçirilebilecektir; bu, zihnî bir üretim faaliyeti için kaçınılmazdır³³. Patentlere dair bu örgü âdeti, iç içe yerleştirilmiş ve her biri açıldığında içinden daha küçüğü çıkan matruşka adlı oyuncak bebeklere benzemektedir³⁴.

Bunu bir örnekle izah etmek yerinde olacaktır. Mucit (A)'nın patenti, üç ayaklı bir masa içindir. (B)'nin buluşu ise, bu üç ayaklı masanın her bir ayağına bir tekerlek eklenmesidir. (C) ise, tekerlekli üç ayaklı bu masanın tekerleklerine, kilit takılmasını öngörmektedir³⁵. Bu hâlde, (B) ve (C) tarafından geliştirilen buluşlar; (A)'nın patenti ile alâkalı tüm unsurları içermektedir. Patent hukuku bakımından (A), hem (B) hem de (C)'nin; (B) ise (C)'nin buluşları ile alâkalı patent hakkını ileri sürebilecektir. Bu basit örgünün, patenti alınmış farklı buluşlara ait unsurların bir araya getirilmesi ile gerçekleştirilen buluşlar bakımından daha karmaşık bir hâl alabileceği ise açıktır. Bu bakımdan patent konularının bu şekilde örtüşmesi yahut çakışması; buluşları için patent başvurusunda bulunmak isteyen mucit yahut kâşiflerin önünde, aşmaları gereken ciddi bir engel mahiyetindedir.

Bu engelin aşılması, yukarıdaki misalden yola çıkılarak; ayakları kilitlenebilir tekerlekli, üç ayaklı bir masanın geliştirilebilmesi ve üretilebilmesinin, ancak "üç ayaklı masa"nın patent hakkını haiz olan (A)'nın izniyle mümkün olabileceği ifade edilmelidir. Liberal hukuk düzeninde, bu iznin (A)'nın rızasına müstenid bir lisans sözleşmesi ile verilmesi istenir. Lâkin bu her zaman mümkün olmaz; önceki patent sahibi bu izni birtakım saiklerle vermek istemeyebilir. Önceki tarihli buluş olan masanın

maddesinde ise, istem veya istemler buluşun korunması istenilen unsurlarını tanımlayacağı ifade edilmiştir.

³² **GWARTNEY** Troy L., "Harmonizing the Exclusionary Rights of Patents with Compulsory Licensing", *William and Mary Law Review*, 2009, Vol. 50 No. 4, s. 1403.

³³ **SHAPIRO** Carl, "Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting", *Innovation Policy and the Economy*, 2001, Vol. 1, s. 119 (<https://www.nber.org/chapters/c10778.pdf>, Erişim: 12.08.2019).

³⁴ **GWARTNEY**, s. 1403.

³⁵ **GWARTNEY**, s. 1404.

ayaklarına, kilitlenebilir tekerlek takmanın, hem toplumsal yararı, hem buluş sahiplerine sağlayacağı menfaatler dikkate alınarak; önceki tarihli patenti kullanma izninin, (A)'nın rızası söz konusu olmaksızın kamu otoritesi tarafından verilebilmesi mümkün kılınmıştır.

B. Patent Konularının Bağımlılığı Hâlinde Zorunlu Lisansın Şartları

Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun zorunlu lisansın düzenlendiği 129'uncu maddesi dairesinde öngörülen genel şartların yanı sıra; patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans ile ilgili olarak aynı Kanun'un 131'inci maddesinde öngörülen birtakım kümülatif şartlar da vardır. Patent konularının bağımlılığı noktasında, zorunlu lisansın tesis edilebilmesi için sonraki tarihli patent; hem teknik, hem de iktisadî bakımdan bir ilerleme içermelidir³⁶.

1. Genel Şartlar

a. Patent Konusunun Varlığı

Patent konusu olmayan buluşlar, arzu eden herkes tarafından kullanılabilen ve bu hâlde bir lisansa yahut izne ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu bakımdan bir zorunlu lisanstan bahsedebilmek; mevcut bir hukukî korumanın varlığını gerektirir. Nitekim 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun zorunlu lisansa dair hükümlerinin lafzı da bu yöndedir. Bununla birlikte tartışma, daha ziyade zorunlu lisans bakımından patent başvurusu yapılmış bir buluş ile alâkalı olarak zorunlu lisans verilemeyeceği noktasındadır.

Bu hususta farklı görüşlerin serdedilmesi söz konusudur. *Kaya*, başvuru safhasında olan yahut ön çalışma mahiyetindeki buluşların, zorunlu lisans konusu olamayacağı kanaatindedir³⁷. Bu noktada patent hakkının ne zaman doğduğu önem arz eder. Bazı müellifler farklı görüştedir. Bir diğer görüş ise, patent hakkının, buluşun tamamlanmasıyla başkaca bir işleme gerek olmaksızın resen, buluş sahibinin kişiliğinde tevhit ettiğini

³⁶ BENKARD, Art. 24 Rn. 22.

³⁷ KAYA (1996), 343.

ifade eder. *Saraç* ise bu hakkın, patentin sicile tescili ile değil; enstitü tarafından patent verilmesi kararı ile doğduğunu ifade etmektedir³⁸.

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; patent konularının bağımlılığına istinaden zorunlu lisans verilmesi için, patent konusu buluşun, önceki tarihli patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması gerekir. Bu bakımdan, patent hakkının kullanım esaslı tecavüzlere karşı korunmaya başlandığı andan itibaren, zorunlu lisans tesis edilmesinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz.

Patent hakkında tecavüz, SMK m. 141'de düzenlenmiştir; kural olarak patent hakkına tecavüz nedeniyle dava açma hakkı, patent sahibine aittir. Buna mukabil, SMK m. 141/3 ve m. 97/4'te yer alan düzenlemelere göre; henüz başvuru safhasındaki patentler de, Bültende yayımlandıkları tarihten itibaren SMK hükümlerine göre patent korumasına tâbi olacaklardır³⁹. Keza SMK m. 141/3 ve m. 97/5'te yer alan düzenlemelere göre; tecavüz edenin patent başvurusundan ve kapsamından haberdar edilmiş olduğu hâllerde, tecavüz fiilinin gerçekleşmesi için patent başvurusunun ayrıca Bültende yayımlanmış olması da gerekmez⁴⁰.

Bu noktada, henüz başvuru safhasındaki bir patenti kullanmak isteyen bir üçüncü şahsın; zorunlu lisans talep edip edemeyeceği suali akla gelmektedir. Bu hâlde, patenti kullanmak isteyen üçüncü şahsın, hangi andan itibaren patent ya da başvuru sahibinden lisans sözleşmesi yapmasını talep edebileceğini ele almak gerekir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 125'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına göre; lisans alan kişinin, lisanstan kaynaklanan hakları patentin koruma süresi boyunca kullanabileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, henüz başvuru safhasındaki patentler de patent koruması kapsamında olduğundan; zorunlu lisans konusu olabileceklerdir. Nitekim SMK m. 148/8'de yer alan; başvuru safhasındaki

³⁸ **SARAÇ Tahir**, Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003, s. 32.

³⁹ Aynı yönde bkz. **BEKTAŞ**, s. 278.

⁴⁰ 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, patent hakkına tecavüzün söz konusu olabilmesi için; kural olarak patent belgesinin alınmış olması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **KAYA** (1996), s. 343; **ŞEHİRALİ**, s. 100.

sınâî mülkiyet haklarının hukukî işlemlere konu olabileceği yönündeki düzenleme de aynı minvaldedir.

b. Rızaî Lisans Talebinin Reddedilmesi

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre; patent konusu buluşun kullanılmamasına veya patent konularının bağımlılığının söz konusu olmasına bağlı olarak zorunlu lisansın tesis edilebilmesi için mahkemeye yapılacak başvuruda; patent sahibinden mâkûl ticarî şartlar altında sözleşmeye dayalı lisans istemesine rağmen makul bir süre içinde alamadığına dair kanıt da başvuruya eklenir.

Zorunlu lisans talebinde bulunabilmek için; öncelikle patent sahibinden, mâkûl ticarî şartlar altında, sözleşmeye dayalı bir lisans talebi ve bu talebin mâkûl bir süre içinde kabul edilmemiş olması gerekir (SMK m. 129/2). Bu noktada düzenlemenin esasını kavramak için; *mâkûl ticarî şart* ve *mâkûl süre* kavramlarını ele almak gerekir.

*Mâkûl ticarî şart*⁴¹ kavramı, âkil kimseler tarafından kabul edilebilecek şartlar olarak telakki edilebilir. Bu açıdan mâkûl ticarî şartlar, rızaî bir sözleşmede taraflarca üzerinde uzlaşılacak şartlardan farklıdır⁴². Mamâfih mâkûl ticarî şartlar, tacir olanlar ve tacir olmayanlar bakımından; basiretli iş adamı gibi davranma kıstası ile alâkalıdır. Zira basiretli iş adamı gibi davranmak, esasında bir yükümlülüktür⁴³. Bu hâlde hakkaniyete uygun olan çözüm, her bir somut olay için bu şartların ayrıca tespit edilmesidir. Nitekim ticarî şartlar arasında en mühimi olan lisans ücreti, zorunlu lisans kararında mahkeme tarafından belirlenecektir.

Rızaî lisans talebinde bulunmanın; şekil yahut müzakere esaslarına dair bir kaide var mıdır? Kanun'da, bu hususlar hakkında tafsilat yoktur. Patent sahibine yöneltilecek rızaî lisans talebinin şeklinde dair herhangi bir şart zikredilmemekle beraber; SMK m. 129/2'ye göre zorunlu lisans talep edenin, patent sahibinden mâkûl ticarî şartlar altında rızaî lisans

⁴¹ Mâkûl ticarî şart kavramı, TRIPS m. 31 (b)'de zorunlu lisansın bir şartı olarak öngörülmüş; bununla birlikte taraf ülkenin, olağanüstü hallerde veya aciliyet kesbeden diğer şartlarda veya ticarî olmayan kamu yararına kullanım hâllerinde bu şarttan feragat edebileceği ifade edilmiştir.

⁴² LIN, 172.

⁴³ **AYHAN Rıza/ÇAĞLAR Hayrettin**, Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Tamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10 Bası Ankara 2017s. 240.

istememesine rağmen mâkûl bir süre içinde alamadığına dair kanıtı talebe ekleyeceği ifade edilmiştir. Bu düzenleme, ancak bu hususun mahkemeye arz edilebilecek ve muhakemede esas alınabilecek bir kanıtla bağlanması ile anlam kazanacaktır. Binnetice, rızaî lisans talebinin, iadeli taahhütlü mektup yahut noter marifetiyle yapılması; ispat kolaylığı bakımından yerinde olacaktır.

Rızaî lisans talebinde bulunulduğunun mahkemece esas alınabilecek bir kanıtla bağlanması yeterlidir. Bununla birlikte, salt bir iadeli taahhütlü mektup yollanması ya da noter marifetiyle teklifte bulunulması; ilgili sektördeki alışlagelmiş ticarî teamüle yahut ticarî dürüstlük kurallarına uygun olmayabilir. Bu bakımdan, tarafların karşılıklı iradelerin müzakere ya da mükâleme usulünde beyan edilmesi de gerekebilir. Lâkin kural olarak bunlar şart değildir; esas olan, lisans talebinde bulunan kimisenin iyiniyetli bir şekilde rızaî sözleşme kurma çabasının varlığıdır⁴⁴. Bu çaba, icap ya da icaba davet mahiyetinde tezahür edebilir. Rızaî sözleşme kurmaya dair tek bir girişimin yeterli kabul edileceği ifade edilmişse de⁴⁵; kanaatimizce girişimin ya da temasın sayısından ziyade ciddiyeti ve niteliği belirleyici olacaktır⁴⁶.

Mâkûl süre şartı ise, patent sahibinin zorunlu lisans tesisini taktiksel olarak geciktirebilmesini önlemek amacına matuftur⁴⁷. Mâkûl süre şartı, TRIPS m. 31 (b)'de yer almakla beraber; anlaşmaya taraf ülkelerin bu hususu farklı şekilde düzenlemeleri de mümkündür. Nitekim Hindistan Patent Kanunu'nda, bu süre 6 (altı) ay olarak öngörülmüştür (Sec. 84/6). Türk hukukunda ise mâkûl süre, her somut olay için ayrıca değerlendirilecektir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; mâkûl ticarî şartlar altındaki rızaî lisans talebinin, mâkûl bir süre içinde kabul edilmemiş olması gerekir. Düzenlemenin lafzından da anlaşılacağı üzere, susmak bu bağlamda kabul anlamına gelmeyecektir. Rızaî lisans talebini reddetme ise, sarih

⁴⁴ LIN, 170.

⁴⁵ LIN, 170. Nitekim TRIPS anlaşmasının müzakerelerinde Japon temsilcinin görüşleri bu yöndedir.

⁴⁶ Aynı yönde MES Peter, Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage 2015, § 24 Rn. 10.

⁴⁷ LIN, 174.

yahut zımnî şekilde gerçekleşebilir⁴⁸. Bu noktada ise, ciddiyetsiz ve mâkûl olmayan cevaplar yahut teklifler de reddetme sayılır.

Zorunlu lisans talebinde bulunan, kötü niyetli olmamalıdır. Daha açık bir ifade ile önceki tarihli patent sahibi, mâkûl ticarî şartlar altında rızaen lisans vermek hususunda sabit bir red fikrinde olmamasına rağmen; sırf daha uygun şartlarla zorunlu lisans almak için, gayriciddi yahut yasak savma kabîlinden talepte bulunulması kötü niyetlidir. Bu hâlde talepte bulunanın, rızaî lisans görüşmelerinde samimi ve dürüst davranmaması, kabulü mümkün olmayan şartlar ve ücretler önermesi, talebin reddine yol açabilecektir⁴⁹.

Zorunlu lisans talebinde bulunulmadan önce, patent sahibinden mâkûl ticarî şartlar altında rızaî lisans istemesine rağmen mâkûl bir süre içinde alınmadığına dair kanıtın talebe ekleneceğine dair kaidenin; bir medenî muhakeme kuralı olduğu ifade edilmiştir⁵⁰. Bunun gibi, özel bir dava şartı olduğu da ileri sürülmüştür⁵¹. Kanaatimiz odur ki bu kural, bir dava şartı olarak değerlendirilemez. Özellikle rızaî lisans teklifi ve bu teklifin reddedilmesinin mâkûl ticarî şart ve sürenin araştırılmasını gerektirdiği; buna bağlı olarak lisansın değerinin, kapsamının, şartlarının da değerlendirilebileceği dikkate alındığında, işin esasına girilmesi gerektiği açıktır.

2. Özel Şartlar

a. Asıl Patent Hakkına Tecavüz Edilmeksizin Kullanılmama

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, patent konuları arasında bağımlılık; patent konusu buluşun, önceki patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması hâlinde gündeme gelecektir. Bu bakımdan, patent

⁴⁸ KAYA (1996), s. 343; BENKARD, Art. 24 N. 13; MES, § 24 Rn. 12.

⁴⁹ TEKİNALP, § 37 N. 58.

⁵⁰ Xiuqin LIN, "Prior Negotiation and Remuneration for Patent Compulsory Licensing: Practice, Problem, and Proposal", **Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward** (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, 168; BENKARD, Art. 24 Rn. 12.

⁵¹ MES, § 24 Rn. 13.

hakkında tecavüz, patent konularının bağımlılığının tanımında zikredilen özel şartlardan biridir.

Patent hakkının inhisarî mahiyetinin, müspet ve menfi olmak üzere iki yönü vardır⁵². Patent hakkının müspet yönü, patent konusu buluşun sadece hak sahibince kullanılabilmesi; menfi yönü ise, patent sahibinin üçüncü kişileri patent konusu buluşu kullanmaktan men edebilmesidir⁵³. Bu men edebilmesi yetkisi, hukuk kurallarından neşet eder ve bu kuralara aykırılık karşısında, hak sahibine birtakım hukukî yollara başvurma yetkisi bahşeder. Bu bağlamda patent hakkına tecavüz, patent sahibinin egemenlik alanına yapılan haksız bir saldırı; patent sahibinin rızası hilafla patent korunması sınırlarının aşılması olarak tarif edilebilir⁵⁴.

Patent hakkına tecavüz, SMK m. 141’de düzenlenmiş olmakla beraber; SMK m. 85/2’de düzenlenen patent sahibinin, önlenmesini talep etme hakkının bulunduğu fiilleri de dikkate almak gerekir. Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek; tecavüz mahiyetindeki fiillerin başında gelir (SMK m. 141/1-a). Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 85’inci maddesinin 2’nci fıkrasında ise patent sahibinin, buluş konusu ürünün izinsiz üretimini engelleme hakkı düzenlenmiştir. Her iki hüküm de, birtakım farklılıklar ihtiva etmesine rağmen; aynı fikrî temele istinat eder.

Sınai Mülkiyet Kanunu’nun 141’inci maddesinin 1’inci fıkrasının (b) bendinde ise; kısmen de olsa taklit suretiyle meydana getirildiği bilinen ya da bilinmesi gereken tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmamak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak bir tecavüz hâli olarak yer almaktadır. Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu usulü kullanmak veya bu usulün izinsiz olarak kullanıldığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal

⁵² AYHAN/ÇAĞLAR, s. 296; KAYA (1997), s. 176.

⁵³ BOZBEL, s. 735; ŞEHİRALİ, s. 100.

⁵⁴ Benzer şekilde ŞEHİRALİ, s. 100-101.

etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünlerle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak da; SMK m. 141/1-c’de yer alan düzelemeye göre tecavüz konusu fiillerden biridir. Patent hakkını gasp etmek (SMK m. 141/1-ç) ve patent sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek (SMK m. 141/1-d) de; Sınai Mülkiyet Kanunu’nda düzenlenmiş tecavüz mahiyetindeki fiiller arasındadır.

Tecavüz, bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilebilir; bir başka ifade ile üçüncü kişi mahiyetinde olmayan lisans sahibi yahut patent sahibinin yetkilendirdiği bir kimse bu anlamda tecavüz fiilin faili olamaz⁵⁵. Bu esastan olmak üzere, zorunlu lisans talebinde bulunacak kimse bir üçüncü kişi olacaktır. Bununla birlikte, patent konusu buluşun kullanımına dair bölgesel yahut kullanım yetkisinin kapsamı bakımından kısmî lisansa sahip olan kimseler de; yetkilerini aşan kullanımlar için, şartları haiz olduğu vakit zorunlu lisans talebinde bulunabileceklerdir. Nitekim SMK m. 141’de⁵⁶ örnek kabilinden sayılan tecavüz mahiyetindeki fiiller arasında; rızaî ya da zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz

⁵⁵ ŞEHİRALİ, s. 101; SARAÇ, s. 153. Bununla birlikte SMK m. 132/3’e göre; kamu yararı gerekçesiyle tesis edilen zorunlu lisans, inhisarî olabilir ve millî güvenlik bakımından önemli olduğu gerekçesiyle verilen zorunlu lisans kararı, buluşun bir veya birkaç işletme tarafından kullanılması ile sınırlandırılabilir. Bu hâlde patent sahibinin de tecavüz fiilinin faili olması söz konusu olabilir.

⁵⁶ SMK m. 141/1: “Aşağıdaki fiiller, patent veya faydalı model hakkına tecavüz sayılır:

a) Patent veya faydalı model sahibinin izni olmaksızın buluş konusu ürünü kısmen veya tamamen üretme sonucu taklit etmek.

b) Kısmen veya tamamen taklit suretiyle meydana getirildiğini bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde tecavüz yoluyla üretilen buluş konusu ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

c) Patent sahibinin izni olmaksızın buluş konusu usulü kullanmak veya bu usulün izinsiz olarak kullanıldığını bildiği ya da bilmesi gerektiği hâlde buluş konusu usulle doğrudan doğruya elde edilen ürünleri satmak, dağıtmak veya başka bir şekilde ticaret alanına çıkarmak ya da bu amaçlar için ithal etmek, ticari amaçla elde bulundurmak, uygulamaya koymak suretiyle kullanmak veya bu ürünlerle ilgili sözleşme yapmak için öneride bulunmak.

ç) Patent veya faydalı model hakkını gasp etmek.

d) Patent veya faydalı model sahibi tarafından sözleşmeye dayalı lisans veya zorunlu lisans yoluyla verilmiş hakları izinsiz genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek”.

genişletmek veya bu hakları üçüncü kişilere devretmek de zikredilmiştir (SMK m. 141/1-d).

b. Ekonomik Fayda Sağlayan Önemli Bir Teknik İlerleme

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, patent konularının bağımlılığına istinaden zorunlu lisans tesis edilebilmesi için; patent konularının bağımlılığının yanı sıra, sonraki patent konusu buluşun kullanılabilmesi için, bu buluşun önceki tarihli patent konusu buluşa göre büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermesi şarttır. Düzenlemenin tefsiri için, *önemli teknik ilerleme* ve *ekonomik fayda* mefhumlarına sarahat kazandırmak yerinde olacaktır.

i. Teknik İlerleme Kavramı

Önemli teknik ilerleme kavramına, Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 88'inci maddesinin 1'inci fıkrası, 129'uncu maddesinin 8'inci fıkrası ve patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın düzenlendiği 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında rastlamak mümkündür; lâkin kavram Kanun'da tanımlanmış değildir. Bu bakımdan önce teknik ilerleme, akabinde ise bu teknik ilerlemenin önemli olup olmadığı üzerinde durmak gerekir.

Teknik ilerleme kavramı, kanunda tanımlanmadığı gibi; Türk öğretisinde konu üzerinde pek durulmamıştır. Bu bakımdan, yenilik yahut buluş basamağı gibi az çok da olsa sınırları kesin surette çizilmiş değildir; tabiatıyla bundan mütevellit birtakım tartışmalar söz konusu olabilecektir. Bunun yanı sıra gelişen teknoloji, teknik ilerleme kavramını her daim değişime açık, dinamik bir yapıya sokmaktadır. Elektronik, yapay zekâ, yarı iletkenler gibi teknolojilere bağlı olarak otomotiv, haberleşme, dayanıklı tüketim malları gibi birçok sektör; girift bir tezahür ile iç içe geçmiş hâldedir. Bu ve benzeri sektörlerde girift hâlde iç içe geçmiş bulunan bu teknolojiler, esasında birçok patentli buluşa dayanır⁵⁷. Bu patent ve fikrî mülkiyet yoğunluğu, üreticilerin ve girişimcilerin hareket özgürlüğünü

⁵⁷ OSTERRIETH Christian, "Technischer Fortschritt – eine Herausforderung für das Patentrecht? Zum Gebot der Verhältnismäßigkeit beim patentrechtlichen Unterlassungsanspruch", GRUR, Heft 10, (2018), s. 985.

büyük ölçüde sınırlamaktadır⁵⁸. Her ne kadar, sektörde ihtiyaç duyulan teknolojilere ait olan patentin bedeli mukabilinde kullanılması bir çözüm olarak öngörülebilirse de; bu teknolojilerin sadece patentin ilk alındığı hâliyle kalmayacağını, sektördeki kullanımlar neticesinde birtakım gelişme ve yeniliklere uğrayabileceğini göz önünde bulundurmak gerekir.

Bu esastan olmak üzere, teknik ilerlemeye dair daraltıcı bir tanım yapılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Aşağıda değinilen meselelerde; patent konularını bağımlılığı ile alâkalı bu genel bakış açısını muhafaza ettiğimiz görülecektir. Buna bağlı olarak; teknik ilerleme kavramına dair vereceğimiz tanım da, içtihat hukukuna azamî surette yetki tanımaya matuf şekilde, genel mahiyetli olacaktır.

Teknik ilerleme, patent hukuku ve SMK'da yer verilen kullanım dışında, başka bir mevzuatta ya da sahada, terim olarak tanımlanmış değildir. Bundandır ki teknik ilerleme kavramını, kendisini oluşturan teknik ve ilerleme kelimelerinden yola çıkmak suretiyle tanımlamaya çalışacağız. *Teknik*, bir sıfat olarak; *müspet bilimlerden elde edilen verileri, iş ve yapım alanında uygulamak ile ilgili olan manasındadır*⁵⁹. *İlerleme* ise, *daha iyi, daha yüksek bir düzeye, aşamaya erişmek, gelişmek, terakki etmek* olarak tanımlanmıştır⁶⁰. Bu esastan olmak üzere patent hukuku bakımından *teknik ilerleme*, *bir buluşun yapımı, geliştirilmesi yahut kullanılması ile alâkalı daha iyi, daha yüksek bir safhaya ulaşmak* olarak tarif edilebilir.

ii. Teknik İlerlemenin Önemli Olması

Teknik ilerleme kavramı ile alâkalı az çok kabule şayan bir tanım verildikten sonra; kanunî ifadeye bağlı olarak, teknik ilerlemenin *önemli* olması hususunda bazı açıklamalarda bulunmak gerekir. Teknik ilerlemenin önemli olup olmadığının tespiti için, birtakım kriterlere ihtiyaç olmakla beraber; konu ile alâkalı kayda değer fikirler serdedilmiş değildir. Hatta teknik ilerlemenin önemli olup olmadığını ayırt etmenin somut olay bakımından güçlüğü, önemli teknik ilerleme kıstasının tartışılmasına yol açmıştır⁶¹. Bir başka ifade ile teknik ilerlemenin önemli olup

⁵⁸ OSTERRIETH, s. 985.

⁵⁹ Türkçe Sözlük / haz.: Şükrü Haluk Akalın [ve başk.] – 11. bsk – Ankara 2011, S. 2306.

⁶⁰ Türkçe Sözlük, s. 1173.

⁶¹ Bkz. Resource Book, s. 480.

olmadığının tespiti hususunda; katî mahiyette kanunî yahut da doktrinel kıstaslar bulunmamaktadır. Bu esastan olmak üzere, önemli bir teknik ilerlemenin var olup olmadığını, her somut olay bakımından ayrıca değerlendirmek gerektiği ifade edilmiştir⁶².

Bununla birlikte, teknik ilerlemenin önemli olup olmadığının tespiti hususunda birtakım genelgeçer ilkelerin ortaya konulabileceği kanaatindeyiz. Mesela bir buluşun patentlenebilirliği ile alâkalı kanunî, kazaî ve nazarî kabullere konu olmuş *yenilik* ve *buluş basamağı* kavramlarından; teknik ilerlemenin önemli olup olmadığını tespit edebilmek hususunda faydalanmak mümkün olabilecek midir? Şüphesiz ki bunlar, teknik ilerlemeden farklıdır; aynı manaya gelmemektedir⁶³. Ancak teknik ilerlemeye nazaran kanun koyucu ve öğretinin alâkasına mazhar olduklarından; bunları referans kavram olarak değerlendirmek kanaatimizce mümkündür.

Patentlenebilirlik şartlarından biri olan *yenilik*, tekniğin bilinen durumunun aşılması olarak da ifade edilmektedir (SMK m. 83/1). Bilinme, SMK m. 83/2 hükmü dikkate alındığı vakit; kamuya arz edilme olarak telakki edilebilir⁶⁴. Bu bakımdan şu ifade edilebilecektir ki; bir buluşun yeni olup olmadığı, dünyanın herhangi bir yerinde daha önce kamuya arz edilip edilmemesine bağlıdır⁶⁵. Akabinde, bu yeni buluşun teknik sınırları tespit edilecektir. Ve nihayet, tekniğin bilinen durumu ile talep edilen patent kapsamı karşılaştırılacaktır⁶⁶.

Bir buluşun tekniğin bilinen durumunu aştığı, bir başka ifade ile yeni olduğu tespit edildikten sonra; diğer şart olan buluş basamağına bakılacaktır. Buluş basamağı, tekniğin bilinen durumunun aşılmasından farklı olarak; tekniğin bilinen durumuna ne katıldığı ile alâkalıdır. Tekniğin bilinen durumu dikkate alındığında, ilgili olduğu teknik alandaki uzmana göre aşikâr olmayan buluşun, buluş basamağı içerdiği kabul edilir

⁶² Resource Book, s. 480.

⁶³ Bu hususa dikkat çekilmiştir: Bkz. ODMAN N. Ayşe, Fikrî Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002, s. 338.

⁶⁴ SULUK (KARASU/NAL), s. 240.

⁶⁵ COLSTON Catherine, Principles of Intellectual Property Laws, London-Sydney 1999, s. 87.

⁶⁶ COLSTON, s. 93.

(SMK m. 83/4). Buluş basamağı ile ilgili olarak da, yeniliğin tespitinde olduğu gibi bir karşılaştırma faaliyeti yapılabilecektir⁶⁷.

Buluş basamağı şu açıdan önemli olabilir: Birinci patentin patentlenebilirliğine dair buluş basamağı ile ikinci patent ve birinci patent arasındaki teknik ilerleme karşılaştırılabilir⁶⁸. Sonuç olarak, birinci patentin küçük bir buluş basamağı içermesi; ikinci patentte talep edilen buluşun gerekli teknik ilerleme derecesi için, eşiği nispeten düşürecektir⁶⁹. Benzer bir değerlendirme, yenilik kıstası ile ilgili olarak da söz konusu olabilecektir. Önceki tarihli patentin, tekniğin bilinen durumunu ne kadar aştığı; sonraki tarihli patente konu olan buluşun, önceki tarihli patent ile bilinen tekniği ne kadar aştığı karşılaştırılabilir.

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans ile alâkalı olarak; ABD hukukunda kamu yararı kıstasının da uygulama alanı bulduğunu ifade etmek gerekir⁷⁰. Nitekim ABD hukukunda zorunlu lisansın uygulama alanı çok kısıtlıdır ve ekseriyetle rekabet ihlâllerine yönelik olarak söz konusu olmaktadır⁷¹. Bu bakımdan, patent konularının bağımlılığına bağlı olarak zorunlu lisans talebi ve tesisi, ABD’de hâkim olan liberal iktisadî anlayışla pek bağdaşmamaktadır. Bundan mütevellit, salt bir özel hukuk menfaatinden ziyade; toplumsal menfaatin de gözetilmesi suretiyle zorunlu lisans tesisi konusundan ihtiyatlı bir yaklaşım benimsenmiştir.

Kamu yararı kıstası, Alman hukukunda da uygulanmıştır. Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans davalarından en bilineni, kamu yararı kıstasının değerlendirildiği ve Alman mahkemelerinde

⁶⁷ COLSTON, s. 102.

⁶⁸ Benzer şekilde LEISTNER Matthias, “The Requirements for Compulsory Dependency Licences: Learning from the Transformative Use Doctrine in Copyright Law”, *Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward* (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, s. 229.

⁶⁹ LEISTNER, s. 229.

⁷⁰ JULIAN-ARNOLD, s. 350.

⁷¹ YOSICK Joseph A., “Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions,” *University of Illinois Law Review*, no. 5 (2001), s. 1276.

görülen *Polyferon* davasıdır⁷². Dava, patent konusu bir tıbbî maddenin, tedavi maksatlı olarak yeni ve yaratıcı bir mahiyette kullanılması ile ilgilidir. Bidayet mahkemesi, bu yeni kullanım ile alâkalı zorunlu lisans talebini; Alman Patent Yasası'nın 24'üncü maddesine istinaden, kamu yararı ve halk sağlığı gerekçeleriyle kabul etmiştir⁷³. Fakat Yüksek Mahkeme, bu yeni kullanım ile ilgili zorunlu lisans kararını, ilgili tedavi ihtiyacının "az ya da çok mevcut alternatif" maddeler ile karşılanamayacağını kanıtlanamaması gerekçesiyle bozmuştur⁷⁴. Buna göre Alman Yüksek Mahkemesinin kararı ile zorunlu lisans talep edene, az ya da çok eşdeğer tıbbî etkilere sahip alternatif bir maddenin bulunmadığı yönündeki olumsuz gerçeği ispat yükü getirilmiştir.

Bugün için, TRIPS m. 31'e uyumlu hâle getirilmiş bulunan Alman ve Türk patent mevzuatı bakımından, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisanslar için; kamu yararı şartı aranmayacaktır⁷⁵. Gerçekten de, teknik ilerlemenin mahiyetinin belirlenmesi ve patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın tesisi ile ilgili mutlak kamu yararını gözetilen yaklaşımın terk edilmesi ve müessesenin uygulanışının kolaylaştırılması yerinde olmuştur⁷⁶. Tipik olarak, ikinci buluş tarafından getirilen önemli teknik ilerleme, yeterli bir kamu yararı olarak görülmelidir. Yeniden kamu yararı değerlendirmesine gerek yoktur⁷⁷. Mamâfih, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans ile kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans arasında zihnî ve gaî bir bağlantı bulunmaktadır. Kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans, ilgili bakanlığın teklifi ve cumhurbaşkanının kararı ile tesis edilecektir. Şayet kamu yararının, kendi buluşunu, daha önceki tarihli bir patenti hukuka uygun bir şekilde kullanarak hayata geçirebilmesini gerektirdiğini düşünen buluş sahibi; şartları var

⁷² MAUME Philipp, "Compulsory Licensing in Germany", *Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward* (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, s. 98.

⁷³ LEISTNER, s. 224-225.

⁷⁴ BGH 05.12.1995 X ZR 26/92 "Polyferon" GRUR, Heft 10, 1996, s. 190-195.

⁷⁵ Alman hukuku bakımından bkz. LEISTNER, s. 225. Nitekim "kamu yararı", SMK m. 129/1-c ve m. 132'de; ayrı bir zorunlu lisans nedeni olarak öngörülmüştür.

⁷⁶ LEISTNER, s. 227.

⁷⁷ LEISTNER, s. 230.

ise SMK m. 131 kapsamında zorunlu lisans başvurusunda bulunabilecektir.

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın düzenlendiği SMK m. 131’de zikredilmemiş olsa dahi; mevcut buluşa nazaran önemli bir teknik ilerleme kaydetmeyen ve fakat sınaî amaç farklılığı içeren bir kullanım için zorunlu lisans talep edilebileceği ifade edilmiştir⁷⁸. Bu, mülga KHK’ya istinaden yapılmış bir yorum olmakla beraber; merî mevzuat bakımından ancak farklı bir sınaî amacın başı başına önemli bir teknik ilerleme olduğunun kabulü ile mümkün olabilecektir.

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans tesis edilebilmesi için; esasında patent konularının aynı olması şart değildir. Bu bakımdan, boya maddesi olarak patent alınan bir ürün, daha sonra bir başkası tarafından kullanılarak ilaç olarak üretilmeye başlanmışsa, söz konusu ilaç söz konusu patentli boya ürününe bağımlı olacaktır⁷⁹. Bu noktada, “patent konularının bağımlılığı”ndan ziyade; mülga PatKHK’da yer alan “patentlerin bağımlı olması” veya “patentler arasında bağımlılık” ifadelerinin kullanılmasının yerinde olacağı haklı olarak ifade edilmiştir⁸⁰.

Teknik ilerlemenin varlığı ortaya konulduktan sonra; bu teknik ilerlemenin ekonomik yararı üzerinde durmak gerekecektir. Bu hususun değerlendirilmesi, tabiatıyla geleceğe yönelik birtakım tahmin ve beklentiler içerdiğinden; subjektif mahiyetli olma ihtimali kuvvetlidir. Teknik ilerlemeye bağlı olarak geliştirilen sonraki tarihli buluş ve patentin ekonomik değeri, tam ve katî olarak ancak piyasa şartları içinde belirlenebilecektir. Daha öncesinde yapılan değerlendirmelerin tahmine dayalı ve subjektif mahiyeti, bu kıstasın mümkün olduğunca liberal bir şekilde yorumlanmasını gerektirir.

C. Patent Konularının Bağımlılığı Hâlinde Zorunlu Lisansın Tesisi

Sınai Mülkiyet Kanunu’nda, 551 sayılı Kanun Hükmünde Kararname’den farklı olarak; Türk Marka ve Patent Kurumu’na (eski Türk

⁷⁸ ODMAN, s. 264.

⁷⁹ Örnek için bkz. KAYA (1996), s. 349.

⁸⁰ BEKTAŞ, s. 287.

Patent Enstitüsü) zorunlu lisans ile alâkalı arabuluculuk görevi yahut yetkisi verilmemiştir. Bu bakımdan patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans, SMK m. 129'da yer alan düzenlemeye göre; ancak bir mahkeme kararı ile tesis edilebilecektir.

Zorunlu lisans talebinin değerlendirilmesine dair kazaî prosedür, SMK m. 129'da yer alır. Hükmün 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre mahkemeden zorunlu lisans talep eden kimse, patent sahibinden mâkûl ticarî şartlar altında sözleşmeye dayalı lisans talep etmesine rağmen mâkûl bir süre içinde lisans alamadığına dair kanıtı mahkemeye arz edecektir. Akabinde mahkeme, ekli belgelerin birer suretini de ekleyerek zorunlu lisans talep dilekçesini patent sahibine gecikmeksizin gönderir ve patent sahibine bunlara karşı delilleriyle birlikte görüşlerini sunması için bildirim tarihinden itibaren bir ay süre verir.

Bu esastan olmak üzere açılacak dava, bir ifa davasıdır⁸¹. Zorunlu lisans talebi ile alâkalı kazaî ve usulî esaslarda; patentin hükümsüzlüğüne dair kurallar cârîdir⁸².

1. Talep

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın kurulması, sonraki patent sahibi tarafından talep edilebilecektir. Bunun dışında, zorunlu lisans talebinde bulunacak kimseye dair herhangi bir kanunî kıstas öngörülmemiştir.

Zorunlu lisans talebinde bulunabilecekler; gerçek yahut tüzel kişiler olabilir⁸³. Bu hâlde tüzel kişi, bir özel hukuk ya da kamu tüzel kişisi olabilir; ancak kamu tüzel kişilerinin ekseriyetle, SMK m. 132'de düzenlenen kamu yararı nedeniyle zorunlu lisans hükümlerine de başvurmayı tercih edebilecekleri ifade edilmelidir. Zorunlu lisans talebinde bulunacak kişilerin, aslî patent sahibi ile hâlihazırda rekabet hâlinde olmaları mümkün olabileceği gibi; zorunlu lisansın tesisinden sonra rekabet hâline

⁸¹ **TEKİNALP**, § 37 N. 60.

⁸² **BENKARD**, Art. 24 Rn. 35.

⁸³ **MES**, § 24 Rn. 8.

girecek olmaları da mümkündür. Bu hususlar, zorunlu lisans verilmesine engel teşkil etmezler⁸⁴.

Zorunlu lisans talep eden kişi, lisansa bağlı ticarî faaliyetleri, iktisadî, teknik ve hukukî bakımdan icra etmeye kâbil olmalıdır⁸⁵. Bu bakımdan, tasfiye hâlindeki bir şirketin zorunlu lisans talep edemeyeceği ifade edilmelidir. Bununla birlikte, amacı ticarî işletme işletmek olmayan bir dernek ya da vakfın, zorunlu lisans talebinin ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce yapılacak değerlendirmede, zorunlu lisans talep eden kişinin, zorunlu lisans müessesesinin ruhuna nüfuz etmiş olan kamu yararı çerçevesinde elde ettiği lisansı kullanıp kullanma kabiliyetinin yahut niyetinin olup olmadığı irdelenmelidir. Zorunlu lisans talebinde bulunan kimsenin, malî durumunun ve teknik imkânlarının patenti uygulamaya yeterli olmaması talebin reddedilmesine neden olabilecektir⁸⁶. Rızaî bir lisans sözleşmesinde; lisans sözleşmesinin kapsamı, tarafların iradesi ile belirlenir. Oysa zorunlu lisans, patentli teknolojiyi kullanma yetkisi, zorunlu lisansın amacı ile sınırlıdır⁸⁷. Bu bakımdan talep için her ne kadar kamu yararı şartı aranmayacak olsa da; zorunlu lisansın amacı ortaya konulmalı ve talep edenin bu amacı gerçekleştirmeye muktedir olması aranmalıdır. Bu bağlamda zorunlu lisans talebinde, hem lisansı vermenin hem de böyle bir lisansı alamamanın etkileri belirtilmelidir⁸⁸.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Zorunlu lisans müessesesinin menşeyini teşkil eden TRIPS Anlaşması'nın ilgili hükümlerinde; zorunlu lisansın bir idarî işlem veya mahkeme kararı ile tesis edilmesi hususunda bir sarahat yoktur. Bu bakımdan taraf devletler, zorunlu lisans tesisinin bir kazaî yahut idarî işlemle yapılmasını öngörebilirler. Sınai Mülkiyet Kanunu'nda ise, patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisansın, mahkeme kararı ile tesis edilebileceği ifade edilmiştir (SMK m. 129/2).

⁸⁴ MES, § 24 Rn. 8.

⁸⁵ HACKER, § 24 Rn. 23.

⁸⁶ TEKİNALP, § 37 N. 65.

⁸⁷ LIN, 172; BENKARD, Art. 24 Rn. 32.

⁸⁸ YOSICK, s. 1277.

Zorunlu lisans talebi, SMK m. 156'daki düzenlemeye göre ihtisas mahkemesi olan fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinde incelenecektir. Fikrî ve sınaî haklar hukuk mahkemesinin bulunmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemesi görevlidir (SMK m. 156/1).

Yetkili mahkeme ise patent sahibinin mukim olduğu yer mahkemesidir (SMK m. 156/5). Şayet patent sahibinin Türkiye'de bir ikametgâhı yok ise; yetkili mahkeme, davanın açıldığı tarihte sicilde kayıtlı vekilin işyerinin bulunduğu yerdeki ve eğer vekillik kaydı silinmişse Türk Patent ve Marka Kurumunun merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemesi olan Ankara mahkemeleri olacaktır (SMK m. 156/4).

3. Karar

Zorunlu lisansın verildiği kararda; lisansın kapsamı, bedeli, süresi, lisans alan tarafından gösterilen teminat, kullanıma başlama zamanı ile patentin ciddi ve etkin kullanımını sağlayan önlemler belirtilir (SMK m. 129/4). Bu bapta, kararın içeriği ile alâkalı kısa bir izahat ve akabinde büyük önem attığımız zorunlu lisans bedeli hakkında açıklamalara yer vereceğiz.

a. Kararın İçeriği

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 129'uncu maddesinin 4'üncü fıkrasında yer alan düzenlemeye göre zorunlu lisans kararında, lisansın kapsamı muhakkak surette belirtilmelidir. Zorunlu lisans kararında açıkça zikredilmemiş olsa dahi; karar tarihindeki patentin mevcut eklerini de kapsar. Zorunlu lisans kararı verilmesinden sonra, yeni ek patentler verilmişse ve bunlar lisans konusu patentle aynı kullanım amacına hizmet etmekte ise lisans alan, mahkemeden eklerin de zorunlu lisans kapsamına dâhil edilmesini talep edebilir. Taraflar, ek patentlere bağlı olarak genişleyen lisansın bedeli ve diğer şartları konusunda anlaşamazlarsa; bunlar mahkeme tarafından belirlenir (SMK m. 134). Bir başka ifade ile zorunlu lisansın kapsamı bakımından patentin eklerine bağlı olarak uyarılma imkânı söz konusu olabilecektir.

Zorunlu lisansın süresi de, kararda gösterilecektir. Bu süreye dair azamî yahut asgarî bir sınır söz konusu değildir. Bir başka ifade ile mahkemenin süre konusunda takdir yetkisi vardır. Bu takdir yetkisi kullanılırken; zorunlu lisansın amacı da dikkate alınmalıdır. İktisadî ve teknik

bakımdan, bu amacı gerçekleştirmeye yeterli süre verilmeli; gereğinden kısa bir süre verilmek suretiyle, sonraki tarihli patent sahibinin fikrî emeğini ve iktisadî yatırımını tabiri caizse boşa çıkarmamak gerekir. Bu sürenin azamî haddi ise, tabiatıyla önceki tarihli patentin koruma süresidir.

Zorunlu lisans kararında, lisans talep edenin iktisadî ve hukukî risklerini mâkûl bir seviyede tutabilmek adına; birtakım tedbirlerin gösterilmesi mümkündür⁸⁹. Şu unutulmamalıdır ki, zorunlu lisans kararı ile önceki tarihli patent sahibinin hakkının özüne dokunulmamaktadır; bu kimse önceki tarihli patent bakımından yine hak sahibidir. Zorunlu lisans, sadece lisans sözleşmesi ile bu hakkın devredilmesi hususunda, patent hakkı sahibinin hakları cârîdir ve korunması için bazı tedbirlerin alınması, özellikle teminat gösterilmesi karara bağlanabilecektir (SMK m. 129/4).

b. Zorunlu Lisans Bedeli

Zorunlu lisans, muhakkak surette bir bedel karşılığında tesis edilecektir. (SMK m. 129/4 ve m. 133/1). Zorunlu lisansın bedelsiz olması düşünülemez.

Zorunlu lisans bedeli, lisansın gerçek ekonomik değerine göre belirlenecektir. Bedelin tespiti hususunda, kanunî yahut doktrinel bir genelgeçer formül mevcut değildir; her somut zorunlu lisans talebi, bu bakımdan ayrıca değerlendirilecektir. Bedelin tespiti, salt hukukî bir değerlendirmeden ziyade, iktisadî ve mâlî bir değerlendirmeyi; tabiatıyla bir uzman görüşü veya bilirkişi incelemesi gerektirecektir. Her ne kadar, her somut talep bakımından uygulanabilecek kıstaslar öngörülemez de; birtakım ilke ve esaslara değinmek mümkündür. Evvelâ, kararlaştırılacak zorunlu lisans bedeli mâkûl olmalı ve lisansın ekonomik değerini karşılamalıdır. Bu ise, zorunlu lisansın kapsamı, süresi veya karşılıklı lisans gibi hususların da hesaba katılmasıyla belirlenebilecektir.

Zorunlu lisans bedelinin gerçek ekonomik değeri; rızâî bir lisans sözleşmesinde, önceki tarihli patent sahibinin kabul edebileceği mâkûl lisans bedelidir⁹⁰. Mâkûl lisans bedelinin tespit edilmesi ise ancak ilgili

⁸⁹ BEKTAŞ, s. 309.

⁹⁰ BENKARD, Art. 24 Rn. 33; Resource Book, s. 476. Rızâî lisans sözleşmesinde lisans ücretinin tespitine dair usuller hakkında bkz. YÜKSEL, s. 97-104.

pazarda yapılacak bir araştırma ve değerlendirme ile mümkün olabilecektir. Bununla birlikte rızaî lisans sözleşmesi varsayımına göre, ilgili pazarda yapılacak bir araştırma ve değerlendirme neticesinde bir bedel kararlaştırmak her zaman mümkün olmayabilir. Mesela ilgili sektörlerde lisans sözleşmelerine dair herhangi bir pazarın bulunmaması, bu karşılaştırmayı imkânsız kılar⁹¹. Bu piyasa yaklaşımının işlevsel olmadığı hâllerde; patent konusu teknolojinin geliştirilmesi ile alakalı ar-ge ve diğer maliyetlerin değerlendirildiği maliyet yaklaşımı⁹²; zorunlu lisans talepçisinin lisansla kazanabileceği gerçek veya potansiyel finansal gelir miktarına dayanan gelir yaklaşımı⁹³ önerilmiştir. Bir diğer görüşe göre ise; bağımlı kullanımın önceki tarihli patent için potansiyel pazar veya değeri üzerindeki etkisinin somut bir ekonomik analizi yapılmalıdır⁹⁴.

Zorunlu lisans bedelinin, irat şeklinde ödenmesi; ya da lisans alanın cirosu ya da kazancının belli bir nispeti kadar olacağı kararlaştırılabilir⁹⁵. Bu, zorunlu lisans alan ve aslî patent sahibi açısından da, avantajlı bir uygulama olarak kabul edilebilir. Bu sayede, lisans alan kazanç elde etmediği bir lisansa ödeme yapmak zorunda kalmayacak; lisans veren de, ciddi kazanç sağlayan bir lisansı ederinden daha az bir bedel ile verme riskinden kurtulacaktır. İlgili taraflardan herhangi biri, tazminat miktarını etkileyen şartlarda önemli bir değişiklik olması durumunda, irat şeklindeki lisans bedelinin uyarlanmasını talep edebilir⁹⁶.

c. Karşılıklı Lisans Talebi

Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan düzenlemeye göre; patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans tesis edilmesi durumunda; önceki tarihli patent sahibine, sonraki tarihli patent konusu kullanma yetkisi verilebilir. 551 Sayılı Patent KHK m. 101/4'te yer alan düzenlemeye göre; karşılıklı lisansın tesis

⁹¹ LIN, 181.

⁹² LIN, 181-182.

⁹³ LIN, 182.

⁹⁴ LEISTNER, s. 230. Bunlar gibi, zorunlu lisans bedelinin tespitine dair bazı kıstaslara da değinilmiştir: Bkz. Georgia-Pacific Corp. v. United States Plywood Corp., 318 F Supp 1116, 6 USPQ 235 (SD NY 1970), LIN, s. 184 ve dn. 55.

⁹⁵ BENKARD, Art. 24 Rn. 34.

⁹⁶ BENKARD, Art. 24 Rn. 42.

edilebilmesi için; önceki tarihli ve sonraki tarihli patent konusu buluşların aynı sınaî amaca hizmet ediyor olması gerekmektedir. Sınai Mülkiyet Kanunu'nun 131'inci maddesinin 2'nci fıkrasında ise aynı sınaî amaca hizmet etme şartına yer verilmemiştir.

VI. SONUÇ

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans, zorunlu lisansa dair genel hükümlerin yer aldığı SMK m. 129'un yanı sıra; SMK m. 131'de ayrıca düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre, patent konularının bağımlılığı; patent konusu buluşun, önceki tarihli patentin sağladığı haklara tecavüz edilmeksizin kullanılmasının mümkün olmaması hâli olarak tanımlanmıştır. Patent konularının bağımlılığı hâlinde; sonraki tarihli patentin, önceki tarihli patentli buluşa göre, büyük ölçüde ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme göstermelidir.

Kanunî tanım ve izahat bundan ibaret olmakla; *ekonomik yarar sağlayan önemli bir teknik ilerleme* kavramının öğretisi ve yargı kararları dairelerinde sarahate kavuşturulması gerekir. Nitekim bu husus, kanunda tanımlanmış ya da açıklanmış değildir. Evvelâ teknik ilerleme kavramının, patentlenebilirlik kriterleri arasında zikredilen yenilik ve buluş basamağı kavramlarından farklı olduğunu ifade etmek gerekir. Bununla birlikte, bu iki kavrama dair kanunî, kazaî ve doktrinel literatürden faydalanmak suretiyle teknik ilerlemenin sınırlarının çizilmesi konusunda birtakım ipuçlarına ulaşmak mümkündür. Mesela önceki tarihli patentin küçük bir buluş basamağı içermesi; sonraki tarihli patentte talep edilen buluşun gerekli teknik ilerleme derecesi için, eşiği nispeten aşağı çekecektir. Benzer bir değerlendirme, yenilik kriteri ile ilgili olarak da söz konusu olabilecektir. Bu ve benzeri değerlendirmelerden ârî olarak teknik ilerleme kavramını şu şekilde tanımlamak mümkündür: *Teknik ilerleme, bir buluşun yapımı, geliştirilmesi yahut kullanılması ile alâkalı daha iyi, daha yüksek bir safhaya ulaşmaktır.* Bununla birlikte teknik ilerlemenin önemli olması hususu incelenirken; daraltıcı bir zaviyeden ziyade, düzenlemenin uygulama sahasını genişletecek mahiyette bir yorum yapılması yerince olacaktır. Teknik ilerlemenin varlığı tespit edildikten sonra; bu teknik ilerlemenin önemli olmamasını istisna olarak kabul etmek gerekir. Benzer bir bakış açısının, teknik ilerlemenin ekonomik yararının değerlendirilmesinde de cârî olabileceği kanaatindeyiz. Zira ekonomik yararın, henüz talep safhasında

tespit edilmesi son derece güçtür. Bu husus ancak, zorunlu lisansa bağlı ticarî faaliyetlerin icrası ile birlikte tam manasıyla tespit edilebilecektir.

Patent konularının bağımlılığı hâlinde zorunlu lisans, bir mahkeme kararı ile tesis olunabilir (SMK m. 129/2). Buna dair kazaî prosedür de, esas itibariyle SMK m. 129'da düzenlenmiştir. Buna göre zorunlu lisans kararında; lisansın kapsamı, bedeli, süresi, lisans alan tarafından gösterilecek teminat, lisansı kullanıma başlama zamanı ile patentin ciddi ve etkin kullanımını sağlayan önlemler belirtilecektir (SMK m. 129/4). Zorunlu lisans verilmesine dair kararda açıkça belirtilmemiş olsa da; zorunlu lisans, karar tarihinde mevcut olan patentin eklerini de kapsar.

Zorunlu lisansın süresi ile alâkalı kanunda herhangi bir alt veya üst sınır öngörülmemiştir. Bu süre belirlenirken, zorunlu lisansın amacı dikkate alınmalı; iktisadî ve teknik bakımdan bu zorunlu lisansın amacını gerçekleştirmeye yeterli bir süre verilmelidir. Bununla birlikte bu süre, tabii olarak önceki tarihli patentin koruma süresini aşamayacaktır. Zorunlu lisans kararında yer verilmesi lâzım gelen hususlardan biri de, zorunlu lisansın bedelidir. Bu bedel, zorunlu lisansın gerçek ekonomik değerine göre belirlenecek; gerçek ekonomik değer ise her somut talep için ayrıca tespit edilecektir. Elhâsıl, zorunlu lisans bedeli; rızaî bir lisans sözleşmesi kapsamında, önceki tarihli patent sahibince kabul edilebilecek yahut kabul edilmesi beklenebilecek bir bedel olarak kararlaştırılmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKİPEK, Jale G.: Türk Eşya Hukuku (Ayni Haklar), İkinci Kitap Mülkiyet, İkinci Bası, Ankara 1973.
- AYHAN, Rıza / ÇAĞLAR, Hayrettin: Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar, Tamamen Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 10 Bası, Ankara 2017.
- AYİTER Nuşin, İhtira Hukuku, Ankara 1968.
- BAŞ, Mustafa: "Genel Olarak Rekabet Kuralları Karşısında Lisans Sözleşmelerinin Durumu", Ankara Barosu FMR Dergisi 1 (2), 2001, s. 79-88.
- BEKTAŞ, İbrahim "6769 Sayılı Sınai Mülkiyet Kanunu'na Göre Patent Hukukunda Zorunlu Lisans -Değişiklikler ve Eksiklikler-", Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019 s. 277-316.
- BENKARD, Georg: Patentgesetz: PatG-Kommentar Gebrauchsmustergesetz, Patentkostengesetz, 11. neu bearbeitete Auflage, 2015.
- BOZBEL, Savaş: Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.
- COLSTON, Catherine: Principles of Intellectual Property Laws, London-Sydney 1999.
- COTROPİA, Christopher A.: "Compulsory licensing under TRIPS and the Supreme Court of the United States' Decision in eBay v. MercExchange", Patent Law and Theory (Ed. Toshiko Takenaka), 2008, s. 557-583.
- EREN, Fikret: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2012.
- GORECKI, Paul K.: Regulating The Price Of Prescription Drugs In Canada: Compulsory Licensing, Product Selection, And Government Reimbursement Programmes, Economic Council of Canada (Technical Report NO.8), 1981.

- GÜRİZ, Adnan: Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.253, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1969.
- GÜNEŞ, İlhami: Sınai Mülkiyet Kanunu Işığında Uygulamalı Patent ve Faydalı Model Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- GWARTNEY, Troy L.: "Harmonizing the Exclusionary Rights of Patents with Compulsory Licensing", William and Mary Law Review, Vol. 50 No. 4, 2009, s. 1395-1438.
- HACKER, Franz: Patentgesetz Kommentar, (begründet von Rudolf Busse/herausgegeben von Alfred Keuckenschrijver), 8. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2016.
- HALEWOOD, Michael: "Regulating Patent Holders: Local Working Requirements And Compulsory Licences At International Law", Osgoode Hall Law Journal, 35(2), 243-288.
- HİRŞ, Ernst: Fikrî ve Sınai Haklar, Ankara 1948.
- İNTERNET: lexpera.com
- JULIAN-ARNOLD, Gianna: "International Compulsory Licensing: The Rationales and the Reality", IDEA The Journal of Law and Technology, 33 (4), (1993), 349-400.
- KAYA, Arslan: "551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Getirilen Zorunlu Lisans Sistemi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55 (1-2), 1996, s. 335-368.
- KAYA, Arslan: "Türk Hukukunda Patentten Doğan Haklar", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 55 (4), İstanbul 1997, 173-200.
- KIRKBEŞOĞLU, Nagehan: "Sınai Mülkiyet Ve Rekabet Hukukunda Zorunlu Lisans (Zwangslizenz)", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, II. Cilt, İstanbul 2009, s. 1095-1132.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008'den 5. Tıpkı Bası, 2010.
- LEISTNER, Matthias: "The Requirements for Compulsory Dependency Licences: Learning from the Transformative Use Doctrine in Copyright Law", *Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward* (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, 221-233.
- LIN, Xiuqin: "Prior Negotiation and Remuneration for Patent Compulsory Licensing: Practice, Problem, and Proposal", *Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward* (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, 165-190.
- MAUME, Philipp: "Compulsory Licensing in Germany", *Compulsory Licensing Practical Experiences and Ways Forward* (Ed. Reto M. Hilty/Kung-Chung Liu), Heidelberg 2015, s. 95-120.
- MES Peter: Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz, 4. Auflage 2015.
- ODMAN, N. Ayşe: Fikrî Mülkiyet Hukuku ile Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Ankara 2002.
- OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Güncellenip Genişletilmiş 13. Bası, I. Cilt, İstanbul 2015.
- OSTERRIETH, Christian "Technischer Fortschritt – eine Herausforderung für das Patentrecht? Zum Gebot der Verhältnismäßigkeit beim patentrechtlichen Unterlassungsanspruch", *GRUR*, Heft 10, (2018), s. 985-995.
- Resource Book on TRIPS and Development UNCTAD-ICTSD, Cambridge University Press, First published 2005.
- SARAÇ, Tahir: Patentten Doğan Hakka Tecavüz ve Hakkın Korunması, Ankara 2003.

- SEROZAN, Rona: “Mülkiyet Hakkının Özü, İşlevi ve Sınırları”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul 1992, s. 239-254.
- SULUK Cahit/ KARASU, Rauf / NAL, Tamer, Fikri Mülkiyet Hukuku, Ankara 2017.
- ŞEHİRALİ, Feyzan Hayal: Patent Hakkının Korunması, Ankara 1998.
- SHAPIRO, Carl: “Navigating the Patent Thicket: Cross Licenses, Patent Pools, and Standard-Setting”, Innovation Policy and the Economy, Vol. 1, 2001, s. 119-150, (<https://www.nber.org/chapters/c10778.pdf>, Erişim: 12.08.2019).
- TYLER, Neil S.: “Patent Nonuse and Technology Suppression: The Use of Compulsory Licensing to Promote Progress”, University of Pennsylvania Law Review, 162(2), 2014, s. 451-476.
- YOSICK Joseph A.: "Compulsory Patent Licensing for Efficient Use of Inventions," University of Illinois Law Review 2001, no. 5 (2001): 1275-1304.
- YÜKSEL, Ali Sait: Patent ve Lisans Sözleşmesi Hukuku, İstanbul 1989.
- YÜNLÜ, Levent: “Fikri Mülkiyet Hakkı”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 23 (1-2), 2011, s. 891-918.

SAKLI PAYLI MİRASÇILARIN ALACAKLILARININ VE İFLAS İDARESİNİN TENKİS DAVASI AÇMA HAKKI (TMK m. 562)

Arş. Gör. Ali Ahmet GENÇ*

Öz

Saklı paylı mirasçılardan alacaklılarının tenkis davası açma hakkı Türk Medeni Kanununda düzenlenmiştir. Alacaklıların dava hakkı istisnai bir yoldur. Bu yüzden sıkı şartlara bağlanmıştır. Dava açabilmek için alacaklının elinde aciz belgesi olması veya mirasçının iflas etmiş olması bunun göstergelerindedir. Aciz belgesinin mirasın geçtiği anda var olması dava açmak için şart iken, iflas daha sonra da gerçekleşebilir. Aciz belgesinin türü veya iflas sebepleri açısından Kanunda bir sınırlama yapılmamıştır. Buna karşılık geçici aciz belgesinde ve gerçek anlamda acz halinin bulunmadığı iflas sebeplerinde alacaklıya dava hakkının tanınmaması gerekir. Alacaklıların mirasçıya dava açması için uygun süre vermesi gerekir. Mirasçı dava açmazsa veya açtığı davayı gereği gibi yürütmezse alacaklılar tenkis davası açabilir. Alacaklılar tenkis davasını gereği gibi yürütmeyen mirasçının yanında davaya da katılabilir. Aynı durum üçüncü kişinin açtığı davada tenkis def'ini ileri sürmeyen mirasçı için de geçerlidir.

Anahtar Kelimeler

Mirasçı • Saklı Pay • Tenkis Davası • Alacaklı • İflas İdaresi

* Araştırma Görevlisi, Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Kocaeli, Türkiye. Asst., Kocaeli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Kocaeli, Turkey.

✉ahmetaligenc@gmail.com • ORCID0000-0003-3044-6911

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: GENÇ Ali Ahmet, "Saklı Paylı Mirasçılardan Alacaklılarının ve İflas İdaresinin Tenkis Davası Açma Hakkı (TMK m. 562)", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 511-542.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE RIGHT OF CREDITORS AND TRUSTEE IN BANKRUPTCY OF THE STATUTORY HEIRS WHO HAVE RESERVED PORTION, TO RAISE AN ACTION FOR REDUCTION (TCC. ART. 562)

Abstract

The right of creditors to raise an action for reduction is regulated in Turkish Civil Code. To raise an action, creditor should have the insolvency evidence or heir should be bankrupted. While the insolvency evidence should exist at the time of inheritance, bankruptcy can take place later. There is no restriction in the Code in terms of type of insolvency evidence or reasons for bankruptcy. On the other hand, creditor shouldn't be granted to raise an action in temporary insolvency evidence and in cases of bankruptcy where there is no real insolvency. If heir doesn't raise an action or doesn't properly execute the action he raised, creditors can raise an action. Creditors can participate in the action with heir, who doesn't properly conduct the action for reduction. The same applies to heir, who doesn't claim the exceptio of reduction, in the action raised by third party.

Key Words

Heir • Reserved Portion • Action for Reduction • Creditor • Trustee in Bankruptcy

I. GİRİŞ

Türk Medeni Kanunu (TMK) miras bırakana yakınlığı bulunan belirli yasal mirasçılara, miras bırakanın ölümüne bağlı işlemleri veya sağlar arası kazandırmaları yoluyla kaldıramayacağı, mutlak bir miras hakkı tanımıştır. Bu şekilde miras hakları koruma altına alınan mirasçılara "saklı paylı mirasçı", bunların miras haklarının korunan kısmına ise "saklı pay" denilir (TMK m. 506)¹. Ancak bu koruma kendiliğinden olmaz. Saklı paya müdahale niteliğindeki işlemler, ancak açılacak tenkis

¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, *Miras Hukuku*, İstanbul 1987, s. 355; EREN, Fikret, *Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası*, Ankara 1973, s. 1; AYAN, Mehmet, *Miras Hukuku*, Ankara, 2016, s. 173; SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, *Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları* Ankara, 2019, §3 N. 3, 4; İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, *Miras Hukuku*, Ankara, 2019, N. 995; BAYGIN, Cem, *Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması*, Ankara, 2005, s. 154; NAR, Ahmet, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016, s. 6-7, 12, 86-88; ANTALYA, O. Gökhan, *Miras Hukuku*, Ankara, 2019 s. 315, 317; AYİTER, Nuşin, *Miras Hukuku*, Ankara, 1978 s. 128; ÇABRİ, Sezer, *Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574)*, Cilt-I, İstanbul, 2018, N. 1385 vd.; ÖZTAN, Bilge, *Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle)*, Ankara, 2016, s. 80.

davası ile kısmen veya tamamen hükümsüz hale getirilebilir². Tenkis davasını açma imkânı da kural olarak saklı paylı mirasçılara tanınmıştır. Fakat Medeni Kanun, bazı istisnai hallerde, davanın mirasçının alacaklıları tarafından açılmasına imkân tanımıştır³.

Mirasçının alacaklıları doğrudan olmasa bile dolaylı olarak miras-tan menfaat elde edecekler arasındadır. Mirasçının malvarlığındaki artış alacaklıların alacağını elde etme ihtimalini arttıracaktır. Mirasçının bor-cunu ifa edememesi durumunda alacaklılar cebri icra vasıtasıyla alacak-larını mirasçının malvarlığından elde edeceklerdir. Bu durumda borcu-nu ifa edemeyecek durumda olan mirasçı, miras payının alacaklıların eline geçeceği düşüncesiyle veya miras bırakana olan saygısı sebebiyle tenkis davası açmayabilir⁴. Medeni Kanun alacaklıları, zarara uğrayacak-

² KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 411-412; NAR, s. 12-14; BAYGIN, s. 155; ÇABRİ, N. 1388-1389.

³ TUNCER KAZANCI, İdil/ÖCAL APAYDIN, Bahar, "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 2, Yıl: 2015, s. 775-808, s. 778; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra, DasSchweizerischeZivilge-setzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2009, s. 664; İMRE, Zahit, Türk Miras Hu-kuku, İstanbul, 1978, s. 398; ÖZTAN, s. 121, 123-124; SEROZAN/ENGİN, §3 N. 102; ÇABRİ, N. 1437.

⁴ DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul, 2019, N. 1207; İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2018, s. 264; TURANBOY, K. Nuri, Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, Ankara, 2010, s. 55-56; BASILE, Giovanna, Aktiv- undPassivlegiti-mation, RechtsbegehrenundKlagefundamentbei der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff. ZGB), Zürich, 2016, s. 18; TÜFEK, K. Gültekin, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Ankara, 1977, s. 120; TEKDOĞAN, Aydın, Mirasta Denkleştirme ve Ten-kis Davaları, Ankara, 2018, s. 454; ŞENER, Esat, "Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması", Yargıtay Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 1977, s. 120-121; SERO-ZAN/ENGİN, §3 N. 107; EREN, s. 127; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779; BAYGIN, s. 155; ÇABRİ, N. 1437; NAR, s. 104; İMRE, s. 405. İstisnai olarak mirasçının mirasbırakanla anlaşarak, onun saklı payı üzerinde tasarruf etmesini iste-mesi de mümkündür. Bu ihtimalde de yapılan tasarruf tenkise tabi olacaktır. Fakat mirasbırakanın tasarrufu çoğu zaman muvazaalı olacağından tenkisten önce kesin hükümsüzlük neticesini doğuracaktır (TBK m. 19). Mirasbırakan hukuken mirasçı-sına kazandıramadığı malvarlığı değerlerini muvazaa yoluyla dolaylı olarak ve fiilen kazandırma yolunu tercih edecektir. Bu ihtimalde alacaklıların kesin hüküm-süzlüğü ileri sürmeleri bunda dolaylı bir menfaate sahip olmalarına bağlıdır (EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, N. 1107; KILIÇOĞ-LU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019, s. 240). Dolaylı menfaat ise alacağın borçlunun diğer malvarlığından elde edilememesiyle ortaya

ları bu gibi durumlarda korumuştur (TMK m. 562/I)⁵. Benzer durum miras bırakanın mirasçılıktan çıkarma tasarrufları için de söz konusudur. Alacaklılar mirasçının çıkarmaya itiraz etmemesi durumunda da tenkis davası açma hakkına sahiptirler (TMK m. 562/II)⁶. İki durumda da dava hakkı aynı koşullara tabidir.

Alacaklıların dava hakkı Kanunda düzenlenmiş olsa da hüküm yeterince açık değildir. Bu sebeple öğretide dava hakkındaki birçok hususta görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır. Bu görüşlerin gerekçeleriyle ortaya konması ve bir değerlendirmenin yapılması önem arz etmektedir. Görüş birliğinin olduğu bazı noktalarda ise hükmün amacına uygun farklı yorumların yapılması gerekmektedir. Bu kapsamda biz, TMK m. 562'ye göre dava açma hakkına sahip olanları ve Kanunda tanınan bu imkânın hukuki niteliğini açıkladıktan sonra, dava açılmasının şartlarını, dava açma süresini, dava hakkında bazı özel durumları ve dava açılması için görevli ve yetkili mahkemeyi inceleyeceğiz.

I. DAVA AÇMA HAKKI OLANLAR

Tenkis davasının mirasçığı koruma niteliği gereği mirasçı dışında tenkis davası açma hakkına sahip olanların Kanunda ayrıca düzenlenmesi gerekir. Türk Medeni Kanunu m. 562'de de bu kimseler açık bir

çıklar. Bu da tenkise benzer şekilde alacaklıların aciz belgesi alması veya borçlunun iflası ile olur.

- ⁵ ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Dritte Auflage, Zürich, 1959, Art. 524, N. 1; BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht – Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 524, N. 1; EIGENMANN, Antoine/ROUILLER, Nicolas, Commentaire du droit des successions, Bern, 2012, Art. 524, N. 1; TUOR, Peter, Berner Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band III: Das Erbrecht, 1. Abteilung: Die Erben, Art. 457-536 ZGB, Bern, 1964., Art. 524, N. 1; EREN, s. 127; SEROZAN/ENGİN, §3 N. 107; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 777, 778; DURAL/ÖZ, N. 1207; İMRE/ERMAN, s. 264.
- ⁶ KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich, 2016, Art. 524, N. 6; BASILE, s. 17; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 416; İMRE, s. 394; NAR, s. 22; BAYGIN, s. 173 vd.; ÖZTAN, s. 124, 125; DURAL/ÖZ, N. 1217-1218; BREITSCHMID/JUNGO, Art. 524, N. 4; ESCHER, Art. 524, N. 8; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 4.

biçimde, mirasçının alacaklıları ve iflas idaresi olarak ifade edilmiştir. Aşağıda bu kimseler sırasıyla irdelenecektir.

A. Mirasçının Alacaklıları

Saklı paylı mirasçılar dışında, tenkis davası açma hakkı öncelikle alacaklılara tanınmıştır. Bahsi geçen alacaklılar saklı paylı mirasçının alacaklılarıdır⁷. Birden fazla mirasçının varlığı halinde her alacaklı kendi borçlusu olan mirasçının saklı payına ilişkin dava açabilecektir.

Kanunda saklı paylı mirasçının alacaklıları sayılmış olsa da miras bırakanın alacaklılarının da tenkis davası açabileceği kabul edilmelidir. Zira ölümle birlikte mirasbırakanın borçları mirasçılara geçer (TMK m. 599). Bu durumda artık mirasbırakanın alacaklıları, mirasçılarının alacaklıları sıfatını kazanırlar. Fakat öğretilerde mirasbırakanın alacaklılarının tenkis davası açamayacağı da savunulmaktadır⁸. Buna göre, mirasbırakanın alacaklıları vasiyet alacaklılarına göre öncelikli olduğu için ve mirasçılar mirasbırakanın borçlarından müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğundan mirasbırakanın alacaklıları tenkis davası açmakla ilgilenmez. Bizce bu gerekçe mirasbırakanın alacaklılarının dava haklarının olmadığını açıklama bakımından yetersizdir. Zira Türk hukukunda vasiyet alacağı ile diğer alacaklar arasında herhangi bir öncelik sonralık ilişkisinden bahsedilemez. Ayrıca alacaklıların açacağı tenkis davasında aranan şartların başında borçlu mirasçı hakkında aciz belgesi alınması veya

⁷ Mirasın paylaşılmasından önce miras payının mirasçı olmayan üçüncü kişiye devredilmesi durumunda, payı devralan kişinin de TMK m. 562'ye dayanarak tenkis davası açma hakkı olduğu öğretilerde ifade edilmektedir, (İMRE/ERMAN, s. 264-265, dn. 8). Fakat miras payını devralan her ne kadar alacak hakkına sahip olsa da mirasın açılması anında elinde aciz belgesi olmayacağından dava açması düşünülemez, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 550; BAYGIN, s. 164). Buna karşılık iflas halinde, katıldığımız görüşe göre, mirasın açıldığı anda iflas etme şartı aranmadığından iflas idaresi vasıtasıyla tenkis davası açılması mümkündür. Ayrıca öğretilerde, miras payını devralanın korunması için payını devreden saklı paylı mirasçının tenkis davası açması yükümlülüğünün devir sözleşmesinde kararlaştırılabileceği savunulmuştur, (EREN, s. 125). Bir başka görüş de dava açma yükümlülüğünün TMK m. 2'den doğduğunu ifade ederek, sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile payını devreden mirasçının paylaşmanın tamamlanmasına kadar payı devralanın menfaatlerini korumakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Buna göre devreden mirasçının dava açmaması durumunda, devralana TBK m. 113 uyarınca hâkimden izin alarak tenkis davası açma imkânı tanınmalıdır, (KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 551).

⁸ ESCHER, Art. 524, N. 3.

mirasçının iflas etmesi gerekliliğinin aranması, mirasçının mali durumunun alacağı karşılıma yetmeyecek olduğunu göstermektedir. Acz halindeki mirasçı dışındaki mirasçılardan da malvarlığı borçları karşılıma yetmeyebilir. Bu halde müşterek ve müteselsil sorumluluğun varlığı alacağı garanti etmez. Dolayısıyla mirasbırakanın alacaklılarının da tenkis davası açmakta menfaati olabilir. Bunların yanında mirasçılardan mirasbırakandan kalan borçları ile diğer borçları arasında bu şekilde ayırım yapmanın da bir kanuni dayanağı yoktur. Anılan sebeplerle mirasbırakanın alacaklılarının da TMK m. 562 kapsamında tenkis davası açma hakkına sahip olduğunu söylemek yerinde olacaktır.

Alacaklının dava açabilmesi için borç ilişkisinde tek kişi alacaklı olması da zorunlu değildir. Diğer deyişle müteselsil alacaklılığın olduğu durumlarda her bir alacaklı ayrı ayrı dava hakkına sahiptir (TBK m. 169). Benzer şekilde mirasçının farklı hukuki ilişkilerden birden fazla borcu varsa her bir alacaklı diğerinden bağımsız olarak dava hakkına sahiptir⁹. Bu husus tenkis kararının nispi etkili olmasına dayanır¹⁰. Nispiyet sebebiyle alacaklılardan biri tarafından açılmış davada verilen hükümden diğer alacaklılar faydalanamaz¹¹.

B. İflas İdaresi

Mirasçının iflası halinde dava açma hakkı iflas idaresine aittir. İflas, İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiştir. Fakat Kanunda iflasın tanımı yapılmış değildir. Öğretide iflas, alacaklıları tatmin amacıyla borçlunun bütün malvarlığı üzerinde iflas organları tarafından gerçekleştirilen bir cebri tasfiye usulü olarak tanımlanmaktadır¹². İflas, mahkemenin borçlu hakkında iflasa karar vermesiyle açılır. İflas kararıyla, borçlunun tüm mal ve hakları iflas masasına dâhil olur (İİK m. 184). İİK m. 226/I c.1'e göre: "*Masanın kanuni mümessili iflas idaresidir*"¹³. Bu durumda her-

⁹ BAYGIN, s. 163; NAR, s. 239; ÖZTAN, s. 123.

¹⁰ EREN, s. 148-149; NAR, s. 238-239; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1209.

¹¹ NAR, s. 239.

¹² ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Sema/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2019, s. 438; ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflâs Hukuku, İstanbul, 1966, s. 1; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 345 vd.

¹³ İflas idaresi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ORUÇ ÖMEROĞLU, Handan, İflas İdaresi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012, s. 1 vd.

hangi bir alacaklının, kural olarak tek başına dava hakkı yoktur¹⁴. Buna karşılık İİK m. 245, alacaklıların iflas idaresi tarafından sonuçlandırılmasına gerek görmedikleri bir iddianın takibinin isteyen alacaklıya veya alacaklılara bırakılabileceğini; bu durumda ortaya çıkan sonuçtan öncelikle iddiayı takip yetkisini alan alacaklının veya alacaklıların tatmin edileceğini hükme bağlamıştır. Dolayısıyla iflas idaresinin kararıyla herhangi bir alacaklı da tenkis davası açabilir. Hükme göre alacaklı veya alacaklılar tatmin edildikten sonra geriye bir şey kalırsa iflas masasına yatırılır.

II. DAVANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

Alacaklıların ve iflas idaresinin TMK m. 562 uyarınca açacakları dava bir tenkis davasıdır. Tenkis davası, mirasbırakanın saklı payı zedeleyen sağlararası veya ölüme bağlı kazandırmalarının kanuni sınıra çekilmesini amaçlayan, geçmişe etkili, bir yenilik doğuran davadır. Tenkis kararı ile söz konusu kazandırma saklı paya müdahale oluşturmayacak şekilde kısmen veya tamamen hükümsüz kılınmış olur¹⁵.

Alacaklılara ve iflas idaresine tanınan dava hakkı, mirasçıya ait dava hakkından bağımsızdır. Dolayısıyla alacaklı veya iflas idaresi tara-

¹⁴ DURAL/ÖZ, N. 1210; BAYGIN, s. 164.

¹⁵ GÜNAY, Erhan, "Mirasta Tenkis (İndirim) Davası", Terazi Hukuk Dergisi, S. 105, Mayıs 2015, s. 65; YAVUZ, Cevdet, "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı: 1-4, Yıl: 1985, s. 277; OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, İstanbul, 1995, s. 246; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 411-412; DURAL/ÖZ, N. 1195-1196; TURANBOY, s. 49; NAR, s. 14, 235-237; SEROZAN/ENGİN, §3 N. 96-97; İMRE, s. 399; BAYGIN, s. 166-167; EREN, s. 147; ANTALYA, s. 344-345; ÖZTAN, s. 121. Tenkis talebi, değiştirici veya bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilebilir, (EREN, s. 20; NAR, s. 17; TURANBOY, s. 49). Saklı payı ihlal eden kazandırma, kısmen hükümsüz hale getiriliyor ise, tenkis talebi değiştirici yenilik doğuran hak olarak nitelendirilecektir, (NAR, s. 17, 236). Fakat kazandırmanın bir bütün olarak hükümsüz hale getirilmesi gerekiyorsa, tenkis talebi bozucu yenilik doğuran hak niteliğinde olacaktır, (NAR, s. 17, 236). Bir görüşe göre ise, tenkis talebi her iki durumda da bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir. Çünkü kısmen tenkis durumunda dahi tenkis konusu tasarrufun kısmen hükümsüz hale gelmesi söz konusudur. Bu sebeple tenkis talebi bozucu yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmelidir, (YAVUZ, Cevdet, "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı: 1-4, Yıl: 1985, s. 265, dn. 9a).

fından açılacak davada saklı paylı mirasçının temsili söz konusu olmayacaktır¹⁶.

Tenkis davası bir yenilik doğuran dava olduğundan, öğretide çoğunlukla, mirasçı tarafından açılan tenkis davası hükmü ile saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen bölümünün davacı mirasçının malvarlığına dönmeyeceği; dolayısıyla ya tenkis davası ile birlikte ya da sonrasında bir eda davası açılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷. Yargıtay ise, usul ekonomisi bakımından, tenkis konusu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, tenkis talebinin eda talebini de içerdiğini kabul etmektedir¹⁸. Ancak bu husus alacaklılar ve iflas idaresi açısından önemli değildir. Başka deyişle elinde aciz belgesi olan saklı paylı mirasçının alacaklısı tarafından açılan tenkis davası sonucunda, tenkis edilen kazandırmanın saklı paylı mirasçının malvarlığına dönmemesinin talep edilmesine gerek yoktur. Zira tenkis davasının mirasçının malvarlığını yeniden tesise yönelik olması sebebiyle İİK m. 283'teki çözüm tarzının burada kıyasen uygulanması söz konusu olabilir. Böylece saklı payı ihlal eden kazandırmanın tenkis edilen kısmı sanki mirasçının malvarlığındaymış gibi icra takibine konu edilebilir¹⁹. Tenkis davasının iflas idaresi tarafından açılması halinde ise, saklı payı ihlal eden kazandırmanın ten-

¹⁶ EREN, s. 128; BAYGIN, s. 164; TÜFEK, s. 120; NAR, s. 116; ESCHER, Art. 524, N. 2; ÖZTAN, s. 123; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 416; BASILE, s. 18-19.

¹⁷ BAYGIN, s. 167; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; YAVUZ, s. 284; İMRE, s. 428; EREN, s. 174-175; ANTALYA, s. 345; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1194, 1351; NAR, s. 237-238; TURANBOY, s. 49-50; ÖZTAN, s. 121; SEROZAN/ENGİN, §3 N. 99; OĞUZMAN, s. 246; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 785-786.

¹⁸ "...Olayları açıklamak davacıya, hukukî nitelime ise hâkime aittir. Dilekçenin yazılışından açıkça anlaşıldığına göre istek, tenkise ilişkindir. Tenkis davası, davacının saklı payına vaki tecavüzü ref'etmek ve miras bırakanın tasarruflarını tasarruf nisabı sınırına sokmak imkânı veren ve saklı payın korunmasını amaç tutan ve inşâî (yenilik doğuran) bir dava nevidir. Genellikle inşâî davalar iki isteği kapsar; birisi inşâî hakkın tesbiti, diğeri ise eda bölümüdür. Tenkis davasında, miras bırakanın saklı payı gidermek amacı ile hareket ettiğinin tesbitine ilişkin bölüm inşâî olup, hâkim kararı ile yeni bir durum meydana gelir. Saklı payın zedelenmesinden ötürü mirasçının mal varlığında (saklı payında) meydana gelen eksilmenin giderilmesine dair bölüm ise edaya ilişkindir.", Yarg. 2. HD, T. 24.05.1983, E. 1983/4525, K. 1983/4669 (www.kazanci.com) (erişim: 13.03.2020).

¹⁹ ÇABRİ, N. 1455; BAYGIN, s. 167; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 786.

kis edilen kısmı, iflas eden mirasçının malvarlığındaymiş gibi iflas masasına kaydedilir²⁰.

III. DAVA AÇILMASININ ŞARTLARI

Türk Medeni Kanunu m. 562 uyarınca tenkis davası açabilmek için dört tane şartın bir araya gelmesi gerekir. Şartlardan biri mirasçılarının açacağı tenkis davasında da aranmaktadır. Bunun dışındakiler ise alacaklılara tanınan dava hakkının istisnai niteliğini gözler önüne serer. Gerçekten de alacaklılar ancak sınırlı bazı hallerde ve dar bir kapsamda dava hakkına sahip olmaktadır. Aşağıda dava şartlarını incelerken bunlardan da söz edeceğiz.

A. Saklı Paylı Mirasçının Saklı Payının İhlal Edilmesi

Alacaklıların veya iflas idaresinin tenkis davası açabilmesinin ilk şartı saklı paylı mirasçının saklı payının ihlal edilmiş olmasıdır. Bu şart hem mirasçının hem alacaklıların dava açabilmesi için aranan bir şarttır (TMK m. 560/I, 562/I).

Saklı pay ihlali için ilk olarak mirasbırakanın ölüme bağlı işlemler veya sağlararası kazandırmalar vasıtasıyla tasarruf edebileceği kısmı aşması gerekir. Tasarruf edilebilir kısım, mirasbırakanın üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği tereke oranını ifade eder. Bu oran, tereke değerinden saklı paylar toplamının çıkarılmasıyla bulunur²¹.

Tasarruf edilebilir kısmın aşılması çoğu zaman saklı payların ihlal edilmesi sonucunu doğuracaksa da bu ikisi birbirine eş kavramlar değildir. Mirasbırakanın terekesi üzerinde tasarruf edilebilir kısmı aşan tasarrufları her durumda saklı payı ihlal etmeyebilir. Bazen tasarruf edilebilir kısmı aşan mirasbırakan, bazı mirasçılarının saklı paylarını ihlal ettiği halde, diğerlerinin saklı payına hiç dokunmamış veya onları başka yoldan tatmin etmiş olabilir²². Zira saklı paylı mirasçının payını mutlaka

²⁰ BAYGIN, s. 167; ÇABRİ, N. 1455; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 786.

²¹ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara, 2019, s. 208; SEROZAN/ENGİN, §3 N. 13; OĞUZMAN, s. 198-199; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 360, 376; BAYGIN, s. 155; NAR, s. 59; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1004-1005; İMRE, s. 351; ANTALYA, s. 323. Tasarruf edilebilir kısmın hesabı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s. 26 vd.; NAR, s. 58 vd.

²² İMRE, s. 400; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1200; EREN, s. 43; BAYGIN, s. 156-157; NAR, s. 89-90; TURANBOY, s. 51-52; İMRE/ERMAN, s. 262.

küllü halef sıfatıyla elde etmesi şart değildir. Mirasçı, saklı payının karşılığını sağlararası veya ölüme bağlı bir işlem sonucunda elde etmişse tenkis davası açılmaz²³. Dolayısıyla tenkis davası açılabilmesi için mirasbırakanın tasarruf edilebilir kısmı aşmasının saklı payı zedelemesi gerektiği söylenmelidir²⁴.

B. Mirasçidan Alacağın Bulunması

Alacaklıların veya iflas idaresinin tenkis davası açabilmesinin ikinci şartı saklı paylı mirasçidan bir alacağın bulunmasıdır. Bu alacağın kaynağının ne olduğu ise önem arz etmez²⁵. Diğer bir deyişle alacak; sözleşmeden, sebepsiz zenginlemeden, haksız fiilden veya kanundan doğabilir. Alacağın rehin, kefalet gibi yeterli teminata sahip olması da durumu değiştirmez. Alacaklı teminatlara başvurma zorunluluğu olmadan borçlusunu takip edebileceği gibi, tenkis davası da açabilir²⁶. Buna karşılık hem iflas idaresi hem alacaklılar, yalnızca kendi tahsil edilmemiş alacakları ile sınırlı olarak tenkis davası açabilirler²⁷. Alacağın kapsamına ana alacağın yanı sıra, ona bağlı olan gecikme tazminatı, ceza koşulu gibi alacaklar da girer²⁸.

Alacaklılar ve iflas idaresi tarafından tenkis davası açılabilmesi için alacağın davanın açılması sırasında muaccel olması zorunludur. Kanunda alacaklıların aciz belgesine dayanması zorunluluğu bu hususa

²³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 413; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1200; BAYGIN, s. 157; EREN, s. 44-45; OĞUZMAN, s. 248; NAR, s. 90; İMRE/ERMAN, s. 262.

²⁴ İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1200; EREN, s. 44; NAR, s. 89; İMRE/ERMAN, s. 262; BAYGIN, s. 156.

²⁵ NAR, s. 109.

²⁶ DURAL/ÖZ, s. 1215; ÖZTAN, s. 124; ÇABRİ, N. 1451.

²⁷ GÜNAY Erhan, Miras Hukukunda Mirasçılardan Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara, 2019, s. 147, 149 (GÜNAY, Alacaklıların Korunması); KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 524, N. 4; ESCHER, Art. 524, N. 6; TUOR, Art. 524, N. 10; AYAN, s. 222; DURAL/ÖZ, N. 1213; BAYGIN, s. 164; TURANBOY, s. 56; TÜFEK, s. 121-122; ÇABRİ, N. 1456; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 783; ŞENER, s. 122; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 416; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1215; OĞUZMAN, s. 249; NAR, s. 116; KILIÇOĞLU, s. 262; ÖZTAN, s. 126; GÜNAY, s. 66. Alacaklıların tenkis davasını alacağıyla sınırlı olarak açabilmesi, kalan kısım için saklı paylı mirasçının dava açmasını engellemez, (ÇABRİ, N. 1456).

²⁸ ÇABRİ, N. 1459.

işaret etmektedir. Yine iflas idaresinin dava hakkında, iflasın müflisin bütün borçlarını muaccel hale getirmesi bizi bu neticeye götürür (İİK m. 195). Bununla birlikte alacağın mirasın geçişi anında muaccel olması bakımından farklı değerlendirmeler yapılabilir. Alacaklının aciz belgesine dayanarak açacağı tenkis davasında, belgenin en geç mirasın geçtiği tarihte alınmış olması zorunluluğu alacağın da mirasın geçişi anında muaccel olması zorunluluğunu getirir. Buna karşılık iflasa dayanarak açılacak davada, katıldığımız görüş uyarınca mirasın geçişi anında iflas etmiş olma zorunluluğu yoktur²⁹. Dolayısıyla burada alacağın mirasın geçişi anında muaccel olması zorunluluğundan bahsedilemez. Diğer deyişle iflasa dayanılarak açılacak tenkis davasında iflasa esas alacağın mirasın geçişi anında muaccel olması aranmaz. Mirasın geçişi anında henüz muaccel olmamış (müeccel) bir alacağın ileriki bir zamanda muaccel olması ve ardından buna dayanarak iflas kararı alınması durumunda da tenkis davası açılabilir. Aynı esas mirasın geçişi sırasında henüz doğmamış alacaklar bakımından da caridir. Dolayısıyla mirasın geçişi anında elinde aciz belgesi bulunmayan bir alacaklı sonradan doğmuş veya muaccel olmuş bir alacağa dayanarak mahkemeden iflas kararı alabilirse tenkis davası açtırmaya muvaffak olabilir. Bize göre, münferit alacaklılar ve iflas idaresi hakkındaki farklı değerlendirmelerin birden fazla gerekçesi olabilir.

Öncelikle, aciz belgesi her alacaklı hakkında alınabilirken iflas kararı kural olarak yalnızca tacir olanlar hakkında alınabilir (TTK m. 18/I). Tacirlerin de ticari hayatta basiretli davranması gerektiği göz önünde tutulduğunda tenkis davası açmayan borçlu ve saklı paylı mirasçı olan tacirin alacaklısını zarara uğratabileceği ve dolayısıyla basiretli davranmadığı ortadadır (TTK m. 18/II)³⁰. Buna karşılık mirasın geçişinden sonra alacağı muaccel olan alacaklı şartları oluşmuşsa Borçlar Kanunundaki ifa güçsüzlüğü def'inden (TBK m. 98) yararlanabilir veya henüz bir borç ilişkisi kurulmamışsa tenkis davası açmayan bir mirasçıyla sözleşme yapmaktan kaçınabilir. Bu sebeple, elinde aciz belgesi olsa bile dava açamaması gerekir. Fakat alacağının sözleşme dışında başka sebepler-

²⁹ Görüşler hakkında bkz. aşağıda III. C. 1.

³⁰ Öğretide NAR da mirasçının tacir sıfatını taşıdığı gerekçesiyle sorumluluğunun ağırlaştırılmış olduğunu kabul etmektedir, (NAR, s. 111).

den de doğabileceği düşünüldüğünde ifa güçsüzlüğü def'i veya sözleşme yapmama gibi seçenekler de tam koruma sağlamayabilir. Yine de tenkis davasının aslen mirasçıyı koruyan bir dava olduğu düşünüldüğünde alacaklının hakkının fazla genişletilmemesi gerektiği söylenmelidir. Aksi halde tenkis davası mirasçıdan çok alacaklıyı korur hale gelebilir.

Alacaklıya tanınan tenkis davasında aciz belgesinin mirasın geçişi anında bulunması zorunluluğu başka bir açıdan daha yerindedir. Şöyle ki, mirasçının tenkis davası açma hakkı belirli sürelerle sınırlandırılmıştır. Alacaklıların dava açma süreleri ise kısmen farklı esaslara tabidir³¹. Dolayısıyla mirasçının süreyi kaçırmaması durumunda da alacaklıların dava hakkı devam ediyor olabilir. İşte bunun bilincinde olan alacaklı kendi açamayacağı davayı sonradan kuracağı bir borç ilişkisi vasıtasıyla alacaklısına açtırabilir. Aciz belgesinin borçluya etkisi yalnızca belge sahibi alacaklı ile sınırlı olduğundan borçlunun bu yola başvurmasında onun için bir sakınca yoktur. Bu sebeple Kanunda bu yolun kapatılmış olması yerindedir. Bununla birlikte iflas açısından bu sakınca neredeyse hiç doğmayacaktır. Zira iflasın sonuçları genel nitelikli ve çok daha ağırdır. Borçlunun bu davranışı ayrıca hileli iflas oluşturacaktır³². Borçlu tacirin bu sonuçları göze alarak sırf tenkis davası açılсын diye kendini iflas ettirmesi ihtimali yok denecek kadar azdır.

C. Mirasçının İflasına Karar Verilmiş Olması veya Mirasın Geçtiği Anda Alacaklıların Elinde Ödemeden Aciz Belgesinin Bulunması (Alacağın Elde Edilememiş Olması)

Alacaklıların veya iflas idaresinin tenkis davası açabilmesi için aranan şartlardan üçüncüsü alacağın elde edilememiş olmasıdır. Bunun için ya mirasçı hakkında ödemeden aciz belgesi alınması ya da mirasçının iflas etmesi gerekir. Bu iki durum da birbirinden farklı sebeplerle ortaya çıkar. Daha önce de ifade edildiği üzere mirasçının iflası için kural olarak tacir olması şart iken, aciz belgesi her borçlu hakkında alınabi-

³¹ Süreler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda IV.

³² Hileli iflas TCK m. 161'de düzenlenmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. EVİK, Ali Hakan, Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, İstanbul, 2015; ERSOY, Uğur, "Hileli ve Taksirli İflas Suçları", Ceza Hukuku Dergisi, S. 33, Nisan, 2017, s. 67-111.

lir³³. Fakat neticede her iki durumda da alacaklının borçludan alacağını tamamen veya kısmen tahsil edemeyeceği açıktır. Biz aşağıda iki ihtimali de ayrı ayrı inceleyeceğiz.

1. Alacaklının Elinde Borç Ödemeden Aciz Belgesinin Bulunması

Saklı paylı mirasçının alacaklısı, borç ödemedен aciz belgesine sahipse tenkis davası açabilir³⁴. Dolayısıyla yalnızca takip talebinde bulunmuş, fakat henüz aciz belgesi almamış bir alacaklının tenkis davası açması mümkün değildir. Aciz belgesi, borçlunun mallarının paraya çevrildiğini fakat elde edilen tutarın alacağın tamamını karşılayamadığını ve alacağın ödenememiş tutarını göstermektedir (İİK m. 143/I)³⁵. Aciz belgesi kesin ve geçici olmak üzere ikiye ayrılır.

Kesin aciz belgesi iki durumda verilir. Bunlardan birincisi icra takibi neticesinde borçlunun haczedilen tüm malları satılıp alacaklılara paylaştırıldıktan sonra alacağın tamamının ödenememesidir. Alacaklıya ödenmeyen kısım için kesin aciz belgesi verilir (İİK m. 143/I). İkinci durum ise haciz sırasında borçlunun haczedilebilir hiçbir malı bulunmamasıdır. Bu ihtimalde, durumu tespit eden haciz tutanağı İİK m. 143 anlamında kesin aciz belgesi hükmündedir (İİK m. 105/I). Dolayısıyla alacaklıya ayrıca aciz belgesi verilmez³⁶.

³³ bkz. yukarıda III. B.

³⁴ AYAN, s. 222; ESCHER, Art. 524, N. 3, 5; ÖZTAN, s. 126; TUOR, Art. 524, N. 2, 5; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 2; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 783; NAR, s. 107; AYİTER, s. 148; İMRE, s. 405; DURAL/ÖZ, N. 1209. Öğretide alacaklının tenkis davası açabilmesi için mutlaka aciz belgesine sahip olmasına gerek olmadığı, borç ödemedен acizin varlığının yeterli olduğu ileri sürülmüştür, bkz. KILIÇOĞLU, s. 262.

³⁵ Aciz belgesi hakkında bkz. YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2016, s. 273 vd.; ÖZTEK Selçuk, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul, 1994, s. 12 vd.; UYAR, Talih, "Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 70, s. 345-358; MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt: I, Ankara 2013, s. 817 vd.

³⁶ DELİDUMAN, Seyithan, "Haciz Tutanağının Borç Ödemeden Aciz Belgesi Hükmünde Sayılması (İİK. M. 105, I)", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 334-335; MUŞUL, s. 821; ÖZTEK, s. 33.

Borçlunun haczedilebilir malı bulunmasına karşılık, icra memuru tarafından takdir edilen değerın takip konusu alacağı karşılayamayacağı anlaşılıyorsa bu durumu belirten haciz tutanağı geçici aciz belgesi niteliğindedir (İİK m.105/II)³⁷. Haczedilen malların kıymet takdirinin üstünde satılabilme ihtimali, haciz tutanağına “geçici” aciz belgesi niteliğini sağlamaktadır. Satış sonucu elde edilen meblağ alacağı karşılırsa, haciz tutanağı bu niteliğini kaybedecektir. Buna karşılık, alacağın bir kısmı karşılanıyorsa, kalan kısım için geçici aciz belgesi yerine kesin aciz belgesi verilecektir³⁸.

Elinde kesin aciz belgesi bulunan alacaklının tenkis davası açabileceğine şüphe yoktur. Geçici aciz belgesi bakımından ise Yargıtay, alacaklının icra dairesinin yetkilendirmesi ile bu davayı açabileceğine işaret etmiştir³⁹. Öğretide de geçici aciz belgesinin dava hakkı verdiği ifade edilmektedir⁴⁰. Bizce geçici aciz belgesi, “geçici” olma niteliğinden dolayı mirasçının aczini belgelemeye yetmez. Aksi halde daha kesin bir şekilde borçlunun aczini gösteren borca batıklık veya konkordato talebi gibi durumlarda da dava açılmasına imkân tanımak gerekir. Bu ise Kanunun açık lafzı ile bağdaşmaz. Bunun haricinde, geçici aciz belgesi alınması neticesinde mirasçının alacağın tamamını ifa edemeyeceği açık olsa bile, ne kadarlık kısmın ifa edilemeyeceği de henüz belli değildir.

³⁷ DELİDUMAN, Seyithan, “Muvakkat Borç Ödmeden Aciz Belgesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 1077-1079 (DELİDUMAN, Geçici Aciz); ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s. 350; ÖZTEK, s. 22; MUŞUL, s. 824; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 274.

³⁸ DELİDUMAN, Geçici Aciz, s. 1079; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 274; ÖZTEK, s. 23.

³⁹ “...Davacı, alacağının tahsili amacı ile davalı Ş. hakkında İzmir 14. İcra Müdürlüğünün 2010/11955 Sayılı takip dosyası ile icra takibinde bulunmuş, 18.10.2010 tarihinde borçlunun adresinde yapılan haciz işlemi sırasında borcuna yetecek haczi kabil malının bulunmadığına dair tutanak tutulmuş, tutulan bu tutanağın İİK. nın 105. maddesi uyarınca geçici aciz belgesi niteliğinde olduğu anlaşılmıştır. Medeni Kanununun 562. maddesi uyarınca miras bırakan tasarruf edebileceği kısmı aştığında payı zedelenen mirasçı veya mirasın geçtiği tarihte elinde ödmeden aciz belgesi bulunan alacaklılar, alacaklarını elde edebilmek için mirasçıya tanınan süre içerisinde tenkis davası açabilirler. Başka bir anlatımla aslında kendisine kalması gereken miras payının başka bir mirasçıya devredilmesi sebebiyle borçlunun mal varlığında oluşan eksikliğin mirasçı adına alacaklıları tarafından ve borçlu adına icra müdürlüğünden alınacak yetki belgesi ile dava açmaları mümkündür.”, Yarg. 17. HD, T. 14.02.2013, E. 2012/4164, K. 2013/1515 (www.kazanci.com) (erişim: 13.03.2020).

⁴⁰ EREN, s. 128-129; NAR, s. 108; ÇABRİ, N. 1443; BAYGIN, s. 158.

Bu sebeple açılacak davada üçüncü kişiye yapılan kazandırmanın hangi miktarda tenkis edileceği belirlenemez. Bu belirsizlik alacaklıya tüm alacağı için tenkis isteme hakkını da vermemelidir. Zira böyle bir talep alacaklının tenkis talebinin istisnai karakteri ile bağdaşmaz. Benzer şekilde, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip neticesinde elde edilen kesin veya geçici rehin açığı belgesi dava hakkı vermeyecektir⁴¹. Çünkü rehin açığı belgesi yalnızca rehinin yetersizliği yüzünden takip konusu alacağın tamamen tahsil edilemediğini belgeler (İİK m. 152). Buna karşılık borçlunun haczi kabil başka malları bulunabilir. Dolayısıyla rehin açığı belgesi de borçlunun aczini belgelemez⁴².

Aciz belgesi haciz veya iflas yoluyla takip neticesinde alınmış olabilir (İİK m. 143, 251). Fakat mutlaka mirasın açıldığı tarihte var olmalıdır (TMK m.562/I). Dolayısıyla miras geçtikten sonra alınan aciz belgesine dayanarak, tenkis davası açılması mümkün değildir⁴³. Mirasın geçişinden önce alacaklının aciz belgesi almayı hak etmiş olması da durumu değiştirmez⁴⁴.

Tenkis davası bakımından, saklı paylı mirasçının borç ödemedenden aciz halinde olması ispatı gereken bir vakiadır. Diğer bir deyişle, bu dava sonucunda lehine hüküm kurulabilmesi için alacaklının, saklı paylı mirasçıya karşı yürüttüğü takibin aciz belgesi ile sonlandığını ispat etmesi gerekir⁴⁵. Anılan husus bir dava şartı da olduğundan hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır⁴⁶.

Alacaklının aciz belgesi alması şart iken, bunun her bir alacağı bakımından olması zorunlu değildir. Birden fazla alacağı olmasına karşın, alacaklı tek bir alacağı için icra takibine girişmiş ve borç ödemedenden aciz belgesi almışsa, elde edemediği diğer alacakları için de tenkis talep ede-

⁴¹ NAR, s. 108; EREN, s. 128; BAYGIN, s. 158; TEKDOĞAN, s. 455.

⁴² BAYGIN, s. 158.

⁴³ NAR, s. 109; AYAN, s. 222; BAYGIN, s. 159; ESCHER, Art. 524, N. 3; TUOR, Art. 524, N. 2; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 781; DURAL/ÖZ, N. 1209.

⁴⁴ BAYGIN, s. 159.

⁴⁵ TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 782.

⁴⁶ BAYGIN, s. 158.

bilecektir. Ancak alacaklının başkasının aciz belgesine dayanarak tenkis davasının açması mümkün değildir⁴⁷.

Alacaklı aciz belgesine sahip olmasına rağmen belgeye bağlı alacak zamanaşımına uğramış olabilir. Gerçekten aciz belgesine bağlanmış alacak, belgenin düzenlenmesinden itibaren 20 yıl geçmesiyle zamanaşımına uğrar (İİK m. 143/VI). Bu durumda alacaklının zamanaşımına uğramış belgeye dayanarak tenkis davası açıp açamayacağı, açılabileceği varsayımında ise davada zamanaşımının def'inin ileri sürülüp sürüle-meyeceği hususu gündeme gelir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki aciz belgesine bağlanmış alacağın zamanaşımına uğraması, alacağı sona erdirmeyeceğinden aciz belgesini de hükümsüz hale getirmez⁴⁸. Dolayısıyla alacağın zamanaşımına uğraması dava açılmasına engel değildir. Bunun yanında, açılan davada zamanaşımı def'inin ileri sürülebilmesi de mümkün değildir. Zira zamanaşımı def'i ile tanınan kaçınma imkânı borçlu olan saklı paylı mirasçığa tanınmış bir haktır. Bu sebeple 3. kişi konumundaki kazandırma alacaklısı bunu tenkis davasında ileri süremez⁴⁹. Fakat bu durum saklı paylı mirasçının alacaklıya karşı sonradan zamanaşımı def'ini ileri sürmesine engel olmaz. Alacaklı tenkis davası neticesinde hukuken saklı paylı mirasçının malvarlığına dönen kazandırma hakkında takip yürütebilir⁵⁰. Saklı paylı mirasçı da alacaklıya karşı alacağın zamanaşımına uğradığını ileri sürebilir.

Saklı paylı mirasçının tenkis davası sonrasında alacaklıya zamanaşımı def'ini ileri sürmesi imkân dâhilinde olsa da, def'inin ileri sürülmesi ile elde edilen sonuç saklı paylı mirasçı açısından tatmin edici olmayabilir. Zira bu noktada saklı paylı mirasçının tenkis davası açmak istememesi ancak mirasbırakanın iradesine saygısından kaynaklanacaktır.

⁴⁷ BAYGIN, s. 164-165; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 782, dn. 14. Tenkinin yalnızca aciz belgesinde yazılı alacak miktarı için istenebileceği yönünde bkz. BREITSCHMID/JUNGO, Art. 524, N. 3.

⁴⁸ ÇABRİ, N. 1444. Zamanaşımı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇAY, Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 7 vd.; ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s. 5 vd.

⁴⁹ ÇABRİ, N. 1444.

⁵⁰ bkz. yukarıda II.

Gerçekten, alacak zamanaşımına uğradığı için saklı paylı mirasçının, miras payının alacaklıların eline geçeceği düşüncesiyle tenkis davası açmaktan kaçınacağı düşünülemez. Saklı paylı mirasçı kazandırmanın 3. kişide kalmasını istediği ve bu yüzden tenkis davası açmak istemediği kabul edilmelidir. Fakat saklı paylı mirasçı dava açmasa da alacaklı dava açarak kazandırmanın hükümsüz kılınmasına sebep olabilmektedir. Buna engel olmanın tek yolu zamanaşımı def'inin henüz alacaklı tenkis davası açmadan önce ileri sürülebilmesine imkân tanımaktır. Aslen bu imkânı tanımak hukuka da uygundur. Şöyle ki; alacaklının tenkis davası açmak için öncelikle saklı paylı mirasçıya başvurması gerekir. Alacaklı saklı paylı mirasçıdan tenkis davası açmasını talep edecektir⁵¹. Alacaklının bu talebi aynı zamanda bir ifa talebi olarak değerlendirileceğinden saklı paylı mirasçı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir. Bunun neticesinde saklı paylı mirasçı dava açmasına gerek kalmaksızın alacaklının dava hakkını elinden alabilecektir. Böylece kazandırma geçerli kalmaya devam edecek, ayrıca boş yere dava açılmasının da önüne geçilecektir.

Bu çözüm yolu alacaklı açısından da daha uygundur. Zira öncelikle alacaklı elde edemeyeceği bir alacağı için boşa çaba harcamayacaktır. Fakat bundan daha önemlisi başlangıçta ileri sürülmeyen zamanaşımı def'inin tenkis davasından sonra ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması yasağıyla karşılaşabilecektir (TMK m. 2/II). Başta zamanaşımının farkında olmasına rağmen bunu ileri sürmeyen saklı paylı mirasçı, bu hakkını sonradan da ileri süremeyecektir. Dolayısıyla alacaklı bir engelle karşılaşmadan alacağını tahsil edebilecektir.

2. Mirasçının İflası Halinde

Saklı paylı mirasçının iflası halinde tenkis davası iflas idaresi tarafından açılır. Mirasçının iflası ise mirasbırakanın ölümünden önce veya sonra olabilir. TMK m. 562'de tanınan tenkis davasını açabilmek için, iflas kararının miras açılmadan önce alınmasının gerekip gerekmediği hususunda açık bir düzenleme yoktur. Bir görüş, mirasın geçtiği tarihte iflasın da açılmış olması gerektiğini ileri sürmektedir⁵². Öğretide bir ya-

⁵¹ bkz. aşağıda III. D.

⁵² KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 524, N. 2; ESCHER, Art. 524, N. 3; AYAN, s. 222; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 3; GÜNAY, Alacaklıların Korunması, s. 148; TEKDOĞAN, s. 455.

zar bu görüşünün gerekçesini, mirasçının diğer hak ve alacakları gibi el konulamadığı için tenkis davası açma hakkının iflas masasına dâhil olmayacağı; bu sebeple iflasın mirasbırakanın ölümü anında açılmış olması gerektiği şeklinde açıklamaktadır⁵³. Bizce bu gerekçe ileri sürülen görüşü açıklama bakımından yetersizdir. Zira kanunun tanıdığı bu özel dava hakkı iflasa konu diğer haklarla bir tutulamaz. Aksinin kabulünde iflas idaresinin hiçbir durumda tenkis davası açma hakkının olmaması gerekir. Bu ise kanunun açık lafzı ile bağdaşmaz. İflasın açılma anı bakımından ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, iflas kararı miras açılmadan önce ya da miras açıldıktan sonra alınmış olsun, iflas idaresi tenkis davası açma hakkına sahiptir⁵⁴. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Medeni Kanunun aciz belgesi için özellikle ifade ettiği bir hususu iflasta belirtmemiş olması da kanunkoyucunun iradesinin bu yönde olduğunu göstermektedir⁵⁵. Ayrıca daha önce açıkladığımız sebeplerle de hükmün bu şekilde yorumlanması daha uygun olacaktır⁵⁶.

İflas herkes için uygulanabilir bir takip yolu değildir. İİK m. 43/I'e göre iflas "...ancak Ticaret Kanunu gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlar ile özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflasa tabi oldukları bildirilen hakiki veya hükmi şahıslar hakkında" geçerli bir takip yoludur. Dolayısıyla iflasa dayanarak tenkis davası açma, aciz belgesine dayanmadan daha sınırlı şekilde uygulanacaktır. Bununla birlikte iflas sebepleri de birden fazladır. Bunlar bakımından da bir sınırlama yapmak yerinde olacaktır.

İflas sebepleri genel olarak borcun ödenmemesine, borcun ödenmesinin tehlikeye düşmesine veya mali durumun bozulmasına dayanmaktadır⁵⁷. İflasla karar verilmesi çoğu zaman borçlunun borcunu tam olarak ifa etme imkânından yoksun olduğunu göstermektedir. Bu an-

⁵³ EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 3. Anılan görüşü kabul eden diğer yazarlar, görüşlerine herhangi bir gerekçe ileri sürmemektedirler.

⁵⁴ EREN, s. 129; NAR, s. 110; BAYGIN, s. 159.

⁵⁵ BAYGIN, s. 159; NAR, s. 110; EREN, s. 129.

⁵⁶ bkz. yukarıda III. B.

⁵⁷ İflas yolları ve sebepleri hakkında bkz. RÜZGARESEN, Cumhuriyet İflâs Sebepleri, Ankara, 2011, s. 1 vd.; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM s. 364 vd.; ARSLAN/YILMAZ/TAŞPINAR AYYVAZ/HANAĞASI, s. 456 vd.

lamda mirasçının iflasına karar verilmiş olması, alacaklarının ödenmeyeceğine karinedir⁵⁸. Ancak durum her zaman böyle değildir. Özellikle kambiyo senetlerine dayalı iflas yoluyla takipte ya da iflas yoluyla adi takipte iflasa karar verilebilmesi için borçlunun borcunu ifa edemeyecek durumda olması gerekmez (İİK m.155 vd.). Bu tip takip yollarında bazı şekli şartların varlığı iflas kararı için yeterli olmaktadır. Bu açıdan iflasa karar vermek için mahkemenin borçlunun malvarlığı üzerinde inceleme yapması da gerekmemektedir. Borçlu vadesi gelen borcunu ödememişse iflasına karar verilebilecektir⁵⁹. Mirasçılarının alacaklılarının tenkis davası açma hakkı ise alacağın elde edilememesi veya edilemeyecek olması sebebine dayanır. TMK m. 562'nin lafzı her ne kadar iflas halinde ayırım yapmaksızın dava hakkı verse de borçlu mirasçının ödeme gücünün olduğu durumlarda alacaklıların tenkis davası açamaması gerekir.

D. Mirasçıya İhtarda Bulunulması

Alacaklıların veya iflas idaresinin dava açmasının şartlarından üçüncüsü mirasçıya ihtarda bulunulmasıdır. Saklı paylı mirasçı, kendisine ihtar çekilmesine ve dava açmak için uygun süre (mehil) verilmesine rağmen dava açmazsa alacaklılar veya iflas idaresi tenkis davasını açabilirler⁶⁰. Bu anlamda TMK m. 562 hükmü, iflasına karar verilen borçlunun malvarlığına ilişkin konularda dava ehliyetini sınırlayan İİK m. 194 hükmünün istisnasıdır⁶¹.

Mirasçının birden çok alacaklısının bulunması ihtimalinde tenkis davası açmak isteyen her bir alacaklının ayrı ayrı ihtarda bulunması

⁵⁸ BAYGIN, s. 159; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 782; NAR, s. 109-110.

⁵⁹ KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2014, s. 469; KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, Ankara, 2013, s. 1084; YILDIRIM/DEREN-YILDIRIM, s. 352; MUŞUL, s. 1402.

⁶⁰ İMRE, s. 405; ESCHER, Art. 524, N. 5; TUOR, Art. 524, N. 8; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, s. 416; ŞENER, s. 121; TÜFEK, s. 121; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779; OĞUZMAN, s. 249; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER; Art. 524, N. 3; AYİTER, s. 148; BAYGIN, s. 160; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 2; BREITSCHMID/JUNGO, Art. 524, N. 2; AYAN, s. 222; ÇABRİ, N. 1445, 1447; KILIÇOĞLU, s. 262; ÖZTAN, s. 121.

⁶¹ BAYGIN, s. 160.

gerekir. Alacaklılardan birinin ihtarinın sonuçsuz kalması diğer alacaklılara tenkis davası açma yetkisi vermez⁶².

Mirasçının iflası durumunda dava açma hakkı iflas idaresine verilmiş olmasına karşın ihtarda bulunma görevi iflas dairesine verilmiştir⁶³. Bu konuda yetkili iflas dairesi İİK m. 154/I gereği borçlunun muamele merkezinin bulunduğu yerdeki iflas dairesidir⁶⁴.

Mirasçıya verilecek uygun sürenin tayininde dürüstlük kuralı esas alınacaktır⁶⁵. Uygun süreden maksat, saklı paylı mirasçıya tenkis davası açabilmesi için gereken makul sürenin tanınmasıdır⁶⁶. Bu sürenin dava açılabilmesi için yapılacak makul hazırlık süresini kapsamaması gerekir⁶⁷. Dolayısıyla avukatla yapılacak anlaşma, delillerin toplanması, dava dilekçesinin hazırlanması gibi hususların da sürenin tayininde dikkate alınması gerekir⁶⁸.

Kural olarak mirasçıya tanınan süre dolmadan alacaklı veya iflas idaresinin dava hakkı doğmaz. Fakat istisnai bazı hallerde mirasçıya verilen sürenin sona ermesi beklenmeden de dava açılabilir. Hatta bazen hiç süre verilmesi bile gerekemeyebilir. Bu hususta TBK m. 124/b.1 hükmü kıyasen uygulanacaktır. Dolayısıyla mirasçının içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa süre verilmeden doğrudan dava açılabilir⁶⁹. Örneğin mirasçı tenkis davası açmayacağını önceden bildirmişse veya saklı payı ihlal eden vasiyetin gereğini yerine getireceğini beyan etmişse süre verilmesine gerek yoktur.

⁶² NAR, s. 111-112; TEKDOĞAN, s. 456.

⁶³ NAR, s. 112; BAYGIN, s. 160.

⁶⁴ Muamele merkezi, tacirin üçüncü kişilere karşı işlerini idare ettiği, işletmesini yönettiği, iş ve işletme politikalarını bir bütün olarak yönlendirdiği yerdir, bkz. BULUT, Erhan, "İflas Davasında Yetki", *Mevzuat Dergisi*, Yıl:4, Sayı: 38, Şubat 2001, (<https://www.mevzuatdergisi.com/2001/02a/01.htm#>) (erişim:13.03.2020).

⁶⁵ NAR, s. 113.

⁶⁶ ÇABRİ, N. 1447.

⁶⁷ ÇABRİ, N. 1447.

⁶⁸ ÇABRİ, N. 1447.

⁶⁹ NAR, s. 113; DURAL/ÖZ, N. 1212; ÇABRİ, N. 1448; BAYGIN, s. 160. Aynı yönde bkz. EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 2.

Kanunda ihtar ve mehil için özel bir şekil öngörülmemiştir. Bu sebeple alacaklılar diledikleri şekilde mirasçıya ihtarda bulunarak uygun süre verebilirler⁷⁰. Ancak açılacak tenkis davasında, mirasçıya ihtar çekildiğini alacaklıların ispatlaması gerektiğinden, yapılacak bildirim (eposta, noter gibi) ispatı kolay bir yolla yapılması tavsiye edilir⁷¹. Alacaklılar veya iflas dairesi yapacağı ihtarda mirasçıdan tenkis davası açmasını istemeli ve dava açılmadığı takdirde dava hakkının kendileri tarafından kullanılacağı bildirmelidir⁷².

İhtarın yapılmaması, yapılan ihtarın ispat edilememesi veya verilen sürenin uygun olmaması durumunda dava reddedilir. Fakat ihtar şartı yerine getirildikten sonra dava yeniden açılabilir. Bu durumda reddedilen ilk dava ikinci dava bakımından kesin hüküm teşkil etmez⁷³.

⁷⁰ BREITSCHMID/JUNGO, Art. 524, N. 2; ESCHER, Art. 524, N. 5; TÜFEK, s. 121; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 2; AYAN, s. 222; TUOR, Art. 524, N. 8; BAYGIN, s. 160; TEKDOĞAN, s. 456; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 524, N. 3; NAR, s. 112-113; ŞENER, s. 121; GÜNAY, Alacaklıların Korunması, s. 148.

⁷¹ AYAN, s. 222; BAYGIN, s. 160; ESCHER, Art. 524, N. 5; GÜNAY, Alacaklıların Korunması, s. 148; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779; TÜFEK, s. 121; NAR, s. 113.

⁷² BAYGIN, s. 160; NAR, s. 113.

⁷³ BAYGIN, s. 161; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1214; ÇABRİ, N. 1446-1447; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779; OĞUZMAN, s. 249, dn. 664b; DURAL/ÖZ, N. 1211; GÜNAY, Alacaklıların Korunması, s. 148; NAR, s. 113; TÜFEK, s. 122. *“İhtar keyfiyeti dava şartlarından olup defî değil itiraz sebebidir. Onun için karşı taraf ileri sürmese dahi mahkemece re’sen gözetilmesi gerektir. Ancak dava şartının yerine getirilmiş olmamasından dolayı bir davanın reddedilmiş olması şartlar gerçekleştiğinde yeniden dava açmağa engel değildir. Diğer bir deyimle şart eksikliğinden dolayı bir davanın reddedilmiş olması davanın dayanağı olan hakkın özünü ortadan kaldıran bir kazai karar değil, davanın içine girilmesini mümkün kılmayan geçici nitelikte usuli bir karardan ibarettir. Örneğin vadesi gelmemiş bir alaktan dolayı açılmış bir davanın reddi halinde, borç muaccel olduğu zaman dava açılabilceği gibi, aciz belgesi olmadan açılan iptal davasının reddi halinde aciz belgesinin istihsal edilmesiyle yeniden dava açılması mümkündür. (İcra ve İflas Kanunu madde 277) Bu örnekler çoğaltılabilir. İşte olayda ihtar şartı yerine getirilmediği için ilk dava reddedilmiş ve bu kerre ihtar hususundaki merasim tamamlanarak temyize konu dava açılmıştır. O halde az önce açıklanan ilke ve gerekçeler karşısında uyumsuzluğun esasının incelenmesi zorunlu iken olaya uymayan düşüncelerle ve özellikle usulün 237.maddesinin yorumunda ve Medeni Kanununun 504. maddesinin kapsamında hataya düşülerek kesin hükmünden bahisle davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır.”*, Yarg. 2. HD, T. 28.03.1974, E. 1974/1019, K. 1974/1887 (www.kazanci.com) (erişim: 13.03.2020). Bir görüşe göre, davanın reddinden önce alacaklıya veya iflas idaresine bu eksikliği tamamlaması için süre verilmelidir, (TEKDOĞAN, s. 456).

Mirasçının alacaklılarının dava açabilmesi için, saklı paylı mirasçıya tenkis davası açma hususunda ihtarda bulunulması yeterlidir. Buna ek olarak mirasçının, alacaklılara zarar verme amacıyla dava açmaktan kaçınması gerekli değildir⁷⁴. Dolayısıyla örneğin mirasbırakanın iradesine saygı göstermesi sebebiyle mirasçının dava açmaması durumunda da alacaklılar veya iflas idaresi tenkis davası açabilir⁷⁵.

IV. DAVA AÇMA SÜRESİ

Alacaklılar ile iflas idaresinin TMK m. 562 uyarınca açacağı tenkis davası, saklı paylı mirasçı ile aynı süreye tabidir⁷⁶. Başka bir deyişle alacaklılar ve iflas idaresi ancak mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davasını açabilirler. Saklı paylı mirasçılardan dava hakkı ise, saklı payın ihlal edildiğinin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halükârda mirasın veya vasiyetnamenin açılmasından itibaren on yıl içinde düşer (TMK m.571/I). Tenkis davası bir yenilik doğuran dava olduğundan kanunda tanınan süreler de hak düşürücüdür⁷⁷. Belirlenen sürenin geçmesiyle birlikte hak kendiliğinden ortadan kalkar⁷⁸. Bu sebeple hak düşürücü sürenin hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerekir; sürenin durması veya kesilmesi de mümkün değildir⁷⁹.

Kanunda sürelerin uzunluğu ve niteliği konusunda şüphe olmasına karşın sürenin başlangıç anı belirlenmiş değildir. Çerçeve süre olan on yıllık sürenin mirasın açılmasıyla, kazandırma vasiyetname yo-

⁷⁴ EREN, s. 130; BAYGIN, s. 161; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER; Art. 524, N. 3; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779.

⁷⁵ BAYGIN, s. 161; NAR, s. 111, dn. 178.

⁷⁶ DURAL/ÖZ, N. 1214; BAYGIN, s. 162; ÇABRİ, N. 1450; KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER; Art. 524, N. 3; TUOR, Art. 524, N. 10; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 783; ESCHER, Art. 524, N. 5; ÖZTAN, s. 126; EIGENMANN/ROUILLER, Art. 524, N. 2.

⁷⁷ SEROZAN/ENGİN, §3 N. 118; ÇABRİ, N. 1450, dn. 2694; GÜNAY, s. 66; ANTALYA, s. 361; ÖZTAN, s. 128; BAYGIN, s. 163; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 783; TURANBOY, s. 58; DURAL/ÖZ, N. 1239; NAR, s. 127; İMRE/ERMAN, s. 266.

⁷⁸ DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2019, N. 1056 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2019, N. 566-569; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018, II §4 11b vd.

⁷⁹ OĞUZMAN/BARLAS, N. 799; SEROZAN, II §7 14-16; DURAL/SARI, N. 1331.

luyla yapılmışsa, vasiyetnamenin sulh hâkimi tarafından mirasçılar huzurunda açıldığı tarihten itibaren başlayacağı açıktır. TMK m. 571’de “diğer tasarruflar” olarak ifade edilen miras sözleşmeleri ve tenkise tabi sağlararası kazandırmalar içinse on yıllık süre, mirasbırakanın ölüm anından itibaren işlemeye başlar⁸⁰. Bir yıllık sürenin başlangıcı konusunda ise öğretilerde tartışma vardır. Bir görüşe göre bir yıllık süre payın zedelendiğinin saklı paylı mirasçı tarafından öğrenildiği andan itibaren başlamalıdır⁸¹. Ancak bu görüş, bir hakkın kullanılmasına ilişkin sürenin dayandırıldığı olgunun, hak sahibinden başkasının öğrenmesine bağlanması sebebiyle, kanun sistematigi ile bağdaşmadığı ve alacaklılara tanınan dava hakkının saklı paylı mirasçının dava hakkından ayrı, bağımsız olduğunu belirten madde gerekçesi ile de uyuşmadığı gerekçesi ile eleştirilmiştir⁸². Buna göre Kanun bir yıllık sürenin başlangıcını subjektif bir şartın gerçekleşmesine bağlamıştır. Alacaklılar bakımından bu şart onların mirasçının saklı payının zedelendiğini öğrenmeleridir. Dolayısıyla bir yıllık süre de bu andan itibaren başlamalıdır⁸³. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

V. TENKİS DAVASINDA ÖZEL DURUMLAR

Yukarıda anılan şartların gerçekleşmesiyle alacaklılar veya iflas idaresi tenkis davası açabileceklerdir. Şartların yokluğu halinde ise dava açmaları mümkün olmayacaktır. Ancak bu durum her zaman hakkaniyetli neticeler doğurmaz. Bazı durumlarda alacaklıların veya iflas idaresinin dava hakkı olmasa da Kanunda amaçlanan korumadan yararlanmaları gerekir. Bunların ilki mirasçının tenkis davasını açmasına rağmen davayı gereği gibi takip etmemesidir. İkincisi ise mirasçının saklı payı zedeleyen tasarruflarla ilgili açılan davada tenkis def’ini ileri sürmemesidir. Aşağıda bunlar sırasıyla açılacaktır.

A. Saklı Paylı Mirasçının Süresinde Dava Açmasına Rağmen Davayı Gereği Gibi Takip Etmemesi

⁸⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 418; EREN, s. 144; İNAN/ERTAŞ/ALBAŞ, N. 1237; AYİTER, s. 149; NAR, s. 134; BAYGIN, s. 163; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 783.

⁸¹ EREN, s. 145; TUOR, Art. 524, N. 10.

⁸² BAYGIN, s. 162.

⁸³ NAR, s. 132; BAYGIN, s. 163.

Saklı payı zedelenen mirasçı kendisine verilen süre içinde veya süre vermeye gerek kalmaksızın tenkis davası açabilir. Fakat davada esaslı olguları ileri sürmekten kaçınma veya elverişli olmayan bir sulh teklifini kabul etme gibi sebeplerle davayı gereği gibi takip etmeyebilir⁸⁴. Bu durumunda alacaklıların menfaatinin zedeleneceği ve TMK m. 562'de amaçlanan korumanın boşa çıkacağı açıktır. Dolayısıyla mirasçının açtığı davayı gereği gibi takip etmemesi durumunda alacaklıların nasıl korunacağı sorusu gündeme gelir.

Açtığı tenkis davasını gereği gibi takip etmeyen saklı paylı mirasçının alacaklılarının, dava açma hakkı olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre mirasçının kasten ya da bilgisizliği ile tenkis davasını gereği gibi takip etmemesi durumunda, alacaklılar davaya müdahil olabilir⁸⁵. Alacaklılar mirasçuların açacağı tenkis davasına fer'i müdahil olarak katılabilirler⁸⁶. Alacaklının fer'i müdahil olarak davaya katılabilmesi için, davaya katılmasında bir yararı olması gerekli ve yeterlidir⁸⁷. HMK m. 66 uyarınca da: *"Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'i müdahil olarak davada yer alabilir"*. Tenkis davasında ise dava sonucunda verilecek hükümden alacaklının etkilenmesi, bu hükümlerle mirasçının miras payında değişme olması ve alacaklının da bu paydan tatmin edilmesi mümkündür.

⁸⁴ BAYGIN, s. 161; TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779.

⁸⁵ TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 779-780; İMRE/ERMAN, s. 265, dn. 9; TÜFEK, s. 121; ESCHER, Art. 524, N. 3; ŞENER, s. 120; BASILE, s. 20-21.

⁸⁶ Mirasçının açtığı tenkis davasına, alacaklılarının asli müdahil olarak katılmaları ise mümkün değildir. Çünkü asli müdahale ancak doğrudan bir hak iddiası ile mümkündür (HMK m. 65). Alacaklının asli müdahil olabileceğini kabul etmek, miras payında tenkis davasına bağlı olarak ortaya çıkabilecek artış üzerinde doğrudan hak iddia ettiği anlamını taşır. Oysa alacaklı artan miras payına sahip olmaz. Yalnızca artan değerden alacağını talep edebilir, (TUNCER KAZANCI/ÖCAL APAYDIN, s. 780).

⁸⁷ Fer'i müdahale hakkında bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, El Kitabı, Cilt I, Ankara, 2020, s. 979 vd.; BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara, 2019, s. 117 vd.; PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, 2017, s. 716 vd.; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul, 2014, s. 356 vd.; PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992, s. 17 vd.

Diğer bir görüşe göre mirasçının tenkis davası açmasına rağmen dürüstlük kuralına aykırı davranışları ile tenkise engel olması, TMK m. 562 hükmüne karşı yapılmış bir hile oluşturur (TMK m. 2). Dolayısıyla mirasçının bu tutumu nedeniyle davanın reddedilmesi durumunda, bundan zarar gören alacaklılar mirasçının kötüniyetli davranışını ispat ederek tenkis davası açabilirler⁸⁸.

Bizim de katıldığımız bir başka görüş ise yukarıda anılan her iki görüşün birlikte uygulanabileceğini savunmaktadır⁸⁹. Buna göre alacaklıların davaya katılmada hem hukuki hem ekonomik menfaati vardır. Çünkü mirasçının davayı kaybetmesi durumunda alacaklılar bundan olumsuz yönde etkilenecekler, hak kaybına uğrayacaklardır. Dolayısıyla alacaklıların davaya fer'i müdahil olarak katılabilmeleri gerekir. Ayrıca alacaklılar davaya müdahale etmemiş veya edememiş olsalar bile mirasçının TMK m. 562 hükmünü dolanmak için davayı kasten kaybettiğini ispatlayarak, TMK m. 2 gereğince tenkis davası açabilirler.

B. Mirasçuya Açılan Davada Alacaklıların Tenkis Def'inden Yararlanıp Yararlanamayacağı Sorunu

Saklı paylı mirasçılar, tenkis talebini dava yoluyla ileri sürebileceği gibi, henüz yerine getirilmemiş tasarrufların ifasını talep edenlere karşı def'i yoluna da başvurabilirler (TMK m. 571/III)⁹⁰. Tenkis def'i, yerine getirilmemiş tenkise tabi kazandırmalar için tanınmış ek bir imkândır. Buna göre, yerine getirilmemiş tenkise tabi kazandırmaların ifasının dava yoluyla talep edilmesi durumunda, saklı payı ihlal edilen mirasçı tenkis def'ini kullanarak davacının talebini geri çevirebilir⁹¹. Böylece zilyetliğinde bulunan tereke malını iade etmekten kurtulur⁹².

⁸⁸ DURAL/ÖZ, N. 1216; ÖZTAN, s. 125-126.

⁸⁹ BAYGIN, s. 162; NAR, 114-115; ÇABRİ, N. 1449, 1460-1461.

⁹⁰ ALBAŞ, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 3, s. 143; GÜNAY, s. 67; NAR, s. 136. Def'i, hak sahibine, borçlu olduğu edimi, özel bir sebebe dayanarak yerine getirmekten geçici veya sürekli kaçınma imkânı veren bir savunma yoludur, (DURAL/SARI, N. 1293; OĞUZMAN/BARLAS, N. 1009; SEROZAN, II § 10 N. 17).

⁹¹ NAR, s. 136; AYAN, s. 226; İMRE, s. 410; ALBAŞ, s. 159.

⁹² NAR, s. 137.

Saklı paylı mirasçının tenkis def'ini ileri sürmesi mümkün olsa da bunu yapmak zorunda değildir. Bu durumda mirasçıya açılan davada alacaklıların veya iflas idaresinin davaya müdahale ederek tenkis def'ini ileri sürüp süremeyeceği sorunu gündeme gelir.

Öğretide ileri sürülen bir görüşe göre saklı paylı mirasçının alacaklılarının veya iflas idaresinin tenkis def'ini ileri sürmesi mümkün değildir. Çünkü Kanunun lafzı alacaklı ve iflas idaresine yalnızca tenkis davası açma hakkını tanımıştır⁹³. Fakat tenkis def'ini yalnızca saklı paylı mirasçının ileri sürebileceğini kabul etmek, bu def'inin kullanılmaması durumunda alacaklıların veya iflas idaresinin zarara uğramasına yol açacaktır⁹⁴. Bu sonuç ise, TMK m. 562'nin amacı ile bağdaşmaz. Bu sebeple, alacaklıların ve iflas idaresinin mirasçının açacağı tenkis davasına müdahalesine benzer şekilde davaya fer'i müdahil olarak katılmaları ve tenkis def'ini ileri sürebilmeleri mümkün olmalıdır⁹⁵.

VI. GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 2/I'e göre malvarlığı haklarına ilişkin davalarda görevli mahkeme, dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın asliye hukuk mahkemesidir. Tenkis davası da malvarlığına ilişkin olduğundan asliye hukuk mahkemesinde açılacaktır. Bu bakımdan, ihlal edilen saklı payın veya tenkisi istenen kazandırmanın maddi değeri önemli değildir⁹⁶.

Tenkis davasında yetkili mahkemenin belirlenmesi açısından hem Türk Medeni Kanununda hem Hukuk Muhakemeleri Kanununda özel düzenleme bulunmaktadır. TMK m. 576'ya göre "*Miras, malvarlığının tamamı için mirasbırakanın yerleşim yerinde açılır (1). Mirasbırakanın tasarruflarının iptali veya tenkisi, mirasın paylaşılması ve miras sebebiyle istihkak davaları bu yerleşim yeri mahkemesinde görülür (2)*". HMK m. 11/I b.a'da da mirasbırakanın son yerleşim yeri mahkemesinin tenkis davası bakımından yetkili olduğu ifade edilmiştir. Anılan hükümler uyarınca tenkis

⁹³ TUOR, Art. 524, N. 9; ALBAŞ, s. 149-150.

⁹⁴ BAYGIN, s. 168.

⁹⁵ EREN, s. 130; ESCHER, Art. 524, N. 5; BAYGIN, s. 168-169; NAR, s. 137-138. Aynı yönde bkz. KOSTKIEWICZ/WOLF/AMSTUTZ/FANKHAUSER, Art. 524, N. 5.

⁹⁶ ÇABRİ, N. 1463; NAR, s. 305-306.

davasını görmeye yetkili mahkeme mirasbırakanın yerleşim yeri mahkemesidir. Bu kural “kesin yetki kuralı” niteliğindedir (HMK m. 11/I)⁹⁷.

Alacaklılar veya iflas idaresinin açacağı tenkis davası bakımından görev ve yetkiye ilişkin ayrı düzenleme getirilmemiştir. Dolayısıyla yukarıda anılan esaslar onlar hakkında da uygulanacaktır.

SONUÇ

Türk Medeni Kanunu m. 562’de saklı paylı mirasçılarının alacaklılarının tenkis davası açma hakkı düzenlenmiştir. Hükme göre dava hakkı olanlar, alacaklılar ve iflas idaresidir. TMK m. 599 gereği mirasbırakanın borçları mirasçılara geçeceğinden, saklı paylı mirasçılarının alacaklılarının yanında mirasbırakanın alacaklıları da dava hakkından yararlanır. TMK m. 562’ye göre açılacak davanın hukuki niteliği saklı paylı mirasçılarının açacağı dava ile aynıdır. Buna karşılık alacaklıların dava açması için saklı payın ihlal edilmiş olması yeterli değildir.

Saklı paylı mirasçılar dışındakilerin dava açabilmesi için mirasçıdan alacağın bulunması şarttır. Bu açıdan, alacağın davanın açılması sırasında muaccel olması da gerekir. Alacaklıların açacağı davada, mirasbırakanın ölümünden önce alınmış bir aciz belgesinin varlığı arandığından alacağın da muaccel olması gerektiği açıktır. Fakat iflas idaresinin dava hakkı bakımından mirasbırakanın ölümü anında iflasın açılması şart olmadığı gibi, ölüm anında alacağın muaccel olması da şart değildir. Alacak müaccel olsa veya hiç doğmamış olsa bile 10 yıllık çerçeve süre içerisinde mirasçının iflas etmesi durumunda ilgili alacaklı da tenkis davasında alınacak hükümden yaralanacaktır.

Alacaklıların dava açabilmesi için alacağın elde edilememiş olması gerekir. Fakat her elde edememe dava hakkı vermez. Dava açabilmek için mirasçının iflasına karar verilmiş olması veya mirasın geçtiği anda alacaklıların elinde ödemedi aciz belgesinin bulunması gerekir. Öğretilerde hem kesin hem geçici aciz belgesinin dava hakkı verdiği kabul edilse de, bizce geçici aciz belgesine sahip alacaklı tenkis davası açamamalıdır. Benzer şekilde, iflas kararının alınmasında borçlu mirasçının acz

⁹⁷ GÜNAY, s. 66; NAR, s. 306; TÜFEK, s. 125. Hükümün gerekçesinde de bu husus açıkça belirtilmiştir.

içinde olması dışındaki bir sebep etkili olmuşsa iflas idaresi tenkis davası açamamalıdır.

Aciz belgesine bağlanmış alacağın zamanaşımına uğraması alacağı sona erdirmeyeceğinden aciz belgesini hükümsüz hale getirmez. Dolayısıyla alacağın zamanaşımına uğraması tenkis davasının açılmasına engel değildir. Fakat alacaklının tenkis davası açmak için öncelikle saklı paylı mirasçıya başvurması gerekir. Alacaklı saklı paylı mirasçıdan tenkis davası açmasını talep edecektir. Alacaklının bu talebi aynı zamanda bir ifa talebi olarak değerlendirileceğinden saklı paylı mirasçı zamanaşımı def'ini ileri sürebilecektir. Bunun neticesinde saklı paylı mirasçı dava açmasına gerek kalmaksızın alacaklının dava hakkını elinden alabilecektir.

Tenkis davası açmak isteyen alacaklıların saklı paylı mirasçıya ihtarda bulunması gerekir. Verilecek uygun süre içinde mirasçı dava açmazsa alacaklılar tenkis davası açabilir. Mirasçının dava açmasına rağmen davayı gereği gibi takip etmemesi durumunda alacaklılar davaya fer'i müdahil olarak katılabilir veya sonradan tenkis davası açabilir. Benzer şekilde, üçüncü kişinin kazandırmanın yerine getirilmesi için saklı paylı mirasçıya açacağı davaya, alacaklıların fer'i müdahil olarak katılarak tenkis def'ini ileri sürmeleri de mümkündür.

KAYNAKLAR

AKÇAY, Ergin, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı, İstanbul, 2010.

- ALBAŞ, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl: 2012, Cilt: 18, Sayı: 3, s. 143-162.
- ANTALYA, O. Gökhan, Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder/TAŞPINAR AYVAZ, Se-
ma/HANAĞASI, Emel, İcra ve İflâs Hukuku, Ankara, 2019.
- AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, Ankara, 2016.
- AYİTER, Nuşin, Miras Hukuku, Ankara, 1978.
- BASILE, Giovanna, Aktiv- und Passivlegitimation, Rechtsbegehre-
nung und Klagefundament bei der Herabsetzungsklage (Art. 522 ff.
ZGB), Zürich, 2016.
- BAYGIN, Cem, Türk Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması, Anka-
ra, 2005.
- BREITSCHMID, Peter/JUNGO, Alexandra, Handkommentar zum
Schweizer Privatrecht – Erbrecht – Art. 457-640 ZGB, 3. Auflage,
Zürich, 2016.
- BUDAK, Ali Cem/KARAASLAN, Varol, Medenî Usul Hukuku, Ankara,
2019.
- BULUT, Erhan, "İflas Davasında Yetki", Mevzuat Dergisi, Yıl:4, Sayı: 38,
Şubat 2001,
(<https://www.mevzuatdergisi.com/2001/02a/01.htm#>) (eri-
şim:13.03.2020).
- ÇABRİ, Sezer, Miras Hukuku Şerhi (TMK m. 495-574), Cilt-I, İstanbul
2018.
- DELİDUMAN, Seyithan, "Haciz Tutanağının Borç Ödemeden Aciz Bel-
gesi Hükmünde Sayılması (İİK. M. 105, I)", Yargıtay Dergisi, C.
25, S. 3, Temmuz 1999, s. 334-337.
- DELİDUMAN, Seyithan, "Muvakkat Borç Ödemeden Aciz Belgesi",
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1998/3, s. 1077-1087 (DELİ-
DUMAN, Geçici Aciz).
- DURAL, Mustafa/ÖZ, Turgut, Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Huku-
ku, İstanbul, 2019.
- DURAL, Mustafa/SARI, Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavram-
lar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul, 2019.

- EIGENMANN, Antoine/ROUILLER, Nicolas, Commentaire du droit des successions, Bern, 2012.
- ERDEM, Mehmet, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019 (EREN, Borçlar).
- EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973.
- ERSOY, Uğur, "Hileli ve Taksirli İflas Suçları", Ceza Hukuku Dergisi, S. 33, Nisan, 2017, s. 67-111.
- ESCHER, Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, Erste Abteilung: Die Erben (Art. 457-536), Dritte Auflage, Zürich, 1959.
- EVİK, Ali Hakan, Türk Ceza Hukuku'nda Hileli ve Taksirli İflas Suçları, İstanbul, 2015.
- GÜNAY, Erhan, "Mirasta Tenkis (İndirim) Davası", Terazi Hukuk Dergisi, S. 105, Mayıs 2015, s. 65-75.
- GÜNAY, Erhan, Miras Hukukunda Mirasçılarının Sorumluluğu ve Alacaklıların Korunması, Ankara, 2019 (GÜNAY, Alacaklıların Korunması).
- İMRE, Zahit, Türk Miras Hukuku, İstanbul, 1978.
- İMRE, Zahit/ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, İstanbul, 2018.
- İNAN, Ali Naim/ERTAŞ, Şeref/ALBAŞ, Hakan, Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- KARSLI, Abdurrahim, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2014.
- KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, Ders Kitabı, İstanbul, 2014.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019 (KILIÇOĞLU, Borçlar).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Miras Hukuku, Ankara, 2019.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, İstanbul, 1987.
- KOSTKIEWICZ, Jolanta Kren/WOLF, Stephan/AMSTUTZ, Marc/FANKHAUSER, Roland, ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3. Auflage, Zürich, 2016.
- KURU, Baki, İcra ve İflas Hukuku, El Kitabı, Ankara, 2013.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder, Medenî Usul Hukuku, El Kitabı, Cilt I, Ankara, 2020.

- MUŞUL, Timuçin, İcra ve İflâs Hukuku, Cilt: I, Ankara, 2013.
- NAR, Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2016.
- ORUÇ ÖMEROĞLU, Handan, İflas İdaresi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2012.
- OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, İstanbul, 1995.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2019.
- ÖZTAN, Bilge, Miras Hukuku (Tablolar ve Örneklerle), Ankara, 2016.
- ÖZTEK, Selçuk, İcra ve İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul, 1994.
- PEKCANITEZ, Hakan, Medeni Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale, Ankara, 1992.
- PEKCANITEZ, Hakan/ÖZEKES, Muhammet/AKKAN, Mine/TAŞ KORKMAZ, Hülya, Medenî Usûl Hukuku, İstanbul, 2017.
- RÜZGARESEN, Cumhuriyet, İflâs Sebepleri, Ankara, 2011.
- SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2018.
- SEROZAN, Rona/ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku ve Uygulama Çalışmaları Ankara, 2019.
- ŞENER, Esat, "Miras Hukukunda Alacaklıların Korunması", Yargıtay Dergisi, Cilt: 3, Sayı: 1, Ocak 1977, s. 115-134.
- TEKDOĞAN, Aydın, Mirasta Denkleştirme ve Tenkis Davaları, Ankara, 2018.
- TUNCER KAZANCI, İdil/ÖCAL APAYDIN, Bahar, "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı, Cilt: 2, Yıl: 2015, s. 775-808.
- TUOR, Peter, BernerKommentar, Kommentar zum SchweizerischenZivilgesetzbuch, Band III: DasErbrecht, 1. Abteilung: DieErben, Art.457-536 ZGB, Bern, 1964.
- TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra, DasSchweizerischeZivilgesetzbuch, 13. Auflage, Zürich-Basel-Genf, 2009.

- TURANBOY, K. Nuri, Mirasbırakanın Denkleştirme ve Tenkise Bağlı Sağlararası Hukuki İşlemleri, Ankara, 2010.
- TÜFEK, K. Gültekin, Miras Hukukunda Tenkis ve İade Davaları, Ankara, 1977.
- UYAR, Talih, "Takip Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 2007, Sayı: 70, s. 345-358.
- ÜSTÜNDAĞ, Saim, İflâs Hukuku, İstanbul, 1966.
- YAVUZ, Cevdet, "Miras Hukukunda Tenkisten Sonra Tenkis Konusunu Geri Verme (İade) Yükümlülüğü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:51, Sayı: 1-4, Yıl: 1985, s. 261-333.
- YILDIRIM, Mehmet Kâmil/DEREN-YILDIRIM, Nevhis, İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, 2016.



AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ İLE UYUM AÇISINDAN TÜRKİYE'DE HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

Arş. Gör. Talip ALAN*

Prof. Dr. Kamuran REÇBER**

Öz

İnsan haklarının korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmeler devletlerin ulusal hukuklarını etkilemekte, onları uluslararası standartlarla uyumlu düzenlemeler yapmaya sevk etmektedir. Türkiye de Avrupa Konseyi'nin bir üyesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bir tarafı olarak, iç hukukunu Sözleşme ile uyumlu hale getirmekle yükümlüdür. Bu uyuma konu olan haklardan birisi de hâkim önüne çıkarılma hakkıdır. Bu hak, ceza muhakemesinde uygulanan yakalama ve gözaltı tedbirlerine maruz kalan kişilere tanınmaktadır ve kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı bir güvencedir. Bu çalışmada, Türk hukukunda hâkim önüne çıkarılma hakkına ilişkin düzenleme ve uygulamalar ile Sözleşmenin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesi ve buna ilişkin içtihat mukayeseli olarak incelenmiştir. Bu bağlamda ulusal hukukun Sözleşme ile uyumlu olup olmadığı irdelenmiş ve sonuç olarak hâkim önüne çıkarılma hakkı ve buna ilişkin uygulamaların içtihat ve dolayısıyla Sözleşme ile büyük oranda uyumlu olduğu savunulmuştur.

* Arş. Gör., Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye | Asst., Uludağ University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Law, Bursa, Turkey.

✉ talipalan@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0003-1297-8201

** Prof. Dr., Uludağ Üniversitesi, İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Devletler Hukuku Anabilim Dalı, Bursa, Türkiye | Prof., Uludağ University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Department of International Law, Bursa, Turkey.

✉ recber@uludag.edu.tr • ORCID 0000-0001-7388-479X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ALAN, Talip / REÇBER, Kamuran, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Uyum Açısından Türkiye'de Hâkim Önüne Çıkarılma Hakkı", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 543-573.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi • Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi • Yakalama • Gözaltı • Hâkim Önüne Çıkarılma

**THE RIGHT TO BE BROUGHT BEFORE A JUDGE IN TURKEY IN
TERMS OF THE COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN
CONVENTION ON HUMAN RIGHTS**

Abstract

International conventions affect the national laws of states and encourage them to make necessary regulations in line with international standards. Turkey, as a member of the Council of Europe, and as a State Party to, is obliged to make compliant its domestic law with the European Convention on Human Rights (ECHR). The right to be brought before a judge is guaranteed under the ECHR. This right is a guarantee against the arbitrary deprivation of liberty. The current study scrutinizes the regulations and practices regarding “the right to be brought before a judge” in Turkish law including the article 5 of the ECHR. After questioning whether Turkish municipal law complies with the ECHR, the study argues that the regulations regarding ‘the right to be brought before a judge’ and related practices in Turkey are substantially in line with the case law and thus with the ECHR.

Key Words

European Convention on Human Rights • European Court of Human Rights • Arrest • Detention • Be Brought Before a Judge

I. GİRİŞ

İnsan haklarının uluslararası düzeyde korunması amacıyla oluşturulan en etkili mekanizmalardan birisi Avrupa Konseyi bünyesinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)¹ ile kurulan sistemdir. AİHS sistemi etkili yapan en önemli unsur Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ile kurulan yargı düzenidir. AİHM yaptığı yargılamayla Sözleşmenin uygulanmasını denetlemekte ve bu doğrultuda karar(lar) tesis etmektedir. AİHS ilgili düzenlemeleri itibarıyla gerçek kişilere, hükümet

¹ Resmi adı İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşme olan AİHS Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından 04.11.1950 tarihinde Roma’da imzalanmıştır.

dışı kuruluşlara veya kişi gruplarına bireysel başvuru ve üye devletlere de devlet başvurusu hakkı tanımaktadır.

AİHS ve AİHM'in zamanla gelişen içtihadı üye devletlerin iç hukuklarını da etkilemiş ve üye devletler kendi hukuk düzenlerini AİHS ile uyumlaştırmak durumunda kalmışlardır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti, insan haklarına ve temel özgürlüklerine ilişkin uluslararası hukuk işlemlerine mümkün olduğunca taraf olmaya ve bu konudaki uluslararası örgütlere de üye olmaya çalışmaktadır. Bu anlamda da Türkiye Cumhuriyeti Devleti AİHS'ye taraf olmuştur.

AİHS'ye taraf olmanın bir gereği olarak² Türkiye Cumhuriyeti Devleti için de Sözleşmede yer alan hakları kendi yetki alanı içinde bulunan herkese tanıma, bu amaçla yasal düzenlemeler ve hukuki reformlar yaparak iç hukukunu AİHS ile uyumlu hale getirme yükümlülüğü ortaya çıkmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin iç hukukunu AİHS ile uyumlu hale getirmesi teorik olarak mevcut eksikliği gidermiştir. Ancak Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından AİHS düzenlemelerinin uygulamada etkin olarak işletilmesi de önemli hale gelmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti Devleti açısından AİHS ile uyumun sağlanması gerektiği alanlardan birisi de yakalama ve gözaltı tedbirleri uygulanan kişilere yönelik bir güvence olan hâkim önüne çıkarılma hakkıdır. Yakalama ve gözaltı, ceza muhakemesinin kişi özgürlüğünü ortadan kaldıran veya kısıtlayan araçları olmaktadır. Kişi özgürlüğü, diğer özgürlüklerin yanında farklı bir konuma sahiptir. Zira kişi özgürlüğünden mahrum bırakılmak kişi itibarıyla diğer özgürlüklerin de anlamını yitirmesine neden olabilmektedir. Hatta özgürlükten mahrum olan kişinin, hukuk sisteminin kendisine tanıdığı birtakım haklardan yararlanmasına da engel olmaktadır. Yakalama ve gözaltı tedbirleri kişi özgürlüğüne müdahale oluşturduğundan, bu tedbirler ve hâkim önüne çıkarılma hakkı AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı ile ilişkilidir.

² AİHS, madde 1: "Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar."

Hâkim önüne çıkarılma hakkı, insan haklarının korunması ve AİHS ile uyum açısından önem taşımaktadır. Mevcut çalışmada, Türk hukukundaki hâkim önüne çıkarılma hakkının AİHS ile uyumlu olup olmadığı incelenmeye çalışılmıştır. Çalışma kapsamında ulusal mevzuatımız AİHS'nin 5. maddesi ile karşılaştırılmıştır. Ayrıca AİHM'nin Türkiye Cumhuriyeti Devleti hakkındaki kararları taranmış ve bu kararlar dikkate alınarak mevzuatımızın uyumlu ve uyumsuz yönleri ile uygulamada yaşanabilen problemler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Çalışmanın amacı doğrultusunda ağırlıklı olarak mahkeme içtihadından (case-law) yararlanılmıştır. Konu kapsamında mümkün olduğunca betimleyici olgulara yer vermemeye ve analitik yöntem tatbik edilmeye çalışılmıştır. Konunun özünü oluşturan hâkim önüne çıkarılma hakkının iyi anlaşılabilmesi için öncelikle keyfiliğe karşı koruma ilkesinin ne anlama geldiğinin açıklanması uygun olacaktır.

1. KEYFİLİĞE KARŞI KORUMA

AİHS'nin kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen 5. maddesine göre;

"1. Herkes kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller ve kanunun öngördüğü usuller dışında hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz:

(...)

c) Kişinin, bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebeplerin bulunması veya bir suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak amacıyla hukuka uygun olarak yakalanması veya tutulması;

(...)"

AİHM, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını demokratik bir toplumda çok büyük öneme sahip bir hak olarak değerlendirmektedir.³ Zira bu hak bütün özgürlüklerin temelinde bulunan⁴ kişi özgürlüğünün

³ AİHM, Medvedyev ve diğerleri-Fransa kararı, B. No: 3394/03, 29.03.2010, § 76.

⁴ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması, 10. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 221.

korunmasına hizmet etmektedir. Temel haklardan biri olan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, diğer hakların ve özgürlüklerin kullanılabilmesi için gerekli olduğundan, özel bir öneme sahiptir. Diğer haklardan ve özgürlüklerden gerektiği şekilde faydalanabilmek, bu hakkın korunmasına bağlıdır.⁵

Kişi özgürlüğü ve kişi güvenliği kavramları birbirini tamamlayıcı bir özelliğe sahiptir. Kişi özgürlüğü, kişinin yer değiştirebilme, fizikî mekân içinde hareket edebilme serbestisidir.⁶ Bu kavram kişinin bir yere kapatılamaması, bir yerde alıkonulamaması veya tutulamamasını ifade etmektedir. Yani kişi özgürlüğü, kişinin fiziki ya da bedeni özgürlüğüne karşılık gelmektedir.⁷ Kişi güvenliği ise kamu otoritelerinin kişi özgürlüğüne yönelik keyfi müdahalelerine karşı korunmayı ifade etmektedir.⁸ Kamu otoritelerinin belirli şartlar altında kişi özgürlüğüne müdahale etmeleri mümkün olabilse de bu müdahalenin hiçbir zaman keyfi bir uygulama olmaması gerekmektedir. Kişi güvenliğinin sağlanması için keyfiliğe yer verilmemelidir.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkını düzenleyen AİHS'nin 5. maddesinin temel amacı, kişinin keyfi bir şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmasını önlemektir.⁹ Keyfiliğin önlenmesi için ise kişi özgürlüğüne müdahale teşkil eden uygulamaların belirli koşullara bağlanması ve özgürlükten yoksun bırakan tedbirlere maruz kalan kişilere bazı güvenceler tanınması gerekir.

"Keyfilik" kavramı, 5. maddede lafzen yer almamakta ve kişi özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hukuka uygun olması öngörülmektedir.¹⁰ Ancak, hukukilik şartının yerine gelmesi için uyulması gerekenlerden bir

⁵ ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, 2. B., Ankara, Yargı Yayınevi, 2004, s. 167.

⁶ KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, 4. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015, s. 411.

⁷ GÖZÜBÜYÜK, GÖLCÜKLÜ, s. 221.

⁸ ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkelere, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001, s. 137.

⁹ ÜNAL, s. 136.

¹⁰ MARCOUX Laurent, Jr., "Protection from Arbitrary Arrest and Detention Under International Law", Boston College International and Comparative Law Review, Volume 5, Issue 2, 1982, s. 372.

tanesi de içtihadın gönderme yaptığı ve AİHS’de zımnen yer alan bir genel ilke olarak 5. maddenin temel amacı olan keyfiliğe karşı koruma ilkesidir.¹¹ Her özgürlükten yoksun bırakma uygulaması, keyfiliğe karşı koruma ilkesine uygun olmalıdır. Madde 5/1 açısından keyfilik kavramı iç hukuka aykırılığın ötesinde bir anlama sahiptir. AİHM’nin Saadi-Birleşik Krallık kararında belirttiği üzere, bir özgürlükten yoksun bırakma ulusal hukuka uygun olmasına rağmen keyfi olabilmekte ve dolayısıyla AİHS’nin ihlaline yol açabilmektedir. Mahkeme, devlet otoritelerinin hangi davranışlarının keyfi olarak nitelendirilebileceği konusunda genel bir tanım yapmamıştır. Fakat farklı olaylar üzerinden bazı temel prensipler geliştirmiştir.¹² İçtihadı göre, otoritelerin kötü niyeti veya hilesi söz konusu ise tutma durumu keyfidir.¹³ Tutma kararı ve bu kararın icrası, madde 5/1’in ilgili bendinde öngörülen sınırlamalarla güdülen amaca uygun olmalıdır.¹⁴ Özgürlükten yoksun bırakma için öne sürülen gerekçe ile tutma yeri ve koşulları arasında bir bağ olmalıdır.¹⁵ Uygulanan tedbir ile öne sürülen gerekçe arasında orantılılık bağı bulunmalıdır. Bu açıdan tutma işleminin gerekliliği araştırılmalıdır. Zira bir kişinin tutulması, diğer tedbirler göz önüne alınıp kişisel veya kamusal bir çıkarı korumak için yetersiz bulunduğu son çare olarak başvurulacak bir tedbirdir.¹⁶

Sözleşmenin 5. maddesinin ilk fıkrasında kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılabileceği istisnai haller 6 bent halinde sıralanmıştır. Bunlardan c bendi devletin ceza muhakemesinde kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakacak nitelikte tedbirler olan yakalama, gözaltı ve tutuklama işlemlerini yapmasına müsaade etmekte ve aynı zamanda bunlar için birtakım koşullar öngörmektedir.

Ceza muhakemesi kişinin bir suçu işleyip işlemediğinin tespit edilmesini sağlar. Bu tespitin yapılabilmesi için yargılamanın gerçekleşmesi, yargılamanın gerçekleşmesi için ise bazı tedbirlere başvurulması gerekmektedir. Yakalama ve gözaltı da bu tedbirlerdendir. Nitekim AİHS

¹¹ AİHM, Simons-Belçika kararı, B. No: 71407/10, 28.08.2012, § 32.

¹² AİHM, Saadi-Birleşik Krallık kararı, B. No: 13229/03, 29.01.2008, § 68.

¹³ AİHM, Bozano-Fransa kararı, B. No: 9990/82, 18.12.1986, § 60.

¹⁴ AİHM, Winterwerp-Hollanda kararı, B. No: 6301/73, 24.10.1979, § 39.

¹⁵ AİHM, Bouamar-Belçika kararı, B. No: 9106/80, 29.02.1988, § 50.

¹⁶ AİHM, Saadi-Birleşik Krallık kararı, B. No: 13229/03, 29.01.2008, § 70.

madde 5/1/c hükmü de yakalama ve gözaltının ceza muhakemesinde vasiya olma niteliğine işaret etmektedir. AİHS, söz konusu tedbirlere kişiyi “yetkili adli merci önüne çıkarmak amacıyla” başvurulabileceğini belirterek bu hususu açıkça düzenlemiştir.

Kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakacak diğer hallerde olduğu gibi yakalama ve gözaltı tedbirlerinin kötüye kullanılmasının engellenmesi de buna karşı güvencelerin sağlanmasıyla mümkündür. Kişilerin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılmasının önüne geçmek amacıyla, yakalanarak ve gözaltına alınarak tutulan kişilere birtakım güvenceler tanınmıştır. Yakalama nedenlerini öğrenme hakkı, mahkemeye başvurma hakkı ve tazminat isteme hakkı da 5. maddede yer alan bu güvencelerdendir. Madde 5/3'te ise temel bir güvence olan hâkim önüne çıkarılma hakkı koruma altına alınmıştır.

2. HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMA HAKKI

Yakalama ve gözaltı tedbirleri, hâkim kararı olmaksızın uygulanan tedbirlerdir. Fakat hâkim kararına dayanan bir yakalama bile söz konusu olsa, keyfiliğe karşı bir güvence olarak, suç işlediği şüphesiyle yakalanan kişilerin kısa süre içerisinde hâkim huzuruna çıkarılmaları gerekmektedir.

AİHS'de hâkim önüne çıkarılma hakkını düzenleyen madde 5/3'e göre

“Bu maddenin 1/c fıkrasının hükümleri uyarınca yakalanan veya tutulan herkes, en kısa sürede bir hâkim veya yasayla yargı görevi yapmaya yetkili kılınmış başka bir kamu görevlisi önüne çıkarılır.”

Hâkim önüne çıkarılma hakkı, 5. maddenin yalnızca 1/c fıkrası kapsamındaki özgürlükten yoksun bırakma hallerine ilişkindir.¹⁷ Bunlar bir suç işlenmiş olması, bir suç işlendikten sonra failin kaçmasına engel olma veya bir suçun işlenmesine engel olma şeklinde üç ihtimale

¹⁷ MACOVEI Monica, Liberté et Sûreté de la Personne: Un Guide sur la Mise en œuvre de l'Article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Allemagne, Conseil de l'Europe, 2003, s. 54.

dayanmaktadır.¹⁸ Ancak her durumda, amaç kişiyi yetkili adli merci önüne çıkarmak yani ceza muhakemesini gerçekleştirmektir. Dolayısıyla, “suç işlemesine engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde” yakalama ve gözaltı yapabilmek için; kişinin suç işlemek amacıyla gerçekleştirdiği hazırlık hareketlerinin ceza yargılamasına konu olabilmesi, yani cezalandırılabilir olması veya suç teşkil etmesi gerekmektedir. Zira bir idari tedbir olarak suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla gözaltına alma yukarıda belirttiğimiz maddenin c bendi kapsamına girmemektedir.¹⁹

Hâkim önüne çıkarılma hakkının temel unsuru, bireyin özgürlük hakkına yürütme tarafından yapılan müdahalelere yönelik yargı denetimidir.²⁰ Bu yargı denetimi, demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan ve AİHS'nin başlangıç kısmında açıkça zikredilen hukukun üstünlüğü ilkesinin gereğidir.²¹

Hâkim önüne çıkarılma hakkı, suç işlediği şüphesiyle yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin keyfi veya haksız şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılmasına karşı güvence sunmaktadır.²² Yargı denetimi aynı zamanda, kötü muamele riskine ve kolluk görevlileri veya diğer görevlilere tanınan yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı da güvence oluşturmaktadır.²³

Anayasaya göre, “yakalanan kişi, tutulma yerine en yakın mahkemeye gönderilmesi için gerekli süre hariç en geç kırk sekiz saat ve toplu olarak işlenen suçlarda²⁴ en çok dört gün içinde hâkim önüne çıkarılır. Kimse, bu süreler geçtikten sonra hâkim kararı olmaksızın hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” Fakat hâkim önüne çıkarılma süreleri olağanüstü hâl ve savaş hallerinde

¹⁸ PÎRNUȚĂ Oana-Andreea, Alina-Adriana ARSENI, Cosmina-Oana DRĂGHICI, “Safeguarding The Right to Liberty and Security in the European Context”, Review of the Air Force Academy, No 2(17) /2010, s. 113.

¹⁹ AİHM, Ostendorf-Almanya kararı, B. No: 15598/08, 07.03.2013, § 82-86.

²⁰ AİHM, Kerman-Türkiye kararı, B. No: 35132/05, 22.11.2016, § 70.

²¹ AİHM, Ali Osman Özmen-Türkiye kararı, B. No: 42969/04, 05.07.2016, § 68.

²² AİHM, Vedat Doğru-Türkiye kararı, B. No: 2469/10, 05.04.2016, § 54.

²³ AİHM, Ladent-Polonya kararı, B. No: 11036/03, 18.03.2008, § 72.

²⁴ CMK madde 2: “Toplu suç, aralarında iştirak iradesi bulunmasa da üç veya daha fazla kişi tarafından işlenen suçtu ifade etmektedir.”

uzatılabilmektedir (1982 Anayasası'nın 19. maddesinin beşinci fıkrası). Kanunda da "gözümlü alman kişi bırakılmazsa, sulh ceza hâkimi önüne çıkarılıp sorguya çekilir" hükmüne yer verilmiştir [Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 91. maddesinin 7. fıkrası].

3. HÂKİM ÖNÜNE ÇIKARILMANIN EN KISA SÜREDE VE TALEBE BAĞLI OLMAKSIZIN GERÇEKLEŞMESİ

AİHM, yakalanan ve gözümlü alınan kişinin bir yargı makamına erişebilmiş olmasını, madde 5/3'e uygunluk açısından yeterli bulmamaktadır. Bu maddeyle amaçlanan, hızlı ve talebe bağlı olmayan bir yargı denetiminin sağlanmasıdır.²⁵ Otomatik ve hızlı bir denetim keyfi davranmaya, *incommunicado*²⁶ tutmaya ve kötü muameleyle karşı önemli bir koruma sağlamaktadır.²⁷ Her ne kadar kişi dokunulmazlığına ve kişinin sağlığına ilişkin hususlar; işkence, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezayı yasaklayan 3. madde ve yaşama hakkını koruyan 2. madde ile alakalı olsa da bu üç güvencenin amaçları arasında yakın bir bağ mevcuttur. Zira yargı denetimi, kötü muamele veya hayatı tehdit eden durumların tespitine veya önlenmesine de hizmet edebilecektir.²⁸

Kişi özgürlüğüne yönelik her türlü haksız müdahalenin en aza indirilmesi ve herhangi bir kötü muamelenin tespit edilebilmesi için yargı denetiminin her şeyden önce hızlı olması gerekmektedir. Bu süre sınırlaması, yorumlamada fazla esnekliğe müsaade etmemektedir. Aksi

²⁵ AİHM, De Jong, Baljet ve Van den Brink-Hollanda kararı, B. No: 8805/79, 8806/79, 9242/81, 22.05.1984, § 51.

²⁶ Incommunicado tutma, kişinin "dış dünyayla ve özellikle ailesi ve avukatı ile iletişim kurması engellenerek" tutulmasıdır. Bkz.: 1988 Birleşmiş Milletler Herhangi Bir Biçimde Tutulan veya Hapsedilen Kişilerin Korunması İçin Prensipler Bütünü (Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 9 Aralık 1988 tarihli ve 43/173 sayılı Kararı), madde 15.

²⁷ BACHMANN S D, J SANDEN, "The Right to Liberty and Security according to Article 5 of the European Convention on Human Rights and Facing Threats to Public Safety and National Security", Journal of South African Law, vol. 2017, no. 2, 2017, s. 333.

²⁸ MURDOCH Jim, Ralph ROCHE, The European Convention on Human Rights and Policing: A Handbook for Police Officers and Other Law Enforcement Officials, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2013, s. 61.

takdirde, sunulan usulü güvence bireyin aleyhine ciddi ölçüde zayıflamış olacak ve hakkın özüne dokunulması riski ortaya çıkacaktır.²⁹

Yargı denetiminin, hızlı olmasının yanında otomatik olması da zorunludur. Hâkim önüne çıkarılma, yakalanan kişinin önceden bunu talep etmesine bağlı değildir. Hâkim önüne çıkarılma hakkı, madde 5/4'te yer alan başvuru hakkından farklıdır. Hâkim önüne çıkarılmanın talebe bağlı kılınması bu güvencenin niteliğini değiştirecektir. Hatta güvencenin amacına, yani özgürlükten yoksun bırakan işlemi bağımsız yargı denetimine tâbi tutarak kişinin keyfi alıkoymadan korunmasına engel olacaktır.³⁰ Gözaltındaki kişinin kötü muameleye karşı korunması açısından da yargı denetiminin hızlı olmasının yanı sıra talebe bağlı olmaması da gerekir. Kötü muameleye maruz kalan kişi, yargı denetimi için talepte bulunamayacak durumda olabilir. Benzer şekilde, zihinsel engelli olması veya görevlilerin dilini bilmemesi nedeniyle talepte bulunamayacak kişiler için de talebe bağlılık güvence sağlamayacaktır.³¹

3.1. Gözaltı Süresi

Gözaltı süresi, şüpheli hakkında yapılacak adli işlemlerin tamamlanması için tanınmıştır. Bu sürede ifade alma, parmak izi alma, yer gösterme işlemi, teşhis etme, muayene etme gibi işlemler tamamlanmaktadır.³² Kanunda gösterilen süreler azami süreler olduğundan, söz konusu işlemler daha erken tamamlandığında da kişinin gecikmeksizin hâkim önüne çıkarılması gerekir. Ayrıca, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkının amacı keyfilğe karşı koruma olduğundan, yakalanan kişinin en kısa sürede saliverilmesi ve bu nedenle yargı denetiminin gerçekleşmemesi halinde hâkim önüne çıkarılma hakkı (AİHS madde 5/3) ihlal edilmiş olmayacaktır.³³ Gözaltı süresinin gereğinden uzun tutulması halinde ise kişi saliverilse dahi hak ihlali meydana gelecektir.

²⁹ AİHM, McKay-Birleşik Krallık kararı, B. No: 543/03, 03.10.2006, § 33.

³⁰ AİHM, Aquilina-Malta kararı, B. No: 25642/94, 29.04.1999, § 49.

³¹ AİHM, McKay-Birleşik Krallık kararı, B. No: 543/03, 03.10.2006, § 34.

³² CENTEL Nur, Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, 12. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2015, s. 344.

³³ Lawyers Rights Watch Canada, Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law, Canada, 2013, s. 33.

1982 Anayasası, yakalanan kişinin “en geç 48 saat ve toplu olarak işlenen suçlarda en çok 4 gün içinde” hâkim önüne çıkarılacağını öngörerek, gözaltı sürelerinde üst sınırı belirtmiştir (1982 Anayasası’nın 19. maddesinin beşinci fıkrası). CMK’da, “gözaltı süresi[nin] yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre hariç, yakalama anından itibaren 24 saati geçeme[yeceği]” ve “yakalama yerine en yakın hâkim veya mahkemeye gönderilme için zorunlu süre[nin] 12 saatten fazla olama[yacağı]” öngörülmüştür (CMK 91/1). Dolayısıyla bireysel suçlarda, yakalanan kişi yol süresiyle birlikte en fazla 36 saat içinde hâkim önünde olmalıdır. Yol süresinin kısa olduğu durumlarda, 12 saatlik sürenin de gözaltı biriminde gözaltı süresi olarak kullanılması hukuka aykırıdır.³⁴ 12 saatlik süre, gözaltı süresinden bağımsızdır ve yalnızca yol süresi olarak öngörülmüştür. Diğer taraftan, gerekli olmadığı halde yolu uzatarak yol süresini artırmak da hukuka aykırıdır.

“Toplu olarak işlenen suçlarda, delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle; Cumhuriyet savcısı [24 saat olan] gözaltı süresinin, her defasında bir günü geçmemek üzere, üç gün süreyle uzatılmasına yazılı olarak emir verebilir” (CMK 91/3). Bu şekilde gözaltı süresi, toplu suçlarda, uzatmalarla birlikte en fazla 4 güne çıkabilmektedir.

“Mülki amirlerce belirlenecek kolluk amirleri tarafından [gözaltına alma kararı verilebilen hallerde]³⁵ yirmi dört saate kadar, şiddet olaylarının yaygınlaşarak kamu düzeninin ciddi şekilde bozulmasına yol açabilecek toplumsal olaylar sırasında ve toplu olarak işlenen suçlarda kırk sekiz saate kadar gözaltına alınma kararı verilebilir” (CMK 91/4). Bu hallerde kollukça karar verilen gözaltının ardından Cumhuriyet savcısının da gözaltı kararı verebileceği hesaba katıldığında, kişinin “en geç 48 saat, toplu olarak işlenen suçlarda 4 gün içinde” hâkim önüne çıkarılması gerekmektedir (CMK 91/4).

AİHS madde 5/3’te, yakalanan ve gözaltına alınan kişilerin hâkim önüne çıkarılmasına herhangi bir istisna öngörülmemiştir. Bu anlamda yakalamanın hâkim tarafından çıkarılan bir yakalama emrine dayandığı

³⁴ YILDIZ Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2006, s. 192.

³⁵ Belirli suçlara ilişkin suçüstü hallerinde. Bkz.: CMK madde 91/4.

durumlarda dahi, yakalanan kişi hâkim önüne çıkarılacaktır.³⁶ *“Hâkim veya mahkeme tarafından verilen yakalama emri üzerine yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılır”* (CMK 94/1). Burada gözaltına alma söz konusu olmadığı için gözaltı süreleri ve 12 saatlik yol süresi de geçerli değildir. *“Yakalanan kişi, en geç yirmi dört saat içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde yakalandığı yer adliyesinde, mevcut değil ise en yakın adliyede kurulu sesli ve görüntülü iletişim sisteminin kullanılması suretiyle yetkili hâkim veya mahkeme tarafından bu kişinin sorgusu yapılır veya ifadesi alınır”* (CMK 94/2).

2014 yılında Terörle Mücadele Kanunu'nun (TMK) 10. maddesinin yürürlükten kaldırılmasıyla, bu kanun kapsamına giren suçlarla ilgili olarak daha uzun gözaltı süresi uygulanmasından vazgeçilmiştir.

AİHM'e göre, yargı denetiminin hızlılığının her olayın kendi özel koşullarına göre değerlendirilmesi gerekmektedir.³⁷ Ancak *“en kısa süre”* kavramının yorumlanması ve uygulanmasında esneklik alanı çok sınırlıdır. AİHM Brogan ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı³⁸ ile birlikte, 4 günü aşan gözaltı süresinin, terörle mücadele kapsamında bile olsa, AİHS madde 5/3'te yer alan *“en kısa süre”* şartını ihlal ettiğini kabul etmiştir. AİHM, kişinin hâkim önüne çıkarılmadan veya salıverilmeden önce 4 günden daha uzun süre gözaltında tutulmasının yalnızca istisnai hallerde kabul edilebileceğini belirtmiştir.³⁹ Oral ve Atabay-Türkiye kararında⁴⁰ AİHM, Brogan ve diğerleri kararına gönderme yapmış ve yakalanan kişilerin 4 gün 2 saat ve 4 gün 4 saatlik sürelerle gözaltında bulundurulmalarını AİHS'ye aykırı bulmuştur.

AİHM, 4 günden daha kısa gözaltı sürelerinin de hâkim önüne çıkarmanın gecikmeli olduğu durumlarda, AİHS madde 5/3'ü ihlal ettiğine karar vermektedir. AİHM, yakalananların 3 gün 9 saat sonra hâkim

³⁶ AİHM, Bergmann-Estonya kararı, B. No: 38241/04, 29.05.2008, § 45.

³⁷ AİHM, Aquilina-Malta kararı, B. No: 25642/94, 29.04.1999, § 48.

³⁸ AİHM, Brogan ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı, B. No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29.11.1988, § 62. Bkz.: MCBRIDE Jeremy, Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009, s. 50.

³⁹ AİHM, Taş-Türkiye kararı, B. No: 24396/94, 14.11.2000, § 86.

⁴⁰ AİHM, Oral ve Atabay-Türkiye kararı, B. No: 39686/02, 23.06.2009, § 43-44.

önüne çıkarıldıkları İpek ve diğerleri-Türkiye kararında;⁴¹ yakalananların küçük olması, yapılan tek soruşturma işleminin yakalamadan iki gün sonra gerçekleşen ifade alma işlemi olması ve küçüklerin avukat yardımı veya bunun gibi keyfiliğe karşı herhangi bir güvence olmaksızın 3 günden fazla süreyle tutulmuş olmasını dikkate alarak Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ni mahkûm etmiştir.

Yakalanan kişinin yaklaşık 25 saat gözaltında tutulduktan sonra serbest bırakıldığı Umar Karatepe-Türkiye⁴² olayına ilişkin kararında ise AİHM, toplu suç söz konusu olsa bile Cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın 24 saatlik sürenin aşılmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur.

1982 Anayasası'nın ilk halinde, hâkim önüne çıkarılma süresi toplu olarak işlenen suçlarda en çok 15 gün olarak belirlenmişti. Anayasanın kişinin 15 gün boyunca gözaltında tutulabilmesine izin vermesi, AİHM'e yapılan çok sayıda bireysel başvuruda ihlal kararı çıkmasına neden olmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devleti bu başvuruların çoğunda kişilerin terörist faaliyetler nedeniyle yakalandıklarını ve terör suçlarına ilişkin soruşturmaların farklı zorluklar arz ettiğini ileri sürmüştür.⁴³ Fakat AİHM, terör suçlarının soruşturulmasının özel zorluklarını kabul etmekle birlikte; soruşturma makamlarının terörizmi ileri sürerek yerel mahkemelelerin ve AİHM'in denetiminden bağımsız şekilde şüphelileri yakalayıp gözaltında tutma yetkisine sahip olmadıklarını, birçok kararında vurgulamıştır.⁴⁴

AİHM, Türkiye Cumhuriyeti Devleti aleyhine verdiği kararlarında Brogan ve diğerleri kararını hatırlatarak, amacı toplumu terörizme karşı korumak bile olsa kişinin hâkim denetimi olmaksızın 4 günden daha uzun süre gözaltında tutulmasının AİHS madde 5/3'le bağdaşmayacağını belirtmiştir.⁴⁵ AİHM kararları göz önüne alınarak 2001 yılında

⁴¹ AİHM, İpek ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 17019/02, 30070/02, 03.02.2009, § 36.

⁴² AİHM, Umar Karatepe-Türkiye kararı, B. No: 20502/05, 12.10.2010, § 87.

⁴³ Bkz. diğerleri arasında: AİHM, Resul Sadak ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 74318/01, 05.12.2006.

⁴⁴ Bkz. diğerleri arasında: AİHM, Sakık ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94, 23883/94, 26.11.1997, § 44.

⁴⁵ Bkz. diğerleri arasında: AİHM, Zeynep Avcı-Türkiye kararı, B. No: 37021/97, 06.02.2003, § 51.

Anayasanın 19. maddesinde değişiklik yapılmış ve toplu olarak işlenen suçlarda hâkim önüne çıkarılma süresi 15 günden 4 güne indirilmiştir.⁴⁶ Bu sayede maksimum gözaltı süresi konusunda Anayasa, AİHM içtihadı ile uyumlu hale getirilmiştir.⁴⁷

3.2. Olağanüstü Hallerde Gözaltı Süresi

Anayasa hâkim önüne çıkarılma süresinin olağanüstü hal ve savaş hallerinde uzatılmasına izin vermektedir. Olağanüstü hal ve savaş hallerine ilişkin olarak AİHS madde 15’de, gözaltı süresinin daha uzun olarak uygulanmasına bir dereceye kadar müsaade etmektedir. Olağanüstü hallerde yükümlülüklerin askıya alınmasını düzenleyen madde 15 şu şekildedir:

“1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşme’de öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında 2. maddeye, 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ile 7. maddeye aykırı tedbirlere cevaz vermez.

3. Aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı ve Sözleşme hükümlerinin tekrar tamamen geçerli olduğu tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri’ne bildirir.”

Olağanüstü hâl ilan ederek yükümlülüklerini askıya alan devletin Avrupa Konseyi’ne bildirimde bulunması, bu kapsamda gerçekleşecek uygulamaların hiçbir denetime tâbi olmayacağı anlamına gelmemektedir.

AİHM, ulusal makamların, ulusun varlığını tehdit eden genel bir tehlikenin mevcudiyeti ve tehlikeyi bertaraf etmek için uygulamaya

⁴⁶ 3.10.2001 tarihli 4709 sayılı kanununun 4. maddesi.

⁴⁷ Burada ele alınan konular için bkz. TURHAN Faruk, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye: Gözaltında Kayıplar, Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri”, özellikle s. 33 vd.: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789896>, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yeni: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arşiv Cilt 4, Sayı 2.

konulacak tedbirlerin niteliği ve kapsamı konusunda, uluslararası yargıca göre daha yerinde kararlar verebileceğini belirtmektedir. Bu nedenle AİHM, ulusal makamlara bu konuda geniş bir takdir yetkisi tanıdığını kabul etmektedir.⁴⁸ Fakat devletlere tanınan yetki sınırsız değildir. En başta, devletlerin durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüyü aşp aşmadıklarına karar verme yetkisi AİHM'e aittir. AİHM, bu yetkisini kullanırken tedbirlerden etkilenen hakların mahiyeti, olağanüstü hale neden olan koşullar ve olağanüstü halin süresi gibi hususları dikkate almaktadır.⁴⁹

AİHM, olağanüstü halde AİHS madde 5/3'e aykırı olarak alınan tedbirlerin, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde olup olmadığına karar verirken, gözaltı süresinin uzunluğunu ve kişiye tanınan güvenceleri göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin AİHM, Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararında, terör suçlarından şüpheli olan kişilerin hâkim önüne çıkarılmaksızın yedi güne kadar gözaltında tutulmalarını, takdir yetkisinin sınırlarının aşılması olarak değerlendirmemiştir. AİHM bu değerlendirmeyi yaparken tedbirin kapsamının sınırlı olmasını, tedbiri destekleyen gerekçeleri ve tedbirin kötüye kullanılmasına karşı temel güvencelerin mevcudiyetini dikkate almıştır. Olayda gözaltı süresi yaklaşık 7 gündür ve yakalama ve gözaltı işlemlerine karşı başvuru yolunu (AİHS 5/4) kullanmak mümkündür. Ayrıca avukat yardımından faydalanma hakkı en çok yakalamadan 48 saat sonraya kadar ertelenebilmektedir ve yakalanan kişinin yakalamayı bir akraba veya arkadaşına bildirme ve doktora görünme hakkı da bulunmaktadır.⁵⁰

Aksoy-Türkiye olayında, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin güneydoğusunda yaşanan terör eylemlerine ilişkin olarak, olağanüstü hal bölgesinde yakalanan şüpheli, 14 gün gözaltında tutulmuştur. AİHM, kararında, kişinin yargı denetimi olmaksızın 14 gün gözaltında tutulmasının

⁴⁸ BACHMANN Sascha-Dominik, Peter GALVIN, "Pre-Trial Detention and Control Orders under British Anti-Terror Legislation post 9/11: Balancing a Need for Security with the European Convention on Human Rights – An Overview", Windsor Yearbook of Access to Justice, Vol. 28(1), 2010, s. 189.

⁴⁹ AİHM, Aksoy-Türkiye kararı, B. No: 21987/93, 18.12.1996, § 68. Bu kararın değerlendirmesi için bkz. TURHAN, yukarıda zikredilen çalışma, s. 42.

⁵⁰ AİHM, Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararı, B. No: 14553/89, 14554/89, 26.05.1993, § 55-66. Bu kararın değerlendirmesi için bkz. TURHAN, yukarıda belirtilen çalışma.

gerekli olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir. AİHM'e göre bu süre fevkalade uzundur ve kişiyi yalnızca özgürlüğüne yönelik keyfi müdahaleye karşı değil, aynı zamanda işkenceye karşı da savunmasız bırakmaktadır. Ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Devleti, güneydoğudaki terörle mücadelenin şüpheliyi hâkim önüne çıkarmaya neden engel olduğuna yönelik ayrıntılı gerekçeler ortaya koyamamıştır.⁵¹

Aksoy-Türkiye kararında AİHM, uzun bir süre gözaltında tutulan kişinin yeterince güvenceye sahip olmadığını da kabul etmiştir. AİHM'e göre; özellikle bir avukat, doktor, akraba veya arkadaşla görüşmesine izin verilmemesi ve bir mahkemeye başvurarak gözaltının hukuka uygunluğunun denetlenmesi için gerçekçi bir imkânının olmaması, kişinin tamamen onu tutanların insafına bırakıldığını göstermektedir. AİHM, terör suçlarından şüpheli olan kişinin hâkim önüne çıkarılmaksızın 14 gün boyunca *incommunicado* gözaltında tutulmasının, durumun gereği olduğuna ikna olmamıştır. Sonuç olarak AİHM, AİHS madde 5/3'ün ihlal edildiğine karar vermiştir.

AİHM Aksoy-Türkiye kararındaki gerekçelerle, şüphelilerin Demir ve diğerleri-Türkiye kararında⁵² 16 ve 23 gün arası sürelerle, Bilen-Türkiye kararında⁵³ 18 gün, Ahmet Özkan ve diğerleri-Türkiye kararında⁵⁴ 17 gün, Nuray Şen-Türkiye kararında⁵⁵ 11 gün süreyle *incommunicado* gözaltında tutulmasını AİHS'ye aykırı bulmuştur.

20.07.2016 tarihinde de 1982 Anayasası madde 120'ye göre, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin ülkesinde genel olarak olağanüstü hal ilan edilmiştir. Anayasa madde 121'e göre çıkarılan 667 sayılı kanun hükmünde kararnamenin⁵⁶ (KHK) 6. maddesiyle de TMK kapsamına giren suçlar, toplu işlenen suçlar ve TCK İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlar bakımından gözaltı süresi 30 güne çıkarılmıştır. AİHM'in bu süreçte uygulanan gözaltı

⁵¹ AİHM, Aksoy-Türkiye kararı, B. No: 21987/93, 18.12.1996, § 78.

⁵² AİHM, Demir ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 21380/93, 21381/93, 21383/93, 23.09.1998, § 57. Bu karar için bkz. TURHAN, s. 41 vd.

⁵³ AİHM, Bilen-Türkiye kararı, B. No: 34482/97, 21.02.2006, § 49.

⁵⁴ AİHM, Ahmet Özkan ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 21689/93, 06.04.2004, § 392.

⁵⁵ AİHM, Nuray Şen-Türkiye kararı, B. No: 41478/98, 17.06.2003, § 28.

⁵⁶ 22.7.2016 tarihli 667 sayılı kanun hükmünde kararname.

sürelerini nasıl değerlendireceği zamanla netlik kazanacaktır. Fakat AİHM'in sürenin istisnai uzunluğunu, 668 sayılı KHK uyarınca şüphelinin avukatıyla görüşme hakkının 5 gün süreyle kısıtlanabildiğini⁵⁷ ve avukatın dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabildiğini⁵⁸ dikkate alacağı söylenebilir.

Öncelikle, 30 günlük süre, gözaltı tedbiri için çok uzun bir süredir; öyle ki bu süre Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararındaki sürenin dört katından daha fazladır. Anayasa Mahkemesi 1971 tarihli bir kararında, 30 günlük gözaltı süresinin sıkıyönetimde dahi uygulanamayacağını belirtmiş ve bu kararıyla, sıkıyönetim komutanına kişiyi mahkemeye sevk edilmeden önce 30 güne kadar gözaltında tutma yetkisi veren Sıkıyönetim Kanunu'nun⁵⁹ 15. maddesini iptal etmiştir.⁶⁰ Mahkemeye göre

*"Bir sanığın hâkim önüne çıkarılmaksızın otuz gün gözetim altında tutulması sıkıyönetim gereklerini ve gereksinmelerini aşan, olağanüstü deyimiyile de tanımlanamayacak bir tedbir, bir çeşit fiilî tutuklamadır."*⁶¹

30 günlük bir gözaltı, süresi dikkate alındığında esasen kişinin hâkim kararı olmaksızın tutuklanmasına benzemektedir ve böyle bir süreyi haklı çıkaracak sağlam gerekçelere ihtiyaç vardır. Bu noktada ise 15 Temmuz hadisesinin kendine has özelliklerini ve terör örgütünün devletin bütün organlarında, şüphelilerin önüne çıkarılacakları yargı organlarında dahi etkin durumda olduğunu dikkate almak gerekir. 2016 yılındaki durum, sıradan bir terör olayından farklıdır ve hem Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararındaki durumdan hem de yukarıda zikredilen Türkiye'de geçmişte yaşanan olağanüstü hal süreçlerinden daha ağır bir durumdur. Yine de bu sürenin *durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde* olup olmadığına emin olmak gerekir.

İkinci olarak, tedbirin kötüye kullanılmasının önüne geçecek güvenceleri incelemek gerekir. AİHM, Brannigan ve McBride-Birleşik

⁵⁷ 25.7.2016 tarihli 668 sayılı kanun hükmünde kararname, madde 3/1/m.

⁵⁸ 25.7.2016 tarihli 668 sayılı kanun hükmünde kararname, madde 3/1/l.

⁵⁹ 13.5.1971 tarihli 1402 sayılı Sıkıyönetim Kanunu.

⁶⁰ 1982 Anayasasının ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin Kuruluş ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un ilgili hükümleri ve yapılan değişiklikler hakkında bkz. TURHAN, yukarıda belirtilen makale.

⁶¹ Anayasa Mahkemesi, 15-16.02.1972 tarih ve E.1971/31, K.1972/5 sayılı karar.

Krallık kararında 7 günlük gözaltı süresini Sözleşme'ye uygun bulurken şüphelilere doktora görünme hakkı tanınmasını, avukat yardımından faydalanma haklarının en geç 48 saat sonra sağlanmasını ve gözaltında tutulmalarının hukukilik denetimi için mahkemeye başvurma haklarının (AİHS madde 5/4) sağlanmasını yeterli güvenceler olarak görmüştür. Zira bu güvenceler keyfilige ve işkenceye karşı kişiye koruma sağlamaktadır. 668 sayılı KHK uyarınca şüphelinin avukatıyla görüşme hakkının kısıtlanabilme süresi 5 gündür ve çok uzun bir süredir. Şüpheliye CMK madde 91/5⁶² ile tanınan sulh ceza hâkimine başvurma hakkı ise AİHM'nin Öcalan-Türkiye kararında belirttiği gibi iki nedenle AİHS madde 5/4'ün gereklerini karşılamamaktadır.⁶³ Zira hâkim serbest bırakmaya karar vermemektedir ve kişi hâkim önüne çıkarılmamakta, hâkim incelemeyi evrak üzerinde yapmaktadır. Avukatın dosya içeriğini inceleme veya belgelerden örnek alma yetkisinin kısıtlanabilmesi de başvuru hakkını daha etkisiz kılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu güvenceler Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararındaki durumla kıyaslandığında daha zayıf görünmektedir.

02.01.2017 tarihli 684 sayılı KHK ile gözaltı süresi 7 güne düşürülmüş ve delillerin toplanmasındaki güçlük veya şüpheli sayısının çokluğu nedeniyle Cumhuriyet savcısının gözaltı süresini yedi gün süreyle uzatabileceği eklenmiştir. Fakat geçmişte AİHM, Demir ve diğerleri-Türkiye kararında 16 ve 23 günlük gözaltı süreleriyle ilgili olarak, terörizmin sebep olduğu zorluklara ve soruşturmadaki kişi sayısına gönderme yapmanın yeterli olmadığını belirtmiştir. AİHM'e göre, devletin, somut olayda hangi nedenlerle hâkim denetiminin soruşturma sürecine zarar vereceğini açıklaması gerekmektedir.⁶⁴ Bu düzenlemeyle aşağıya çekilen toplam

⁶² CMK madde 91/5: "Yakalama işlemine, gözaltına alma ve gözaltı süresinin uzatılmasına ilişkin Cumhuriyet savcısının yazılı emrine karşı, yakalanan kişi, müdafii veya kanunî temsilcisi, eşi ya da birinci veya ikinci derecede kan hısımları, hemen serbest bırakılmayı sağlamak için sulh ceza hâkimine başvurabilir. Sulh ceza hâkimi incelemeyi evrak üzerinde yaparak derhâl ve nihayet yirmidört saat dolmadan başvuruyu sonuçlandırır. Yakalamanın veya gözaltına alma veya gözaltı süresini uzatmanın yerinde olduğu kanısına varılırsa başvuru reddedilir ya da yakalananın derhâl soruşturma evrakı ile Cumhuriyet Savcılığında hazır bulunduğuna karar verilir."

⁶³ AİHM, Öcalan-Türkiye kararı, B. No: 46221/99, 12.05.2005, § 68.

⁶⁴ AİHM, Demir ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 21380/93, 21381/93, 21383/93, 23.09.1998, § 52.

14 günlük gözaltı süresi de Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararındaki süreye göre daha fazladır.

667 ve 684 sayılı KHK'ye dayanılarak uygulanan gözaltı tedbirlerini AİHS açısından değerlendirirken FETÖ'nün kendine özgü yapısını ve somut gözaltı olaylarının koşullarını dikkate almak gerekir. AİHM dinamik bir yaklaşımla hareket etmektedir ve olayların şartlarında köklü bir farklılık bulunduğu içtihadını değiştirebilecektir. Öte yandan, bir hak ihlalden bahsedebilmek için ihlalin fiili olarak gerçekleşmiş olması gerekir. Söz konusu düzenlemeler uzun gözaltı sürelerine ve avukatla görüşme hakkının uzun süre kısıtlanmasına müsaade etse dahi, somut olaylarda bu düzenlemelerin hangi ölçüde uygulandığı önem arz etmektedir. Sonuç olarak bu süreçteki uygulamaların AİHS madde 5/3 ile uyumlu olup olmadığı ve hak ihlallerinin yaşanıp yaşanmadığı, somut olayların davalara yansımaları netlik kazanacaktır.

2017 yılında Anayasa madde 122 ilga edilerek sıkıyönetim uygulaması kaldırılmış ve madde 19'da hâkim önüne çıkarılma sürelerinin uzatılabileceği durumlar arasından çıkarılmıştır. Fakat hâkim önüne çıkarılma süresinin olağanüstü hâl ve savaş hallerinde uzatılmasına izin veren madde 19 ile ilgili temel sorun, madde metninde bu süreyle ilgili bir üst sınırın yer almaması nedeniyle, bu sürenin sınırsız bir şekilde uzatılabileceği yönündeki yorumdur. Hâlbuki madde 19'u, Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulmasına ilişkin 15. maddeyle birlikte yorumlamak gerekir. Madde 15'e göre, savaş, seferberlik veya olağanüstü hallerde temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması, ancak milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla ve durumun gerektirdiği ölçüde gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla madde 19'a dayanılarak çıkarılan düzenlemelerle gözaltı süresi uzatılırken durumun gerektirdiği ölçünün aşılması ve milletlerarası hukukun bir parçası olan AİHS'nin ihlal edilmemesi Anayasanın gereğidir. Bu düzenlemelerde AİHM içtihadı ve özellikle Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararı göz önünde bulundurulmalıdır.

4. YARGI DENETİMİNİN VE YARGI GÖREVLİSİNİN NİTELİĞİ

AİHS, yakalanan ve gözaltına alınan kişinin, bir hâkim önüne çıkarılabileceği gibi, yasayla yargı görevi yapmaya yetkili kılınmış başka bir kamu görevlisi önüne de çıkarılabileceğini öngörmektedir. “*Kamu görevlisi*” kavramı, hâkim kavramından daha geniş bir anlama sahiptir. Aynı şekilde “*yargı görevi*” de yalnızca uyuşmazlık hakkında hüküm vermekle sınırlı değildir. AİHS’ye taraf birçok devletin ülkesinde, savcılık görevlileri gibi kamu görevlileri ve sorgu hâkimleri gibi hâkimler, hüküm vermeksizin yargı görevi yapmaktadırlar.⁶⁵

“*Kamu görevlisi*” hâkim ile aynı anlama gelmese de hâkimin bazı niteliklerine de sahip olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle bahsi geçen “*kamu görevlisi*”, yakalanan kişi için güvence teşkil edecek belirli şartları haiz olmalıdır. Bu şartların birincisi, yürütme organı ve taraflar karşısında bağımsız olmaktır. Bağımsız olma, bu şartı taşıyan diğer hâkim veya kamu görevlilerine bir dereceye kadar tâbi olmaya engel değildir.⁶⁶ AİHS, yargı denetimini yapacak kamu görevlisinin başka görevlerde de bulunmasını yasaklamamaktadır. Fakat aynı görevlinin ceza muhakemesinin sonraki aşamalarında iddia makamının temsilcisi olarak yer alacak olması halinde, tarafsızlığı konusunda kuşkular ortaya çıkacaktır.⁶⁷

Bağımsızlığa ek olarak görevli, usule ve esasa ilişkin şartları da sağlamalıdır. Usule ilişkin şart, görevlinin, önüne çıkarılan kişiyi bizzat dinleme yükümlülüğüdür. Avukatın sorguda hazır bulunması, AİHS’de öngörülmemiştir. Fakat AİHM, müdafinin sorguda hazır bulunmasına izin verilmemesinin şüphelinin savunma yapmasını olumsuz yönde etkilediği bazı özel durumlarda usule ilişkin güvencenin yerine getirilmediğine karar vermiştir. Lebedev-Rusya olayında, sorgu, şüpheli yakalandıktan sonraki gün, aynı zamanda hakkındaki suçlamaları öğrendiği gün, yani iddialara yanıt vermek için hazırlıksız olduğu bir zamanda yapılmıştır. Şüpheli hastaneden hâkim önüne getirilmiştir ve sağlık durumu normal

⁶⁵ AİHM, Schiesser-İsviçre kararı, B. No: 7710/76, 04.12.1979, § 28.

⁶⁶ AİHM, Schiesser-İsviçre kararı, B. No: 7710/76, 04.12.1979, § 31.

⁶⁷ AİHM, Huber-İsviçre kararı, B. No: 12794/87, 23.10.1990, § 43.

değildir. Bu koşullar altında, müdafinin geç gelmesi nedeniyle sorguya katılmasına izin verilmemesini AİHM, AİHS'ye aykırı bulmuştur.⁶⁸

Esasa ilişkin şartların ilki, lehe ve aleyhe olan koşulları inceleme ve şüphelinin tutulması için haklı gerekçelerin bulunup bulunmadığına hukuki kriterlere göre karar verme yükümlülüğüdür. AİHS madde 5/3, tutmanın esasını incelemeyi gerektirmektedir.⁶⁹ Yakalama ve gözaltına ilişkin yargı denetiminde, hukuka uygunluğun ve yakalanan kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için makul sebeplerin bulunup bulunmadığının, yani gözaltının madde 5/1/c' de yer alan istisnaya girip girmediğinin incelenmesi gerekmektedir.⁷⁰ Yargı görevlisinin incelemesi gereken hususlar, hukuka uygunlukla sınırlı değildir. Madde 5/3'ün gerektirdiği, özgürlükten yoksun bırakmanın haklılığına yönelik inceleme, lehe ve aleyhe olan çeşitli koşulları da kapsayacak şekilde geniş olmalıdır.⁷¹

Esasa ilişkin diğer şart ise, şüphelinin tutulması için haklı gerekçelerin bulunmaması halinde onu salıverme yükümlülüğüdür.⁷² Görevli, şüpheliyi serbest bırakma yönünde bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olmalıdır.⁷³

Türk hukukunda gözaltına alınan kişinin, huzuruna çıkarılacağı görevli, sulh ceza hâkimidir (CMK 91/7). 2014 yılına kadar sulh ceza hâkimleri, tek hâkimli olan sulh ceza mahkemeleri bünyesinde görev yapmaktaydılar. Bu mahkemeler, soruşturmaya ilişkin görevleri yerine getirmekte ve bunun yanı sıra bazı davalara bakmakta, yani hüküm vermektedirler.⁷⁴ 18.6.2014 tarihli 6545 sayılı kanunla, 5235 sayılı kanunun 10. maddesi değiştirilerek sulh ceza mahkemeleri kaldırılmıştır. Bu değişiklikte, *“yürütülen soruşturmalarda hâkim tarafından verilmesi gerekli kararları almak, işleri yapmak ve bunlara karşı yapılan itirazları incelemek amacıyla sulh ceza hâkimliği kurulmuştur.”* Yani kanunların ayrıca görevli kıldığı hâller

⁶⁸ AİHM, Lebedev-Rusya kararı, B. No: 4493/04, 25.10.2007, § 84-91.

⁶⁹ AİHM, Aquilina-Malta kararı, B. No: 25642/94, 29.04.1999, § 47.

⁷⁰ AİHM, Oral ve Atabay-Türkiye kararı, B. No: 39686/02, 23.06.2009, § 41.

⁷¹ AİHM, Aquilina-Malta kararı, B. No: 25642/94, 29.04.1999, § 52.

⁷² AİHM, Schiesser-İsviçre kararı, B. No: 7710/76, 04.12.1979, § 31.

⁷³ AİHM, Assenov ve diğerleri-Bulgaristan kararı, B. No: 24760/94, 28.10.1998, § 146.

⁷⁴ Bkz.: 5235 sayılı kanunun, 18/6/2014 tarihli 6545 sayılı kanunla değişmeden önceki 10. maddesi.

saklı kalmak üzere, sulh ceza hâkimleri yalnızca soruşturma safhasında görev yapacaklardır. Aynı maddeye göre, *“müstakilen sulh ceza hâkimliğinde görevlendirilen hâkimler, adli yargı adalet komisyonlarınca başka mahkemelerde veya işlerde görevlendirilemezler.”*

Sulh ceza hâkimi, hâkim niteliği taşıdığı için AİHS madde 5/3'ün gerektirdiği güvenceyi sağlamaktadır. Yürütme ve taraflar karşısında bağımsızdır. Muhakemenin sonraki safhalarında iddia makamını temsil etmesi söz konusu değildir ve hatta dava aşamasında yer almamaktadır.

Sulh ceza hâkimi, usule ve esasa ilişkin koşulları da karşılamaktadır. Şüpheliyi bizzat dinlemektedir. Sorguda müdafinin hazır bulunması da Türk hukukunda zorunludur (CMK 91/7). Sulh ceza hâkimi özgürlükten yoksun bırakmanın esasını hukuki kriterlere göre incelemektedir. Lehe ve aleyhe olan koşulları değerlendirmekte ve ölçülülük ilkesini gözeterek karar vermektedir (CMK 100). Gözaltı tedbiri hukuka uygun olsa dahi, sulh ceza hâkimi kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmaya devam etmesini haksız bulabilecektir. Özgürlükten yoksun bırakmanın haklı gerekçelere dayanmaması halinde, hâkim şüpheliyi serbest bırakmakla yükümlüdür. Sulh ceza hâkimi bu konuda bağlayıcı karar verme yetkisine sahiptir (CMK 101/4).

Yakalama emri üzerine yakalamada ise, kişi, yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmaktadır. Yakalanan kişi süresi içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, yetkili hâkim veya mahkeme, kişinin sorgusunu sesli ve görüntülü iletişim sistemi vasıtasıyla yapmaktadır (CMK 94).

2014 yılı öncesinde, yakalama emri üzerine yakalanan kişi süresi içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmıyorsa, aynı süre içinde en yakın sulh ceza hâkimi önüne çıkarılırdı. Fakat hâkim, özgürlükten yoksun bırakmanın esasını incelemeyiz, sadece yakalanan kişinin, yakalama emrinde gösterilen kişi olup olmadığını ve yakalama emrinin devam edip etmediğini belirlerdi.⁷⁵ Yakalanan kişi yakalama emrinde gösterilen kişi değilse veya yakalama emri sona ermişse, kişi serbest

⁷⁵ ÖZTÜRK Bahri vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014., s. 465.

bırakılır; aksi halde en kısa zamanda yetkili hâkim veya mahkemeye gönderilmek üzere sevk tutuklaması uygulanırdı.⁷⁶

En yakın sulh ceza hâkiminin yaptığı ve yalnızca kimlik kontrolünden oluşan inceleme AİHS madde 5/3'ün gereklerini karşılamamakta, bunun yanında kişinin yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılmasına kadar geçen süre de hızlı denetim şartına aykırılık oluşturmaktaydı. Vedat Doğru-Türkiye⁷⁷ olayında yakalanan kişi 41 gün sonra, Salih Salman Kılıç-Türkiye⁷⁸ olayında ise ancak 45 gün sonra yetkili mahkeme önüne çıkarılmıştır.

Soruşturma dosyası anında sanığın ele geçirildiği yere ulaştırılamayacağına ve bu mümkün olsa bile hemen incelenemeyeceğine göre, bu gibi durumların “maddi/hukuki imkânsızlık” kavramı çerçevesinde değerlendirilerek, bu aşamada, hiç olmazsa yanlış kişinin tutuklanmasının önlenmesiyle yetinilmesinin daha makul, uygulanabilir bir seçenek olduğu söylenebilirdi. Fakat sevk tutuklamasında yer alan en kısa zaman şartı uygulamada yerine getirilmemiş, bu durum kişilerin uzun sürelerle özgürlüğünden yoksun bırakılmalarına neden olmuştur.

Sevk tutuklamasının uygulamada hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlaline yol açtığı göz önüne alınarak, 21.02.2014 tarihli 6526 sayılı kanun ile CMK madde 94 değiştirilmiştir. Değişiklikle sevk tutuklaması uygulamasından vazgeçilmiş ve yakalanan kişinin süresi içinde yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılamaması halinde, kişinin sorgusunun yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sesli ve görüntülü iletişim sistemi kullanılarak yapılması benimsenmiştir. Böylece kişinin yakalandıktan sonra 24 saat içinde yetkili hâkim tarafından dinlenmesi ve AİHS madde 5/3'te öngörülen hızlı yargı denetimi sağlanabilecektir.

CMK madde 94'e ilişkin bir başka mesele, sesli ve görüntülü iletişim sistemi kullanılması usulünün AİHS'nin gereklerini karşılayıp karşılamadığıdır. Anayasa Mahkemesi'nin konuya dair görüşleri şu şekildedir:

“SEGBİS ile cezaevinde veya yargılama makamı yargı çevresi dışında bulunan kişilerin bir an önce hâkim önüne çıkarılması ve haklarında makul sürede

⁷⁶ YILDIZ, s. 158.

⁷⁷ AİHM, Vedat Doğru-Türkiye kararı, B. No: 2469/10, 05.04.2016, § 55-56.

⁷⁸ AİHM, Salih Salman Kılıç-Türkiye kararı, B. No: 22077/10, 05.03.2013, § 28.

karar verilebilmesi olanağı sağlanmıştır. Bu sistemin kişi haklarının ihlalinin önlenmesi yanında güvenlik bakımından da faydaları bulunmaktadır. Bu çerçevede, cezaevi aracı ile esas mahkemeye nakillerde kaza, terör gibi nedenlerle meydana gelebilecek zararlar da önlenmiş olacaktır. (...) AİHM, ceza yargılaması duruşmalarına video konferans yöntemiyle katılımın sağlanmasında savunmanın diğer taraflara nazaran ciddi bir şekilde dezavantajlı bir konuma düşürülmediği durumlarda, sanığın mahkemede hazır bulunma şartının gerçekleşmiş sayılacağıni belirtmiştir (Marcello Viola /İtalya, B. No: 45106/04, 5/1/2007, § 76). (...) Bu sistem ile ifadesi alınanların duruşma salonundakileri görebilme ve söylenenleri duyabilme imkânı bulunduğu gibi diğer tarafın da aynı imkâna sahip olarak sorgu, ifade alma ve beyanda bulunma gibi yargısal işlemleri karşılıklı olarak gerçekleştirilebilme imkânı vardır. Başka bir ifadeyle SEGBİS vasıtasıyla yargılamada yüz yüzelik ilkesi sağlanmış olmaktadır.”⁷⁹

AİHM, istinaf yargılamasında video konferans yönteminin kullanılmasına ilişkin olarak, Marcello Viola-İtalya kararında⁸⁰, sanığın duruşmaya uzaktan katılmasının “meşru amaç” kriteri de denilen kamu güvenliği, kaçma şüphesi veya tanıkların güvenliği gibi haklı sebeplere dayanması gerektiğini belirtmiştir.⁸¹ Bu açıdan SEGBİS yöntemiyle yüz yüzelik ilkesinin yerine geldiği kabul edilse dahi, her somut olayda bu usule başvurunun haklı gerekçelerinin bulunması ve savunmanın adil yargılanma hakkı kapsamındaki hak ve yetkilerini kullanmada önemli dezavantajlarının bulunmaması gerekir. CMK madde 94’te de öncelikle yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkeme önüne çıkarılması amaçlanmıştır. Yalnızca bu amacın 24 saat içerisinde gerçekleştirilemiyor olması halinde ve kişinin tutuklu kalmasının önüne geçilmesi gibi haklı bir gerekçeyle⁸² SEGBİS yöntemine başvurulması öngörülmüştür. Dolayısıyla düzenlemenin AİHS ile uyumlu olduğu söylenebilir.

⁷⁹ Anayasa Mahkemesi, Erdal Korkmaz ve diğerleri, B. No: 2013/2653, 18/11/2015, § 101-103.

⁸⁰ AİHM, Marcello Viola-İtalya kararı, B. No: 45106/04, 05.10.2006.

⁸¹ ŞEN Ersan, Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>, (26.05.2020).

⁸² Bkz.: TBMM, Terörle Mücadele Kanunu’nun 10 uncu Maddesi Uyarınca Kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin Kaldırılmasına ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve gerekçesi: “Böylelikle, kişinin yetkili hâkim önüne çıkarılmaması nedeniyle tutuklu kalmasının önüne geçilmesi ve mağduriyetinin önlenmesi temin

2017 yılında yapılan Anayasa değişikliği öncesinde, madde 145 gereği asker kişilerin askeri yargının görev alanına giren suçları işlemelerinden dolayı gözaltına alınmaları halinde çıkarılacakları merci, askeri mahkemelerdi. Askeri mahkemelerin bağımsızlığı ise birçok AİHM kararında tartışılmıştır. Askeri mahkemelerin iki askeri hâkimin yanında bir de subay üyeden oluşması, subay üyenin askeri yükümlülüklerden muaf olmaması ve hiyerarşik olarak üstlerine bağlı olması bağımsızlık şartına aykırıydı.⁸³ Öte yandan askeri hâkimlerin terfii, rütbe kıdemliliği ve kademe ilerlemesinde etkili olan subay sicil belgesi, mahkemenin bağlı olduğu askeri birimin komutanının değerlendirmesine bağlıydı.⁸⁴ Bu sebeplerle AİHM, AİHS madde 5/3'ün ihlaline karar vermektedir.

Anayasa Mahkemesi 2009 yılında verdiği kararlarla, subay üyeye ilişkin hükmü⁸⁵ ve subay sicil belgesine ilişkin hükmü⁸⁶ iptal etmiştir. Ardından bu hükümler mahkemelerin bağımsızlığı esasına göre yeniden düzenlenerek AİHS madde 5/3 ile uyumlu hale getirilmiştir. 2017 yılında ise Anayasa madde 145 ilga edilmiş ve eklenen Geçici Madde 21 uyarınca Askerî Yargıtay, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi ve askerî mahkemeler kaldırılmıştır.

SONUÇ

Türkiye Cumhuriyeti Devleti yetki alanında hâkim önüne çıkarılma hakkının AİHS ve AİHM içtihadı ile uyumlu olup olmadığının ortaya konulmasının amaçlandığı bu çalışmada, söz konusu uyumun bazı eksiklikleriyle beraber önemli ölçüde sağlandığı savunulmuştur. CMK ve ilgili mevzuatın AİHS madde 5/3 ile uyumuna ilişkin sonuç ve öneriler şöyle sıralanabilir:

edilmekte ve kamuoyunda "yol tutuklaması" olarak bilinen uygulamaya son verilmektedir. Bu düzenleme, yakalanan kişinin yetkili hâkim veya mahkeme tarafından sesli ve görüntülü iletişim sistemiyle dinlenmesi hâlinde müdafî yardımından yararlanmasını engellemeyecektir. Müdafî, yetkili hâkimin yanında veya mahkemede bulunabileceği gibi yakalanan kişinin yanında da bulunabilecektir.", <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, (26.05.2020).

⁸³ AİHM, Ali Osman Özmen-Türkiye kararı, B. No: 42969/04, 05.07.2016, § 80.

⁸⁴ AİHM, Kerman-Türkiye kararı, B. No: 35132/05, 22.11.2016, § 73.

⁸⁵ Anayasa Mahkemesi, 7.5.2009 tarih ve E.2005/159, K.2009/62 sayılı karar.

⁸⁶ Anayasa Mahkemesi, 8.10.2009 tarih ve E.2006/105, K.2009/142 sayılı karar.

Öncelikle, hâkim önüne çıkarılma hakkına ilişkin hükümler geçmişte önemli hak ihlallerine sebep olmuşsa da, yapılan düzenlemeler AİHS ile uyumu genel itibarıyla sağlamıştır. 2001 yılında Anayasa madde 19 değiştirilerek, toplu olarak işlenen suçlarda hâkim önüne çıkarılma süresi 15 günden 4 güne indirilmiştir; 2014 yılında CMK madde 94 değiştirilmiş ve hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlaline neden olan sevk tutuklaması yöntemine son verilmiştir; 2014 yılında TMK madde 10 yürürlükten kaldırılmış ve bu kanun kapsamındaki suçlara özgü gözaltı uygulamalarından vazgeçilmiştir; 2017 yılında Anayasa madde 145 ilga edilmiş ve geçmişte hâkim önüne çıkarılma hakkının ihlaline neden olan askeri mahkemeler kaldırılmıştır; 2017 yılında Anayasa madde 122 ilga edilerek sıkıyönetim uygulaması kaldırılmış ve madde 19'da hâkim önüne çıkarılma sürelerinin uzatılabileceği durumlar arasından çıkarılmıştır.

İkinci olarak, olağanüstü hallerde gözaltı süresinin aşırı uzatılması ise geçmişte olduğu gibi günümüzde de hak ihlallerine sebebiyet verecektir. Bu yüzden, kanun veya kanuna eşdeğer işlemlerle gözaltı süresinin uzatılması, Anayasa madde 15 ve AİHS madde 15 uyarınca, *milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlal edilmemek kaydıyla ve durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde* yapılmalıdır. Anayasa madde 19'un olağanüstü hallerde gözaltı süresinin sınırsız bir şekilde uzatılabileceği şeklinde yorumlanması ciddi bir sorundur. Zira bu konudaki sınır, Anayasa madde 15'in gereği olarak, milletlerarası hukukta ve dolayısıyla AİHM içtihadında belirlenen sürelerdir. Söz konusu süre mümkün olduğunca Branigan ve McBride-Birleşik Krallık kararında olduğu gibi 7 günü geçmemelidir. Öte yandan tedbirin kötüye kullanılmasını engelleyecek temel güvenceler sağlanmalı; başvuru hakkını (habeas corpus) kullanma imkânı verilmeli, avukatla görüşme hakkı uzun süre kısıtlanmamalı ve tıbbi yardım imkânı sağlanmalıdır.

Üçüncü olarak, iç hukukun AİHS ile uyumsuz olması AİHM önündeki başvurularda ihlal kararı çıkmasına neden olduğu gibi, bazı durumlarda iç hukuka aykırı uygulamalar da hak ihlallerine neden olabilmektedir. Gözaltı süresinin koşulların gereğinden daha uzun tutulması veya kanuni sürenin aşılması bu konuda verilebilecek örneklerdendir. AİHM kararlarına bakıldığında bu tür uygulamaların geçmişte sıkça yaşanmasına rağmen günümüzde azaldığı fark edilmektedir. Uygulamadan

kaynaklı ihlallerin en aza indirilmesi için ise soruşturma makamlarının işlem ve eylemlerinin CMK madde 92 ve ilgili mevzuat uyarınca etkili bir şekilde denetlenmesi ve gerekli yaptırımların uygulanması gerekmektedir. Ayrıca Anayasa madde 90 gereği AİHS'nin kanun hükmünde olduğu ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunun çatışması durumunda milletlerarası antlaşma hükümlerinin esas alınması gerektiği göz ardı edilmemelidir.

Yukarıdaki sonuçlar ışığında bir genelleme yapılacak olursa, Türk hukukunda yer alan hâkim önüne çıkarılma hakkı ve buna ilişkin uygulamaların AİHM kararları ve dolayısıyla AİHS ile büyük oranda uyumlu olduğu söylenebilir. Bunda Anayasa'da ve özellikle CMK'da yapılan değişiklikler etkili olmuştur. Uyum konusunda birtakım eksiklikler bulunmakla birlikte, AİHM'in bu konudaki içtihadı dikkate alınarak yapılacak gerekli yasal düzenlemelerle söz konusu eksiklikler giderilebilecektir.

KAYNAKLAR

- AİHM, Ahmet Özkan ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 21689/93, 06.04.2004.
- AİHM, Aksoy-Türkiye kararı, B. No: 21987/93, 18.12.1996.
- AİHM, Ali Osman Özmen-Türkiye kararı, B. No: 42969/04, 05.07.2016.
- AİHM, Aquilina-Malta kararı, B. No: 25642/94, 29.04.1999.
- AİHM, Assenov ve diğerleri-Bulgaristan kararı, B. No: 24760/94, 28.10.1998.
- AİHM, Bergmann-Estonya kararı, B. No: 38241/04, 29.05.2008.
- AİHM, Bilen-Türkiye kararı, B. No: 34482/97, 21.02.2006.
- AİHM, Bouamar-Belçika kararı, B. No: 9106/80, 29.02.1988.
- AİHM, Bozano-Fransa kararı, B. No: 9990/82, 18.12.1986.
- AİHM, Brannigan ve McBride-Birleşik Krallık kararı, B. No: 14553/89, 14554/89, 26.05.1993.
- AİHM, Brogan ve diğerleri-Birleşik Krallık kararı, B. No: 11209/84, 11234/84, 11266/84, 11386/85, 29.11.1988.
- AİHM, De Jong, Baljet ve Van den Brink-Hollanda kararı, B. No: 8805/79, 8806/79, 9242/81, 22.05.1984.
- AİHM, Demir ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 21380/93, 21381/93, 21383/93, 23.09.1998.
- AİHM, Huber-İsviçre kararı, B. No: 12794/87, 23.10.1990.
- AİHM, İpek ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 17019/02, 30070/02, 03.02.2009.
- AİHM, Kerman-Türkiye kararı, B. No: 35132/05, 22.11.2016.
- AİHM, Ladent-Polonya kararı, B. No: 11036/03, 18.03.2008.
- AİHM, Lebedev-Rusya kararı, B. No: 4493/04, 25.10.2007.
- AİHM, Marcello Viola-İtalya kararı, B. No: 45106/04, 05.10.2006.
- AİHM, McKay-Birleşik Krallık kararı, B. No: 543/03, 03.10.2006.
- AİHM, Medvedyev ve diğerleri-Fransa kararı, B. No: 3394/03, 29.03.2010.
- AİHM, Nuray Şen-Türkiye kararı, B. No: 41478/98, 17.06.2003.
- AİHM, Oral ve Atabay-Türkiye kararı, B. No: 39686/02, 23.06.2009.
- AİHM, Ostendorf-Almanya kararı, B. No: 15598/08, 07.03.2013.
- AİHM, Öcalan-Türkiye kararı, B. No: 46221/99, 12.05.2005.

- AİHM, Resul Sadak ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 74318/01, 05.12.2006.
- AİHM, Saadi-Birleşik Krallık kararı, B. No: 13229/03, 29.01.2008.
- AİHM, Sakık ve diğerleri-Türkiye kararı, B. No: 23878/94, 23879/94, 23880/94, 23881/94, 23882/94, 23883/94, 26.11.1997.
- AİHM, Salih Salman Kılıç-Türkiye kararı, B. No: 22077/10, 05.03.2013.
- AİHM, Schiesser-İsviçre kararı, B. No: 7710/76, 04.12.1979.
- AİHM, Simons-Belçika kararı, B. No: 71407/10, 28.08.2012.
- AİHM, Taş-Türkiye kararı, B. No: 24396/94, 14.11.2000.
- AİHM, Umar Karatepe-Türkiye kararı, B. No: 20502/05, 12.10.2010.
- AİHM, Vedat Doğru-Türkiye kararı, B. No: 2469/10, 05.04.2016.
- AİHM, Winterwerp-Hollanda kararı, B. No: 6301/73, 24.10.1979.
- AİHM, Zeynep Avcı-Türkiye kararı, B. No: 37021/97, 06.02.2003.
- Anayasa Mahkemesi, 15-16.02.1972 tarih ve E.1971/31, K.1972/5 sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 7.5.2009 tarih ve E.2005/159, K.2009/62 sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, 8.10.2009 tarih ve E.2006/105, K.2009/142 sayılı karar.
- Anayasa Mahkemesi, Erdal Korkmaz ve diğerleri, B. No: 2013/2653, 18/11/2015.
- BACHMANN S. D., J. SANDEN "The Right to Liberty and Security according to Article 5 of the European Convention on Human Rights and Facing Threats to Public Safety and National Security", *Journal of South African Law*, vol. 2017, no. 2, 2017, ss. 320-336.
- BACHMANN Sascha-Dominik, Peter GALVIN, "Pre-Trial Detention and Control Orders under British Anti-Terror Legislation post 9/11: Balancing a Need for Security with the European Convention on Human Rights – An Overview, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Vol. 28(1), 2010, ss. 185-208.
- CENTEL Nur, Hamide ZAFER, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 12. B., İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2015.
- ERGÜL Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, 2. B., Ankara, Yargı Yayınevi, 2004.

- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Feyyaz GÖLCÜKLÜ, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 10. B., Ankara, Turhan Kitabevi, 2013.
- KALABALIK Halil, İnsan Hakları Hukuku, 4. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2015.
- Lawyers Rights Watch Canada, Pre-Trial Release and the Right to be Presumed Innocent: A Handbook on Pre-Trial Release at International Law, Canada, 2013.
- MACOVEI Monica, Liberté et Sûreté de la Personne: Un Guide sur la Mise en œuvre de l'Article 5 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Allemagne, Conseil de l'Europe, 2003.
- MARCOUX Laurent, Jr., "Protection from Arbitrary Arrest and Detention Under International Law", Boston College International and Comparative Law Review, Volume 5, Issue 2, 1982, ss. 345-376.
- MCBRIDE Jeremy, Human Rights and Criminal Procedure: The Case Law of the European Court of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2009.
- MURDOCH Jim, Ralph ROCHE, The European Convention on Human Rights and Policing: A Handbook for Police Officers and Other Law Enforcement Officials, Strasbourg, Council of Europe Publishing, December 2013.
- ÖZTÜRK Bahri vd., Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 7. B., Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2014.
- PÎRNUȚĂ Oana-Andreea, Alina-Adriana ARSENI, Cosmina-Oana DRĂGHICI, "Safeguarding The Right to Liberty and Security in the European Context", Review of the Air Force Academy, No 2(17)/2010, ss. 111-116.
- ŞEN Ersan, Sanığın Mahkemeye Çıkma Hakkı, <https://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1830305-sanigin-mahkemeye-cikma-hakki>, (26.05.2020).
- TBMM, Terörle Mücadele Kanunu'nun 10 uncu Maddesi Uyarınca Kurulan Ağır Ceza Mahkemelerinin Kaldırılmasına ve Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi ve gerekçesi, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss560.pdf>, (26.05.2020).
- TURHAN Faruk, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Kararları Işığında Kişi Özgürlüğü ve Türkiye: Gözaltında Kayıplar,

Hâkim Önüne Çıkarma ve Gözaltı Süreleri”, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/789896>, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yeni: Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Arşiv Cilt 4, Sayı 2, 2000.

ÜNAL Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: İnsan Haklarının Uluslararası İlkeleri, Ankara, TBMM Kültür, Sanat ve Yayın Kurulu Yayınları, 2001.

YILDIZ Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 14, Sayı 1, 2006, ss. 131-214.

TENKİS DEF'İNİN YARGILAMADA İLERİ SÜRÜLMESİ VE SONUÇLARI (GİZLİ İNŞAÎ HÜKÜM KAVRAMI ÜZERİNE BAZI TESPİTLER)

Dr. Anıl KÖROĞLU*

Öz

Mirasbırakanın mirasçılarının saklı payını ihlâl eden kazandırmaları mevcutsa, mirasçılar bu kazandırmaların kanunî sınırlara çekilmesini (tenkisini) isteyebilir. Tenkis isteme hakkı, dava aracılığıyla (TMK m. 560) veya bazı durumlarda mirasçıya karşı açılan davada mirasçının ileri süreceği def'î yoluyla (TMK m. 571/3) kullanılabilir. Çalışmada, tenkis def'inin yargılama sırasında ileri sürülmesi ve bunun sonuçları medenî usûl hukuku bakımından incelenmiştir. Bu kapsamda özellikle ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan davada mirasçı tarafından ileri sürülen tenkis def'inin mahkeme tarafından haklı bulunması durumunda kurulan hükmün niteliği üzerinde durulmuştur. İstisnâî bir durum olarak eda davasında (eda hükmünün gerekçesinde) inşaî etkinin ortaya çıkabileceği tespit edilmiş ve bu kapsamda gizli inşaî hüküm kavramı çeşitli yönleriyle ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler

Mirasçı • Tenkis Def'î • Tenkis Davası • İnşaî Dava • Gizli İnşaî Hüküm

* Arş. Gör. Dr., Türk-Alman Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye | Asst. Dr., Turkish-German University, Faculty of Law, Department of Civil Procedure Enforcement – Bankruptcy Law, Istanbul, Turkey.

✉ koroglu@tau.edu.tr • ORCID 0000-0003-2359-385X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: KÖROĞLU Anıl, “Tenkis Def'inin Yargılamada İleri Sürülmesi ve Sonuçları (Gizli İnşaî Hüküm Kavramı Üzerine Bazı Tespitler)”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 575-602.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE EFFECTS OF THE PLEA FOR REDUCTION IN CIVIL PROCEDURE LAW (THOUGHTS ON CONSTRUCTIONAL EFFECTS OF ORDER FOR SPECIFIC PERFORMANCE)

Abstract

Some legal transitions of the legator (e.g. testamentary legal transactions) may breach the reserved proportion of the successors. To protect their right, either the successors file a lawsuit for the reduction of this transition (Turkish Civil Code Art. 560) or as defendant they have the right to make a plea for reduction (Turkish Civil Code Art. 571/3). In the study, the effects of the plea for reduction are examined in terms of the civil procedure law. In this context, as an exceptional case, it is determined that the constructional effect may occur also in the claim for specific performance. In such a case, the construction effect can be observed at the reasons for the judgment.

Key Words

Successor • Plea for Reduction • Case for Reduction • Claim for Change Legal Right • Judgment Changing Legal Right

I. Tenkis Davası ile Tenkis Def'î Arasındaki İlişki

Türk Medenî Kanunu'nun 505. maddesinin birinci fıkrasına göre, mirasçı olarak altsoyu, ana ve babası veya eşi bulunan mirasbırakan, mirasının saklı paylar dışında kalan kısmında ölüme bağlı tasarrufta bulunabilir. Söz konusu tasarruf, saklı pay oranını ihlâl ederse, saklı paylı mirasçılar, bu tasarrufun yasal sınıra çekilmesini (tenkis) isteme hakkına sahiptir.

Tenkis isteme hakkı inşaî bir haktır¹. Bazı inşaî (yenilik doğuran) haklar muhatabına ulaştığında sonuç doğururken; bazı inşaî hakların sonuç doğurabilmesi için mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Muhatabına ulaştığında inşaî etki doğurmayan, bu etkinin ortaya çıkabilmesi için mahkemenin kararına ihtiyaç duyulan haklara, aynı zamanda "yenilik

¹ Bu konuda genel olarak bkz. NAR, Ahmet, Türk Miras Hukukunda Tenkis, İstanbul, 2016, s. 139.

doğuran dava hakkı" denilmektedir². Tenkis hakkı "yenilik doğuran dava hakkı" kapsamında değerlendirilir³.

Mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payı zedelenen mirasçının, söz konusu tasarrufun saklı payını ihlâl ettiği miktarda indirilmesini istediği davaya tenkis davası (TMK m. 560) adı verilir⁴. Tenkis davası (dava konusu hakkın inşaî hak olduğu da dikkate alındığında) inşaî bir davadır⁵. Dolayısıyla mahkemenin davayı kabul ederek vermiş olduğu tenkis

² BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s. 183 vd; SCHLOSSER, Peter, Gestaltungsfragen und Gestaltungsurteile, Bielefeld, 1966, s. 29 vd; ayrıca bkz. ÖNEN, Ergun, İnşai Dâva, Ankara, 1981, s. 50 vd; HATTENHAUER, Christian, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen, 2011, s. 305.

³ BUZ, s. 184; ayrıca bkz. SEROZAN, Rona / ENGİN, Baki İlkay, Miras Hukuku, 6. Bası, Ankara, 2019, s. 244, 245; DURAL, Mustafa / ÖZ, Turgut, Miras Hukuku, 10. Bası, İstanbul, 2015, s. 276; bununla birlikte, tarafların (örneğin, saklı paylı mirasçı ile vasiyet alacaklısı) dava açılmadan veya dava devam ederken anlaşmaları da mümkündür (OĞUZMAN, M. Kemal, Miras Hukuku, 6. Bası, İstanbul, 1995, s. 235).

⁴ SEROZAN / ENGİN, s. 245; OĞUZMAN, s. 246; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987, s. 411; EREN, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973, s. 147 vd; s. 276; DURAL/ÖZ, s. 276; AYAN, Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, 2016, s. 218; NAR, s. 98; TURAN BAŞARA, Gamze, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2016/27, s. 387; "[...] Tenkis davası, murisin saklı payı zedeleyen (tasarruf nisabını aşan) ölüme bağlı veya sağlararası kazandırmalarını yasal sınırlar içine çekmeyi amaçlayan, yenilik doğurucu davalardandır [...]" Yarg. 2. HD, 11.10.2005, E. 2005/15954, K. 2005/13938 (www.kazanci.com.tr).

⁵ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 411; OĞUZMAN, s. 246; KURU, Baki, Medenî Usûl Hukuku El Kitabı, C. I, Ankara, 2020; s. 411; ÖNEN, s. 78; SEROZAN / ENGİN, s. 245; EREN, s. 147; DURAL/ÖZ, s. 276; ALANGOYA, Yavuz / YILDIRIM, M. Kâmil / DEREN- YILDIRIM, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul, 2011, s. 209; ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder /TAŞPINAR AYVAZ, Sema / HANAĞASI, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2018, s. 303; TANRIVER, Süha, Medenî Usûl Hukuku, C. I, 2. Bası, Ankara, 2018, s. 586; ANTALYA, Gökhan / SAĞLAM, İpek, Miras Hukuku, C. III, 4. Bası, Ankara, 2019, s. 344; AYAN, s. 218; SİMİL, Cemil, Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013, s. 388; TUNCER KAZANCI, İdil / ÖCAL APAYDIN, Bahar, "Mirasçılarının Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C. 2, 2015, s. 778; "[...] Tenkis davaları, yenilik doğuran (inşaî) nitelikte davalar olup, mirasın açıldığı güne kadar geriye doğru etkilidir. Bu dava ile, miras bırakanın yaptığı tasarrufların iptali değil, değiştirilmesi, tasarrufların, tasarruf edilebilir kısma çekilmesi amaçlanmıştır. Bu niteliğiyle tenkis davası bir eda davası olarak kabul edilemez [...]" Yarg. HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 7. HD, 14.10.2003, E. 2003/2614, K. 2003/2925 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 13. HD, 10.11.1989, E. 1989/5372, K. 1989/6499 (www.kazanci.com.tr).

hükmü inşaî hükümdür⁶. Tenkis hükmü kurulana kadar mirasbırakanın geçerli olan tasarrufu⁷, hükmün kesinleşmesi ile birlikte saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra çekilir⁸. İnşaî hükümler kural olarak herkes için ve herkese karşı etkili olur⁹. Ancak tenkis davasında bu kural geçerli olmaz. Tenkis hükmü, saklı payı ihlâl edilen ancak dava açmamış mirasçılar bakımından sonuç doğurmaz¹⁰. İnşaî hükümler, kural olarak geçmişe etkili değildir (HMK m. 108/3). Ancak tenkis hükmü geçmişe etkilidir¹¹. Bu hükümle, mirasbırakanın tasarrufu, mirasın açıldığı tarihten itibaren kısmen veya tamamen geçersiz olur¹².

Saklı payı ihlâl edildiği için dava açan mirasçı, indirilecek olan kısmın kendisine verilmesini istiyorsa tenkis isteğinin yanında ayrıca eda talebinde bulunmalıdır¹³. Başka bir anlatımla, sadece tenkis istemi, indirilen kısmın mirasçıya verilmesi için yeterli değildir. Bununla birlikte uygulamada tenkis isteminin aynı zamanda eda talebini de içerdiği kabul edilmektedir¹⁴. Oysa tenkis talebi ile tenkis sonucu ortaya çıkan geri verme

⁶ OĞUZMAN, s. 253; SEROZAN / ENGİN, s. 245; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

⁷ EREN, s. 147.

⁸ OĞUZMAN, s. 253; SEROZAN / ENGİN, s. 245; AYAN, s. 218; ayrıca bkz. ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

⁹ ÖNEN, s. 184 vd; KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Bası, İstanbul, 2001, s. 5093; UMAR, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara, 2014, s. 881; ROSENBERG, Leo / SCHWAB, Karl Heinz / GOTTWALD, Peter, Zivilprozessrecht, 18. Aufl, München, 2018, § 91, Rdnr. 14.

¹⁰ OĞUZMAN, s. 253; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209.

¹¹ ÜSTÜNDAĞ, Saim, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 2000, s. 337; ARSLAN, / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 305.

¹² DURAL/ÖZ, s. 276; OĞUZMAN, s. 246; aynı yönde bkz. Yarg. HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr).

¹³ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; OĞUZMAN, s. 246; SEROZAN / ENGİN, s. 246; ANTALYA / SAĞLAM, s. 345; EREN, s. 186.

¹⁴ Uygulamanın bu yönde olduğuna ilişkin bkz. KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; OĞUZMAN, s. 247; SEROZAN / ENGİN, s. 246; ANTALYA / SAĞLAM, s. 345; DURAL / ÖZ, s. 277; AYAN, s. 218 vd; bkz. "[...] Tenkis davası, tasarrufa konu malın lehtarın eline geçmiş olması halinde, eda istemini de kapsar. Tenkis kararı bu hali ile iki bölümde değerlendirilmelidir. Birinci bölüm, miras bırakanın tasarruflarının saklı payı ihlali ve saklı payı smuruna çekilmesini, indirilmesini belirleyen o tasarrufları değiştiren, (inşa) yenilik doğurucu bölümdür. İkinci bölüm ise, lüzumu halinde saklı payı tamamlamayı, mal varlığında meydana gelen eksikliğin giderilmesini amaçlayan eda bölümünü kapsamaktadır [...]" Yarg.

borcunun ifasına ilişkin talepler birbiriyle ilişki bulunmakla birlikte, her iki talep hakkında açılan davalar birbirinden bağımsızdır¹⁵. Dolayısıyla bu iki ayrı talep hakkında birlikte dava açılması durumunda, davaların yığılmasından (HMK m. 110) bahsetmek gerekir^{16,17}. Bu söylenenler, ölüme bağlı kazandırmanın ifa edilmesi durumu içindir. Eğer söz konusu tasarruf henüz ifa edilmiş değilse, burada sadece tenkis talebi mevcut olacağından (geri verme borcunun ifasına ilişkin talep söz konusu olmayacağından) davaların yığılmasından bahsedilemez.

Mirasbırakanın tenkise tâbi kazandırması henüz ifa edilmemişse¹⁸, kazandırma lehdarı söz konusu kazandırmanın ifası amacıyla mirasçıya dava açabilir. Davalı mirasçı, saklı payının ihlâl edilen kısmını karşılayan miktarı davacıya vermek istemiyorsa, tenkis def'ini ileri sürmelidir^{19,20}.

HGK, 7.7.2010, E. 2010/1-360, K. 2010/372 (www.kazanci.com.tr); söz konusu uygulamanın isabetli olduğu hakkında bkz. ÖNEN, s. 81.

¹⁵ NAR, s. 223; ayrıca bkz. KURU, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul, 2001, s. 1480 vd.

¹⁶ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 210.

¹⁷ Gerçi tenkis davası hakkında karar verilmeden önce, geri verme borcunun ifası için açılan davanın sonuçlanması mümkün değildir (NAR, s. 223). Ancak tek başına bu durum, tenkis talebi ile geri verme borcunun ifasına ilişkin talebin birbirinden bağımsız olmadığı anlamına gelmez. Zira talepler ayrı ayrı dava edilebildiği sürece, birden fazla “*usûlî talep*” mevcut olup, bu talepler hakkında birlikte dava açılması durumunda davaların yığılması ortaya çıkar (Bu konuda genel olarak bkz. BULUT, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara, 2017, s. 33; örneğin, her ne kadar asıl alacağa bağlı olsa da faiz alacağına ilişkin talebin de ayrı bir “*usûlî talep*” olarak değerlendirilmesi gerektiği hakkında bkz. BULUT, s. 33; bu konuda ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, Saim, İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul, 1967, s. 162).

¹⁸ Özellikle ölüme bağlı tasarruflarda böyle bir durum vardır. Bu konuda bkz. EREN, s. 145; KOCAYUSUPPAŞAOĞLU, s. 419; OĞUZMAN, s. 235; SEROZAN / ENGİN, s. 252; DURAL/ÖZ, s. 276; AYAN, s. 219; NAR, s. 136 vd; BERKİ, Şakir, “Türk Medeni Kanunu’nda Mahfuz Hisse Çeşitleri ve Rolü”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 1969, s. 233; TURAN BAŞARA, s. 401.

¹⁹ EREN, s. 145; İMRE, Zahit / ERMAN, Hasan, Miras Hukuku, 13. Bası, İstanbul, 2017, s. 268; OĞUZMAN, s. 256; SEROZAN / ENGİN, s. 252; AYAN, s. 226; NAR, s. 136 vd.

²⁰ Tenkis savunmasının mirasın paylaşılması için açılan davada da ileri sürülebileceği hakkında bkz. MINNIG, Yannick in: OFK - Orell Füssli Kommentar ZGB, 3. Aufl, 2016, Art. 533, N. 4; aynı yönde bkz. BGE 116 II 244 Er. 3; DURAL / ÖZ, s. 288.

Böylece mirasçı kendisine yöneltilen talebi, bu savunma ile yerine getirmekten kaçınabilir²¹.

Tenkis davası ile tenkis def'î arasında büyük bir benzerlik vardır. Zira tenkis davasına konu hak ile tenkis savunmasına konu hak aynıdır (tenkisi isteme hakkı). Dolayısıyla tenkis davasının kabulü ile tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda aynı sonuç ortaya çıkar. Bu sonuç, saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle mirasbırakanın tasarrufunun saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra indirilmesidir. Aynı etkileri doğurması sebebiyle, tenkis def'înin ileri sürülmesi ve kabul edilmesi durumunda, tenkis davası açılması imkânı ve gerekliliği ortadan kalkmaktadır²². Bu yönüyle tenkis def'înin ileri sürülmesini, sanki bu konuda bir tenkis davası açılmış (gizli tenkis davası) gibi değerlendirmek yanlış olmayacaktır²³. Ancak şu husus da belirtilmelidir ki, tenkis def'înin ileri sürülmesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamında bir karşı davanın (m. 132) açılmış olduğu da iddia edilemez. Bu kapsamda örneğin, Kanun'un "*asıl davanın herhangi bir sebeple sona ermesi, karşı davanın görülüp karara bağlanmasına engel oluşturmaz*" hükmünün (m. 134) burada uygulanması söz konusu olamaz. Yani ölüme bağlı tasarrufun ifası davası, örneğin usûle ilişkin bir sebeple sona ererse, o davada mirasçının ileri sürdüğü tenkis def'înin incelenmesi ve bu konuda bir karar verilmesi artık mümkün değildir²⁴.

Belirtmek gerekir ki, yukarıda söylenenler sadece mirasbırakanın tasarrufunun yasal sınıra indirilmesi talebini içeren tenkis davası bakımından geçerlidir. Başka bir anlatımla, eğer saklı paylı mirasçı, tenkis

²¹ ALBAŞ, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012, s. 158; TURAN BAŞARA, s. 400.

²² Nitekim OĞUZMAN'a göre de "*Tenkis def'i, ifa edilmemiş teberrullarda tenkis davasının sonuçlarını sağlar.*" (OĞUZMAN, s. 257). Benzer şekilde DURAL/ÖZ şöyle demektedir: "... *henüz tenkis davası açma süreleri dolmadan önce kendisine karşı yöneltilen taleplere karşı da saklı paylı mirasçı tenkis def'inde bulunabilir. Böyle bir durumda tenkis def'i Usul Hukukunda bir karşı davanın yerine geçmiş olacaktır...*" (DURAL / ÖZ, s. 288).

²³ Karş. SOGO, Miguel, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren*, Zürich, 2007, s. 59.

²⁴ Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında esasa ilişkin bir karar verilmesi durumunda, mahkemenin tenkis savunması hakkındaki kararını da hüküm fıkrasına geçirmesinin uygun olacağı aşağıda belirtilmiştir (Bkz. III, B).

davasında ayrıca indirilen miktarın kendisine verilmesini de isterse, (bu durumda yukarıda da belirtildiği üzere iki ayrı talep vardır) bu davanın sonucu ile tenkis def'inin ileri sürülmesinin sonucu aynı olmayacaktır. Zira indirilen kısmın iadesinin de istendiği davada, ayrıca mirasçı lehine kurulan bir mahkûmiyet hükmü mevcutken, tenkis def'inin haklı bulunması durumunda mirasçının lehine (davacı kazandırma lehdarı aleyhine) kurulan bir mahkûmiyet hükmü ortaya çıkmaz.

II. Tenkis Def'inin İleri Sürülmesi

Her ne kadar ayrı bir davanın konusunu oluşturacak nitelikte olsa da tenkis iddiasının savunma şeklinde ileri sürülebilmesine Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrası ile izin verilmiştir. Başka bir anlatımla, burada davalının tenkis hakkını konu alan karşı dava (HMK m. 132) açmasına gerek yoktur²⁵. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tenkis iddiası def'i olarak ileri sürülebilir. Mahkeme, def'i niteliğinde olması sebebiyle, saklı payın ihlâl edilip edilmediği hususunu re'sen dikkate alamaz²⁶. Dolayısıyla bu yönde bir inceleme için mirasçının tenkis hakkını kullanması gerekir²⁷.

Davalının savunmasında "tenkis" kelimesini kullanmasına gerek olmayıp o anlama gelecek beyanlarda bulunması yeterlidir. Yargıtay'a göre, saklı payın ihlâl edildiği iddiası²⁸, saklı paylı hisselerin dikkate

²⁵ SOGO, s. 62.

²⁶ NAR, s. 139; DURAL/ÖZ, s. 288; TURAN BAŞARA, s. 401.

²⁷ Ölümüne bağlı tasarrufun hükümsüzlüğü (TMK m. 559/2) ile tenkisi arasında terdit ilişkisi kurularak savunma yapılmasına engel bir durum yoktur. Bkz. "[...] *Bu durumda, mahkemeye; davalı tarafından def'i yoluyla ileri sürülen hükümsüzlük iddiasının, bu iddia kabul görmediği takdirde ise tenkis iddiasının usulünce incelenmesi ve ulaşılabilecek sonuçta göre uyumsuzluğun esası hakkında hüküm tesis edilmesi gerekirken [...]*" Yarg. 3. HD, 12.9.2018, E. 2016/22044, K. 2018/8392 (www.kazanci.com.tr).

²⁸ "[...] *Dosyanın incelenmesinde; temyiz eden davalı tarafından süresinde verilen cevap dilekçesinde, vasiyetnamenin geçersiz olduğu ve saklı payların ihlâl edildiği ifade edilmiştir. Bu beyanların hükümsüzlük ve tenkis def'i niteliğinde olduğu açıktır. Mahkemeye, hükümsüzlük ve tenkise yönelik inceleme yapılmadığı anlaşılmaktadır [...]*" Yarg. 3. HD, 14.2.2019, E. 2017/10716, K. 2019/1163 (www.kazanci.com.tr); benzer şekilde bkz. "[...] *Somut olayda, muris mirasçılık belgesinden davalı ...'nin murisin oğlu olduğu anlaşılmaktadır. Davalı ... cevap dilekçesinde, tasarruf nisabının aşıldığını, miras paylarına zarar verildiğini belirtmiş, diğer anlatım ile tenkis def'inde bulunmuştur [...]*" Yarg. 3. HD, 15.10.2018, E. 2016/22701, K. 2018/10013 (www.kazanci.com.tr).

alınması gerektiğinin belirtilmesi²⁹, yasal miras hakkının istenmesi³⁰ gibi durumlarda tenkis def'inin ileri sürüldüğü kabul edilmelidir (Karş. HMK m. 33).

Türk Medenî Kanunu'nun 571. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, tenkis iddiası, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir. Söz konusu hüküm, medenî usûl hukukunda geçerli olan davanın değiştirilmesi yasağının (HMK m. 141) istisnası olarak değerlendirilemez³¹. Başka bir anlamıyla, tenkis savunmasının yargılamanın her aşamasında yapılabilmesi mümkün değildir. Söz konusu hükümde geçen "her zaman" ifadesinden, tenkis davası açma süresinin (TMK m. 571/1)³² geçmesinden sonra da

²⁹ "[...] Somut olayda; davalı cevap dilekçesinde ve yargılamanın ilerleyen aşamalarında sunduğu beyan dilekçeleri ile " murisin kanuni mirasçılarının saklı payları dışında tasarrufta bulunabileceğini, mahfuz hissesinin nazara alınmasını talep ettiği" şeklinde beyanda bulunmuştur. Davalının bu beyanının tenkis def'i niteliğinde olduğu açıktır. Buna göre mahkemece, davalının beyanlarının vasiyetnamenin tenkisi istemini de içerdiği değerlendirilerek [...]" Yarg. 3. HD, 29.5.2018, E. 2017/15537, K. 2018/5997 (www.kazanci.com.tr).

³⁰ "[...] Somut olayda; davalı Kadir yasal miras hakkını istediğini savunmuştur. Vasiyetçi A. T..'ın yasal mirasçısı olan davalının bu savunması, mirasbırakanın ölüme bağlı tasarruflarına karşı korunmuş miras payı olan saklı payını da içermektedir. Eş söyleyişle, davalı tenkis def'inde bulunmuştur. [...]" Yarg. 3. HD, 1.12.2014, E. 2014/4925, K. 2014/15560 (www.kazanci.com.tr).

³¹ "[...] TMK. 571/son maddesine göre ise; "Tenkis iddiası, def'i yoluyla her zaman ileri sürülebilir". Ancak hükümsüzlük ve tenkis iddiasının def'i yoluyla her zaman ileri sürülebileceği hükmü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen savunmanın genişletilmesi yasağını ortadan kaldıracı nitelikte değildir. İncelemeye konu davada, davalıya dava dilekçesi 07.02.2013 tarihinde tebliğ edilmiş, davalı süresinden sonra 25.02.2013 tarihinde sunduğu cevap dilekçesinde vasiyetnamenin hükümsüz olduğunu ileri sürmüş, tenkis iddiasından bahsetmemiştir. Davacının cevaba cevap dilekçesi sunmaması üzerine dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşaması tamamlanarak, ön inceleme duruşması yapılmasına karar verilmiştir. Yargılama aşamasında bilirkişi raporu aldırılmasından sonra ise davalı, 10.03.2014 tarihli bilirkişi raporuna itiraz dilekçesinde tenkis iddiasını ileri sürmüş, davacı davalının savunmayı genişleten bu dilekçesine tebliğ aldığı celsede itiraz etmiştir. Bu durumda davalının cevap süresi içerisinde bildirmediği hükümsüzlük ve tenkis def'i'ne karşı, davacı tarafın açık muvafakatinin bulunmadığı dikkate alınarak def'iyeye ilişkin inceleme yapılmaksızın davanın kabulüne karar verilmesinin doğru olduğu anlaşılmıştır [...]" Yarg. 3. HD, 24.1.2019, E. 2018/5810, K. 2019/529 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 3. HD, 24.4.2018, E. 2016/11062, K. 2018/4383 (www.kazanci.com.tr); Yarg. 2. HD, 30.03.1998, E. 1998/2369, K. 1998/3874 (www.legalbank.net).

³² Tenkis davası açmak için düzenlenen süre, madde başlığında da belirtildiği üzere hak düşürücü niteliktedir (Aynı yönde bkz. DURAL / ÖZ, s. 286; SEROZAN / ENGİN, s. 251; ANTALYA / SAĞLAM, s. 361; AYAN, s. 225; NAR, s. 127).

tenkis def'inin ileri sürülebileceği anlaşılmalıdır³³. Dolayısıyla tenkis savunmasının ileri sürülebileceği zaman bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 141. maddesindeki düzenleme dikkate alınmalıdır³⁴. Bu kapsamda örneğin, vasiyetname ile kendisine bir taşınmaz bırakılan kimse tarafından söz konusu taşınmazın lehine tescil edilmesi için açılan davada³⁵, tenkis savunması cevap dilekçesi veya ikinci cevap dilekçesinde ileri sürülmelidir (HMK m. 141/1). Bu aşamadan sonra yapılan tenkis savunması kural olarak³⁶ yasak olup, bu yasak ancak ıslah veya karşı tarafın açık rızası ile aşılabilir (HMK m. 141/2).

Ölüme bağlı tasarrufun ifasına ilişkin dava birden fazla mirasçıya karşı açılmış ise, mirasçılardan biri tarafından ileri sürülen tenkis def'i, diğer mirasçıları etkilemez³⁷. Tenkis incelemesi, sadece bu def'i yi ileri süren mirasçı için yapılmalıdır. Esasen bu husus tenkis davasında mirasçılar arasında zorunlu dava arkadaşlığı bulunmaması durumu ile de örtüşmektedir³⁸.

³³ Karş. BERKİ, s. 233.

³⁴ Aynı yönde bkz. NAR, s. 139; İsviçre hukuku bakımından (Sch. ZPO Art. 229) benzer şekilde bkz. PICHLER, Markus, "Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage", Anwaltsrevue, 2020, s. 67.

³⁵ Söz konusu davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Bkz. "[...] Somut olayda; davacı, mirasbırakan adına kayıtlı olan vasiyetnameye konu taşınmazın tapu kaydının iptalini ve adına tescilini talep etmiştir. Bu durumda, görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (HMK m. 2) [...]" Yarg. 3. HD, 15.1.2019, E. 2018/7151, K. 2019/121 (www.kazanci.com.tr); "[...] Vasiyetnamenin tenfizine ilişkin davalar malvarlığına ilişkin olduğundan, bu davalarda görevli mahkeme Asliye Hukuk Mahkemesidir (HMK.m.2/2) [...]" Yarg. 2. HD, 9.5.2013, E. 2013/6520, K. 2013/13059 (www.kazanci.com.tr).

³⁶ HMK m. 141/1, c. 2 hükmü: "Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir."

³⁷ DURAL / ÖZ, s. 288; TURAN BAŞARA, s. 400; aynı yönde bkz. "[...] Dosyanın incelenmesinde; mahkemece verilen ilk hükmün davalı ... yararına tenkis def'inin incelenmesi yönünde bozulduğu, bozma sonrası tüm davalılar yararına tenkis defi ileri sürülmüş gibi tenkis hükmü kurulduğu görülmektedir. O halde; mahkemece, savunmanın genişletilmesi kapsamında kalan davalı ... haricindeki davalıların tenkis def'inin ve tenkis defi ileri sürmeyen davalılar yönünden mahkemece tenkis oranı dikkate alınarak sonucu dairesinde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir [...]" Yarg. 3. HD, 13.12.2018, E. 2018/5638, K. 2018/12761 (www.kazanci.com.tr).

³⁸ Maddî hukuka göre, bir hakkın birden fazla kimse tarafından birlikte kullanılmasını gerektiren durumlarda hak sahiplerinin birlikte dava açması gerekir (HMK m.59/1). Tenkiste ise böyle bir durum yoktur. Zira her bir saklı paylı mirasçının ayrı ayrı

Tenkis davasının belirsiz alacak davası (HMK m. 107) şeklinde açılabilmesi kabul edilmektedir³⁹. Özellikle davanın açıldığı esnada terekenin değeri bilinmemekte ise, mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payın ne miktarda ihlâl edilmiş olduğu hususu da davacı tarafından tespit edilemeyecektir⁴⁰. Yargılama sırasında saklı payın ne miktarda ihlâl edildiği tespit edildikten sonra, mahkeme bu miktar kadar tenkise re'sen karar verebilir⁴¹. Benzer şekilde, tenkis def'î ileri sürülürken mirasbırakanın tasarrufu ile saklı payın ne miktarda ihlâl edilmiş olduğu hususu mirasçı

tenkis isteme hakkı bulunur. Tenkis davasının her bir mirasçı tarafından tek başına açılabilmesi hakkında bkz. "[...] *Tenkis davasında zorunlu dava arkadaşlığı yoktur. Bu sebeple saklı paylarının karşılığını alamayan mirasçılar ayrı ayrı tenkis davası açabilecekleri gibi birlikte de açabilirler. Tenkis hükmü sadece davanın tarafları açısından hukuksal sonuç doğurur, tenkis davasında yer almayanlar açısından hüküm tesis edilemez [...]*" Yarg. 3. HD, 26.3.2015, E. 2014/11658, K. 2015/5060 (www.kazanci.com.tr); ayrıca bkz. KURU, C. I, s. 1000 vd.

³⁹ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. SİMİL, s. 389; aynı yönde bkz. TANRIVER, s. 628; PICHLER, s. 67; GÖKSU, Tarkan, "Rechtsbegehren in erbrechtlichen Klagen", Anwaltsrevue 2020, s. 76; BOHNET, François / DROESE, Lorenz: Präjudizienbuch ZPO, Bern, 2018, s. 216; belirsiz alacak davasının açılabilmesi şartı olarak talep sonucunun belirlenmesinin mümkün olmadığı durumlar ile ilgili genel olarak bkz. PEK-CANITEZ, Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Ankara, 2011, s. 38 vd.

⁴⁰ SİMİL, s. 389 vd; ayrıca bkz. "[...] *Bilindiği üzere, tenkis davaları ihlâl edilen saklı payın temin edilmesi amacıyla taşımaktadır. Tenkis hesabı uzmanlık gerektiren bir iş olup, davacıdan davanın başında saklı payının ihlâl edilip edilmediğini, ihlâl edilmiş ise bunun miktarını bilmesini beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Dava dilekçesinde gösterilen miktar; harca esas alınan tahmini değerdir. Bu bakımdan tenkis davalarında, davacının dava dilekçesinde gösterdiği dava değeri ile talebini sınırladığını söyleyebilme olanağı yoktur ve bu tür davalar 6100 s. HMK'nun 107. maddesinde düzenlenen belirsiz alacak davalarının örneğini teşkil eder [...]*" Yarg. 1. HD, 31.5.2017, E. 2017/2295, K. 2017/3044 (www.kazanci.com.tr); aynı yönde bkz. Yarg. 1. HD, 12.2.2014, E. 2013/17451, K. 2014/2233 (www.kazanci.com.tr).

⁴¹ Tespit edilen değer, davanın başında istenilen değerden fazla olması durumunda mahkemenin talep olmadan da tespit edilen miktar üzerinden tenkise karar verebileceği; davacının talebi zaten tasarrufun saklı payını ihlâl ettiği ölçüde tenkis olduğu için mahkemenin bu şekilde karar vermesinin taleple bağlılık ilkesine (HMK m. 26) aykırılık oluşturmayacağı hakkında bkz. (SİMİL, s. 390 vd); ayrıca bkz. "[...] *Saklı payın hesaplanması, malların, mirasbırakanın ölüm tarihindeki değerinin tespiti ile mümkündür. Malların ölüm tarihindeki değeri bilinmedikçe dava dilekçesinde bu konuda gösterilen rakam, bir tahminden başka bir şeye dayanmaz. Bundan dolayı mahkemenin bu rakamı esas alarak değil, tespit edilen gerçek değeri esas alarak saklı pay isteğini karara bağlamış olması, istekten fazlaya karar verme sayılmaz [...]*" Yarg. HGK, 26.5.1965, E. 1965/781-2, K. 1965/223 (Karar için bkz. SİMİL, s. 390).

tarafından bilinemeyebilir. Bu miktarın yargılama sırasında tespit edilmesinden sonra (örneğin, bilirkişi raporu sonucunda) tespit edilen oranın tenkisine karar verilmelidir.

Saklı paylı mirasçılar dışında, tenkis def'inin üçüncü kişiler tarafından da ileri sürülüp sürülemeyeceği hususu üzerinde durulmalıdır. Zira Türk Medenî Kanunu, bazı durumlarda üçüncü kişilere tenkis davası açma hakkı tanımıştır. Kanun'un 562. maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: *"Mirasbırakan, tasarruf edebileceği kısmı aştığında, saklı payı zedelenen mirasçı, iflâs hâlinde iflâs dairesinin veya mirasın geçtiği tarihte kendisine karşı ellerinde ödemededen aciz belgesi bulunan alacaklıların ihtarına rağmen tenkis davası açmazsa, iflâs idaresi veya bu alacaklılar, alacaklarının elde edilmesi için gerekli olan oranda ve mirasçıya tanınan süre içinde tenkis davası açabilirler."*

Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrası ile iflâs idaresi ve alacaklılara dava takip yetkisi⁴² verilmiştir⁴³. Bu maddeden yola çıkılarak borçlu mirasçıya karşı açılacak davada, iflâs idaresi veya alacaklının tenkis def'i ileri sürüp süremeyeceği tespit edilmelidir. Bu konuda iki farklı görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, tenkis def'i ancak ölüme bağlı tasarrufun ifasına ilişkin talebin yöneltmesi üzerine ileri sürülebilir⁴⁴. Ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan dava da sadece mirasçıya yönelik olduğundan (yani bu davada alacaklılar davalı olamayacağından) söz konusu def'i de sadece mirasçı tarafından kullanılabilir⁴⁵. Diğer bir görüşe göre ise, alacaklıların bu def'iyi ileri sürme haklarının bulunmadığının kabul edilmesi onların menfaatine aykırı olur⁴⁶. Bu ise, Türk Medenî Kanunu'nun mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma hakkı tanıyan 562. maddesinin birinci fıkrası ile genel olarak amaçlanan düşünceye ters

⁴² Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesine göre, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisi olup bu yetki, kanunda belirtilen istisnaî durumlar dışında, maddî hukuktaki tasarruf yetkisine göre tayin edilir. Dava takip yetkisi kavramı ile ilgili olarak bkz. DİŞEL, Buse, Dava Takip Yetkisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019, s. 8 vd.

⁴³ Ayrıntılı olarak bkz. DİŞEL, s. 248 vd; ayrıca bkz. PEKCANITEZ, Hakan / TAŞ KORKMAZ, Hülya, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 598; NAR, s. 115 vd; karş. EREN, s. 128.

⁴⁴ ALBAŞ, s. 149.

⁴⁵ ALBAŞ, s. 149 vd.

⁴⁶ EREN, s. 130; NAR, s. 137.

düşer⁴⁷. Dolayısıyla bu kişiler yargılamada tenkis def'î savunmasını ileri sürebilmelidir⁴⁸. Kanaatimce, Türk Medenî Kanunu'nun mirasçının alacaklılarına tenkis davası açma hakkı tanıyan 562. maddesinin birinci fıkrası, niteliğine uygun düştüğü ölçüde def'î savunması bakımından da uygulanmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrasında her ne kadar sadece dava açmaktan bahsedilmişse de, bu düzenlemeyi, üçüncü kişilerin tenkis isteme hakkını mahkeme aracılığıyla kullanabilecekleri şeklinde anlamak gerekir. Bu bakımdan tenkis isteme hakkının def'î yoluyla kullanılması da bu maddenin kapsamına girmektedir.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla mirasçıya karşı açılan davada, üçüncü kişilerin tenkis def'îni ne şekilde ileri sürebileceği üzerinde durulmalıdır. Öğretide, alacaklı ve iflâs idaresinin fer'î müdahil olabileceği, zira bu kişilerin, mirasçının davayı kazanmasında menfaatlerinin bulunduğu ifade edilmiştir⁴⁹. Kanaatimce alacaklılar bakımından bu görüş isabetlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Üçüncü kişi, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla, tahkikat sona erinceye kadar, fer'î müdahil olarak davada yer alabilir.*" Bu maddede aranan husus hukukî yararadır. Ekonomik yarar ise fer'î müdahil olabilmek için yeterli değildir⁵⁰. Örneğin, borçlunun bir alacaklısının borçluya karşı açtığı davada, borçlunun bu davayı kaybetmesi ile aciz haline düşeceğinden endişe eden borçlunun diğer bir alacaklısının bu davaya borçlu yanında katılmasında menfaati olmadığı kabul edilmektedir⁵¹. Davalı mirasçının alacaklılarının ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla açılan davaya müdahale edip tenkis def'î ileri sürmesi de ekonomik bir menfaat gibi düşünülebilir. Zira tenkis savunmasının haklı bulunması ile borçlunun malvarlığında azalmanın önüne geçilmiş olunur⁵². Ancak kanaatimce burada ekonomik bir yarar

⁴⁷ NAR, s. 137.

⁴⁸ NAR, s. 137.

⁴⁹ NAR, s. 138.

⁵⁰ PEKCANITEZ, Hakan, Medenî Usûl Hukukunda Fer'î Müdahale, Ankara, 1992, s. 93.

⁵¹ PEKCANITEZ, Müdahale, s. 93.

⁵² Ayrıca saklı payı zedeleyen ölüme bağlı tasarrufun mirasçı tarafından ifa edilmesi durumunda alacaklının tasarrufun iptali davası (İİK m. 277) açmasına engel bir

olduğundan hareket edilerek alacaklıların fer'î müdahil olamayacağı düşünülemez. Zira Kanun bu alacaklılara dava açma hakkı vererek onların menfaatini tespit etmiştir. Dolayısıyla bu alacaklıların müdahale talebinde bulunmalarında da menfaatleri olduğu kabul edilmelidir. Ancak menfaat için Türk Medenî Kanunu'nun 562. maddesinin birinci fıkrasındaki şartların yerine getirilmesi gerekir. Örneğin, elinde aciz vesikası bulunmayan alacaklı tenkis davası açamayacağına göre, bu alacaklının da davaya müdahil olarak katılması mümkün değildir. Söz konusu şartlar yerine getirildiğinde alacaklı davaya fer'î müdahil olarak katılabilir ve tenkis def'ini ileri sürebilir (Karş. HMK m. 68/1, c. 2). Şu kadar ki, alacaklı sadece alacağını tahsil edemediği miktara denk gelecek kısmın tenkisini isteyebilir; bu kısımdan fazlası (davalı mirasçının saklı payını ihlâl etse bile) ileri sürülemez⁵³.

İflâs idaresinin fer'î müdahil sıfatıyla tenkis def'ini ileri sürebileceği görüşü⁵⁴ ise iflâs hukukuna uygun düşmez. Çünkü mirasçı iflâs ederse davayı takip etme yetkisi ortadan kalkar ve bu yetki kural olarak iflâs idaresine geçer⁵⁵. Davayı takip yetkisine sahip ve davada taraf olan iflâs idaresinin⁵⁶ ilgili davaya ayrıca fer'î müdahil olarak katılması mümkün

durum yoktur (EREN, s. 130). Burada özellikle İcra ve İflâs Kanunu'nun 280. maddesindeki durum işleterek alacaklıların hakları korunmuş olur (EREN, s. 130).

⁵³ Alacaklının açacağı tenkis davasında, aciz vesikasında tespit edilen eksik alacak miktarından fazlasının tenkisinin istenemeyeceği hakkında ayrıca bkz. BGE 71 III 99 ve FANKHAUSER, Roland in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht – Erbrecht- 3. Aufl, Ed: BREITSCHMIDT, Peter / RUMO-JUNGO, Alexandra, Zürich, 2016, Art. 524, N. 3; ayrıca bkz. AYAN, s. 222; NAR, s. 116 vd; KOCAYUSUFPAŞA-OĞLU, s. 416.

⁵⁴ NAR, s. 137.

⁵⁵ KURU, Baki: İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı, 2. Bası, Ankara, 2013, s. 1226; “[...] İİK'nın 191. maddesi gereğince borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüz olup, müflisin masa malları üzerindeki tasarruf yetkisi iflâs ile kısıtlandığından, aynı Kanun'un 226. maddesinde de masanın kanuni mümessilinin iflas idaresi olduğu hükmü kabul edilmiştir. Diğer anlatımla, iflasın açılmasıyla dava takip yetkisi (ve taraf sıfatı), artık müflise değil, iflas idaresine ait olup [...]” Yarg. 23. HD, 7.11.2019, E. 2016/6478, K. 2019/4604 (www.kazanci.com.tr).

⁵⁶ Kanun gereği dava takip yetkisine sahip olan kimselerin davada taraf olduğu hakkında bkz. DİŞEL, s. 82; bu konudaki diğer görüşler için toplu olarak bkz. DİŞEL, s. 71 vd.

değildir⁵⁷. Çünkü davanın tarafları davaya fer'î müdahil olarak katılmaz⁵⁸. Zaten davanın tarafı olan iflâs idaresi, borçluya ait savunmaları da dava esnasında yapmaya yetkilidir⁵⁹.

III. Exkurs: Gizli İnşâî Hüküm Kavramı ve Tenkis Def'î Bakımından Değerlendirilmesi

A. Gizli İnşâî Hüküm Kavramı

Mirasbırakanın ölümüne bağlı tasarrufu ile saklı payın bir kısmı veya tamamı ihlâl edilebilir⁶⁰. Eğer saklı payın tamamı ihlâl edilmiş ise açılan eda davası reddedilir. Eğer saklı payın bir kısmı ihlâl edilmiş ise, ihlâl edilen kısım tenkis edildikten sonra davalı mirasçı aleyhine hüküm kurulur. Verilen bu hükümlerin etkileri ve sonuçlarını tespit edebilmek için öncelikle “gizli inşâî hüküm” kavramının açıklanması gerekir.

Eda davası ile mahkemedен, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talep edilir (HMK m. 105/1). Bu davanın olumlu sonuçlanması durumunda eda hükmü kurulur. Eda hükümleri esasen maddî hukuktaki bir durumu değiştirmeyip mevcut hukukî ilişkiyi tespit edici (açıklayıcı) nitelikte iken; inşâî hüküm, maddî hukukta bir değişiklik yaratır⁶¹. İnşâî hükümle birlikte inşâî etki doğar⁶². Bu hükümle yeni bir hukukî durum yaratılır veya mevcut bir hukukî durum ortadan kaldırılır yahut içeriği değiştirilir (Karş. HMK m. 108/1). İnşâî etki hüküm fıkrasında ortaya çıkar. Örneğin, boşanma davasında tarafların boşandığı veya genel kurul kararının iptali davasında kararın iptal edildiği hüküm fıkrasında belirtilir. Ancak inşâî etkinin doğabilmesi için onun her zaman hüküm fıkrasında bulunması zorunlu değildir⁶³.

⁵⁷ İflâs idaresinin taraf olduğu davalarda müflisin davaya fer'î müdahil olarak katılabileceği hakkında bkz. PEKCANITEZ, Müdahale, s. 75.

⁵⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. PEKCANITEZ, Müdahale, s. 74 vd.

⁵⁹ Genel olarak bkz. KURU, El Kitabı, s. 1231.

⁶⁰ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 412; ALBAŞ, s. 159.

⁶¹ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 1; ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara, 1960, s. 232.

⁶² ÖNEN, s. 182; PEKCANITEZ, Hakan: Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 987; ARSLAN, / YILMAZ / TAŞPINAR AYVAZ / HANAĞASI, s. 304; ATALI, Murat / ERMENEK, İbrahim / ERDOĞAN, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2019, s. 341.

⁶³ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

Nitekim bazı davalarda inşaî etki, hüküm fıkrasında değil hükmün gerekçesinde ortaya çıkar⁶⁴. Öyle durumlar vardır ki, açılan eda davasında kurulan eda hükmünün gerekçesinde inşaî etki gerçekleşmiş olabilir. Eda hükmünün gerekçesinde inşaî etkinin ortaya çıkması durumuna “gizli inşaî hüküm” (“*verdecktes Gestaltungsurteil*”)⁶⁵ adı verilmektedir⁶⁶. Esasen burada “gizli inşaî hüküm kurulan eda davası”nın⁶⁷ bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

B. Tenkis Savunması Bakımından Değerlendirme

Tenkis savunmasının kabul edilmesi durumunda da gizli inşaî hükümden bahsetmek gerekir⁶⁸. Tenkis def'inin ileri sürülmesi ile tenkis

⁶⁴ GERNHUBER, Joachim: Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen, 1989, s. 290; WURDINGER, Markus in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019, § 315, Rdnr. 49; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.04.2011 - 5 U 93/10.

⁶⁵ Alman hukukunda, bazı davalarda kurulan eda hükmünün aynı zamanda gizli bir inşaî hüküm niteliğinde olabileceği hakkında bkz. KRÄMER, Andrea, Der Widerruf im Arbeitsrecht, Berlin, 1998, s. 306; bu davalarda “aynı anda hem eda hükmü hem de gizli inşaî hüküm” kurulduğu (bkz. LARENZ, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Aufl, Berlin-Heidelberg, 1992, s. 335; karş. BÖTTICHER, Eduard, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg, 1938, s. 31) ve yine söz konusu davalarda “gizli inşaî hüküm niteliğinde eda hükmü” (*Leistungsurteil als verdecktes Gestaltungsurteil*)(NUNNER-KRAUTGASSER, Bettina: “Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners”, ZIK Spezial - Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, ed: KONECNY, Andreas, Wien, 2015, s. 142) kurulduğu ifade edilmektedir.

⁶⁶ Gizli inşaî hüküm, kavramsal olarak Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilmektedir. Alman hukuku için bkz. ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ASSMANN, Dorothea, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band, (§§ 253-299a), 4. Aufl, Ed: WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A, Berlin/Boston, 2013, vor § 253, Rdnr. 21; GERNHUBER, s. 290; KRÄMER, s. 306; KLEINSCHMIDT, Jens, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen, 2014, s. 278; SEIBERT, Ulrich, “Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Verweisungen”, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1985, s. 733; GOTTWALD, Peter in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019, § 343, Rdnr. 1; WURDINGER, § 315, Rdnr. 49; ROLFS, Christian, Betriebsrentengesetz, 7. Aufl, München, 2018, § 16, Rdnr. 342; DAUNER-LIEB, Barbara / DÖTSCH, Wolfgang, “Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB”, NJW, 2003, s. 927, dn. 61; ancak karş. SCHLOSSER, s. 132; İsviçre hukuku için bkz. SOGO, s. 59 vd.

⁶⁷ Karş. OLG Hamburg, Urteil vom 22.06.1994, 4 U 89/93.

⁶⁸ SOGO, s. 60 vd.

davası arasındaki benzerlik yukarıda belirtilmişti⁶⁹. Dolayısıyla tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda da gizli inşâî hüküm ortaya çıkar. Her ne kadar mirasbırakanın tasarrufunun bir kısmı tenkis edildikten sonra geri kalan kısmın verilmesi hakkındaki hüküm eda hükmü ise de, bu hükümle maddî hukuktaki durum da değişmiş olur. Zira bu hükümle mirasbırakanın tasarrufu, saklı payı ihlâl ettiği ölçüde yasal sınıra çekilmiş olur. Saklı payın ihlâl edildiğini tespit eden mahkeme, bunu gerekçede belirtip hüküm fıkrasında eda hükmü kurmaktadır.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası için açılan dava, tenkis savunması sebebiyle tamamen reddedilebilir. Söz konusu ret hükmü bir tespit hükmü niteliğindedir. Çünkü eda davalarının reddine ilişkin hükümler, tespit hükmü olarak değerlendirilir. Bununla birlikte, ölüme bağlı tasarrufun ifası davasının ret hükmüne ilişkin gerekçede, saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle ölüme bağlı tasarrufun geçersiz olduğu belirtilir. Böylece daha önce geçerli olan ölüme bağlı tasarruf, saklı payın ihlâl edilmiş olması gerekçesiyle geçersiz hâle gelir ve mevcut hukukî durum (mirasçı ile kazandırma lehdar arasındaki) ortadan kaldırılmış olur. Dolayısıyla davanın reddine ilişkin hükmün gerekçesinde de inşâî etkinin ortaya çıktığını söylemek gerekir.

Ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla mirasçıya karşı açılan davada, ölüme bağlı kazandırma tenkis edildikten sonra kalan kısım için mirasçı aleyhine eda hükmü kurulabilir. Söz konusu eda hükmünün icrası için hükmün kesinleşmesine gerek yoktur. Zira bu dava, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 350. maddesinde sayılan davalardan değildir. Burada ayrıca davalının tenkis savunmasının haklı bulunmasının inşâî etki doğurması ve inşâî etkinin ancak hükmün kesinleşmesi ile birlikte gerçekleşmesinden hareketle, davacı lehine kurulan eda hükmünün icrası

⁶⁹ Bkz. yuk. I; bazı durumlarda inşâî davanın def'î yoluyla kullanılmasının mümkün olduğu hakkında ayrıca bkz. SOGO, s. 60; inşâî hakların def'î yoluyla ileri sürülmesinin kural olarak mümkün olmamasına rağmen tenkis def'inin bu konuda bir istisna olduğu hakkında bkz. POSTACIOĞLU, İlhan E / ALTAY, Sümer, Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul, 2015, s. 261.

için de bu eda hükmünün kesinleşmesinin gerektiği ileri sürülemez^{70,71}. Zira davacının ölüme bağlı tasarrufun ifasına yönelik talebi ile davalının tenkis talebi, aralarında belli bir ilişki bulunsa da birbirinden bağımsızdır.

Gizli inşaî hükmün ortaya çıkabildiği durum, inceleme konumuz olan tenkis def'i ile de sınırlı değildir. Cezaî şartın indirilmesi (TBK m. 182/3) durumunda da gizli inşaî hükümden bahsetmek gerekir⁷². Buna göre, alacaklının cezaî şartın tahsili için açmış olduğu davada 'aşırı'

⁷⁰ Alman hukukunda, gizli inşaî hükmün yer aldığı eda davalarında eda hükmünün icrası için kesinleşme gerekip gerekmediği, § BGB 315 kapsamında açılan davalar bakımından tartışılmıştır. İfanın konusuna ilişkin içeriğin mahkemece belirlenmesi amacıyla açılan inşaî dava ile (§ BGB 315), belirlenen içeriğin ifasına yönelik eda davasının birlikte açılabilmesi (ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21); ancak bu ihtimalde inşaî davada kurulacak olan hüküm kesinleşmeden eda hükmü verilemeyeceği ifade edilmektedir (ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21). Zira inşaî hükmün etkisi, ancak hükmün kesinleşmesi ile birlikte ortaya çıkar. Bununla birlikte, davacının, ifanın konusuna ilişkin içeriği kendisi belirleyerek sadece ifa davası açması durumunda ise, mahkemenin kuracağı hükümde ayrıca "gizli inşaî hüküm" yer alır. Çünkü eda davası hakkında karar verilmesi ile ifanın konusuna ilişkin içerik de belirlenmiş olur (Karş. ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21). İşte bu davada kurulan eda hükmünün, (her ne kadar inşaî etkinin gerçekleşmesi için hükmün kesinleşmesi gerekse de) kesinleşmesi beklenmeden icrasına karar verilebileceği Alman hukukunda kabul edilmektedir (ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ASSMANN, vor § 253, Rdnr. 21; WURDINGER, § 315, Rdnr. 49).

⁷¹ Hüküm kesinleşmeden icra edilebileceğinden, hükmün kanun yoluna taşınması durumunun icra işlemlerine etkisi hakkında da kısaca bilgi vermek gerekir. Davalı daha fazla bir oranda saklı payının ihlâl edildiğini iddia etmesine rağmen, mahkeme iddia edilenden daha az bir oranda tenkise karar vermiş ve diğer şartlar da mevcutsa istinaf yoluna başvurulabilir (HMK m. 341). Bölge Adliye Mahkemesi'nin kararı da şartları varsa temyiz edilebilir (HMK m. 361). Borçlu, ilâmın icrasını durdurabilmek için İcra ve İflâs Kanunu'nun 36. maddesi kapsamında icranın geri bırakılması talebinde bulunabilir (İİK m. 36; HMK m. 350/1 ve HMK m. 367/1). Eğer bu yönde bir talep mevcut değilse veya bu talep reddedilmişse icra işlemleri devam eder. Hükmün tamamen icra edilmiş olması durumunda ise, eğer hüküm bölge adliye mahkemesi tarafından kaldırılır veya yeniden esas hakkında karar verilir ya da temyiz üzerine bozulup da davalının hiç veya o kadar borcu olmadığına ilişkin karar kesinleşirse, icra tamamen veya kısmen eski hâline iade olunur (İİK m. 40/1).

⁷² GOTTWALD, § 343, Rdnr. 1; SOGO, s. 60.

bulunan cezaî şart indirilir^{73,74} (TBK m. 182/3). İndirim yapıldıktan sonra davalının aleyhine eda hükmü kurulur. Cezaî şartın ‘aşırı’ olduğu için indirildiği hususu da gerekçede belirtilir. İşte hüküm fıkrasından örtülü bir biçimde anlaşılan inşâi etki⁷⁵, esasen eda hükmünün gerekçesinde ortaya çıkmaktadır^{76,77}.

C. Kesin Hüküm Bakımından Değerlendirme

Ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında kurulacak olan hükmün, davalının savunma olarak ileri sürdüğü tenkis def’inin konusunu oluşturan tenkis hakkı bakımından kesin hüküm etkisine sahip olup olmadığı hususu üzerinde durulması gerekir⁷⁸.

⁷³ Miras hukukundaki tenkisin aksine mahkeme talep olmadan dahi cezaî şartın indirilmesine karar verebilir (TBK m. 182/3). Burada kısaca cezaî şartın indirilmesi için açılan davanın niteliği hakkında ÖNEN tarafından ileri sürülen görüşü de aktarmakta fayda vardır. Yazar, bu davayı inşâi dava olarak nitelendirdikten sonra (s. 101) bu davalarda tespit unsurunun (sözleşmedeki bir unsurun tespit edilmesi) daha ön plânda olduğu gerekçesiyle görünüşte bir tespit hükmünün bulunduğunu imâ ederek inşâi karakterin bunun arkasına gizlendiğini belirtip nihayet bu davanın “örtülü inşâi dava” niteliğinde bulunduğunu ifade etmiştir (s. 101). Yazarın Alman hukukuna dayandırdığı bu kavram kanaatimce “gizli inşâi hüküm”den farklıdır. Zira cezaî şartın indirilmesi davasında tek bir hüküm vardır. Oysa eda davasının açılması ile ortaya çıkabilecek gizli inşâi hükümde ise eda veya tespit hükmünün yanında ayrıca gerekçede etkisini gösteren gizli inşâi hüküm bulunmaktadır.

⁷⁴ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, cezaî şartın indirilmesi davasının da aralarında bulunduğu kimi davalar için şöyle demektedir: “Bu durumlarda inşâi bir dava açılabilmesi gibi açılmış bir eda dâvasında dâvalı tarafından inşâi hüküm talep edilebilir.” (s. 209); benzer şekilde bkz. ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

⁷⁵ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12.

⁷⁶ ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 12; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 209; KLEINSCHMIDT, s. 278.

⁷⁷ Cezaî şartın ‘aşırı’ bulunmayarak davacının talebinin kabul edilmesi durumunda ise ortada sadece eda hükmü mevcuttur (Karş. GOTTWALD, § 343, Rdnr. 1).

⁷⁸ Tenkis savunması hakkında mahkemece verilecek kararın esasen inşâi etkiye sahip olduğu belirtilmişti. Ancak genel olarak inşâi hükümlerin inşâi etki yanında ayrıca kesin hüküm etkisine de sahip olduğu bugün öğretilde çoğunluk tarafından kabul edilmektedir (ÖNEN, s. 184 vd; ROSENBERG / SCHWAB / GOTTWALD, § 92, Rdnr. 14; ALTHAMMER, Christoph in: Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, B. 4, Ed: STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, §§ 271-327, Tübingen, 2018, § 322, Rdnr. 58; BUSCHER, Wolfgang, Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Fünfter Band, Teilband 1, (§§ 300-329), 4. Aufl, Ed: WIECZOREK, Bernhard / SCHUTZE, Rolf A, Berlin/Boston, 2015, § 322, Rdnr. 42; ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM,

İsviçre Federal Mahkemesi, gizli inşâî hükmü konu alan bir uyuşmazlığa ilişkin davada, davalının savunması hakkında mahkeme tarafından yapılan tespitin (tespit gerekçede bulunsa bile) kesin hüküm etkisi bulunduğu karar vermiştir⁷⁹. Bu karar öğretilerde eleştirilmiştir. Diğer inşâî davaların aksine, burada inşâî hakkın varlığı veya yokluğu hakkında mahkeme kararının kesin hüküm etkisi olmadığı⁸⁰; zira davalının savunması hakkında verilen karar ön soruna ilişkin bir karar olup, ön sorunlar hakkında verilen kararların ise kesin hüküm etkisine sahip olmadığı ifade edilmiştir⁸¹.

Gerçekten bir davada kural olarak, davalı tarafından ileri sürülen itiraz ve def'iler için kesin hüküm etkisi ortaya çıkmaz⁸². Çünkü mahkemenin bu savunma sebepleri hakkında ulaştığı sonuçlar hüküm fıkrasında değil hükmün gerekçesinde yer alır⁸³. Oysa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bir hüküm, davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında kesin hüküm oluşturur. Nitekim öğretilerde de, kesin hükmün hüküm fıkrasıyla sınırlı olduğu görüşü hâkimdir⁸⁴. İnceleme konumuzla ilgili olarak, tenkis savunmasına ilişkin kararın hüküm fıkrasında yer alıp alamayacağı meselesi üzerinde de durulmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre,

s. 210; DIRENISA, s. 53 vd; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral, "İnşai Karar ve Özellikleri", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004, s. 565).

⁷⁹ BGE 67 II 207, 214.

⁸⁰ SOGO, s. 61.

⁸¹ SOGO, s. 61.

⁸² DODORER, Hans-Joachim, "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", NJW, 1991. s. 878 vd; UMAR, Şerh, s. 885; hükmüle mantikî bağ içinde bulunan gerekçenin de kesin hüküm etkisinde kaldığı görüşünden hareket edilerek davalının itiraz ve def'i savunmalarının da kesin hüküm kapsamında kabul edilebileceği hakkında bkz. ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 560.

⁸³ UMAR, Bilge, "İsviçre – Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 33, S. 3-4, 1967, s. 239.

⁸⁴ Bu konudaki görüşler için toplu olarak bkz. ERDOĞAN, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Yetkin, Ankara, 2017, s. 143; ayrıca bkz. ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, Kesin Hükümün Objektif Sınırları, İstanbul, 2009, s. 49 vd; gerekçe ve kesin hüküm arasındaki ilişki için ayrıca bkz. ZEUNER, Albrecht, Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge, Tübingen, 1959. s. 6 vd; MERİÇ, Nedim, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", MİHDER, S. 7, 2007, s. 420 vd.

davalının savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasına geçirilip geçirilmemesi mahkemenin takdirindedir⁸⁵. Ancak bu yaklaşım, talepten farklı bir şeye karar verilemeyeceğine ilişkin kurala aykırı olması sebebiyle eleştirilmiştir⁸⁶. Kanaatimce İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşüne üstünlük tanınmalıdır. Zira davalı, tenkis def'î ile bir anlamda yapmış olduğu savunma hakkında inşaî hüküm verilmesini talep etmiş olmaktadır. Davalının burada karşı dava açmaması, Kanun'un dava konusu hakkın def'î yoluyla ileri sürülmesine izin vermesinden kaynaklanmaktadır. Gerek tenkis davasının kabulü gerekse davalının ileri sürdüğü tenkis def'înin haklılığının tespiti aynı sonuçları doğurur. Zira tenkis def'î ile tenkis davasının konusu aynıdır⁸⁷. Dolayısıyla davalının def'î yoluyla yaptığı savunma hakkında - sanki o konuda tenkis davası açılmış gibi - mahkemenin vereceği kararın hüküm fıkrasında gösterilmesi (kesin hükmün kapsamı hakkında tereddütleri ortadan kaldıracığı için) isabetli olacaktır^{88,89}. Hüküm fıkrasında yer alması sebebi ile tenkis savunması hakkındaki mahkeme kararı kesin hüküm etkisine sahip olur.

Tenkis savunması hakkındaki mahkeme kararının hüküm fıkrasında değil de sadece gerekçede yer aldığı faraziyesinde dahi kesin hüküm bakımından aynı sonuca varılmalıdır. Başka bir anlatımla, mahkeme tarafından yapılan ve gerekçede yer alan tespit, davalının tenkis isteme hakkının bulunup bulunmadığı konusunda kesin hüküm etkisine sahip

⁸⁵ BGE 67 II 207, 214.

⁸⁶ SOGO, s. 61.

⁸⁷ Bkz. yuk. I.

⁸⁸ Esasen karşı dava açılmadan da davalının savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasında belirtilmesi gerektiği, öğretide takas savunması bakımından ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, takas savunmasına konu olacak miktarının davacının alacağından daha az olması durumunda, mahkeme tarafından takas oranında alacağın bulunduğu tespit ve kalan miktar için eda hükmü verilmesi gerekir ve böylece her iki alacağın varlığına ilişkin tespit de kesin hüküm kapsamında kalır (MERİÇ, Neditim, "Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar", MİHDER, S. 26, 2013, s. 74, 75).

⁸⁹ Karş. "[...] Yargılama sırasında, miktar belirtilmeden birikişi raporunda belirtilen miktar üzerinden harcın tamamlanması için süre verildiği, davacı tarafça harç ikmali yapıldığı, yargılama sonunda ise kabul edilen tenfiz değeri açıklanmadan hüküm kurulduğu belirlenmektedir. O halde; mahkemece; vasiyetnamenin tenfizi ve tenkise yönelik bedel tahsiline ilişkin aynı zamanda hüküm kurulacağından [...]" Yarg. 3. HD, 13.12.2018, E. 2018/5638, K. 2018/12761 (www.kazanci.com.tr).

olmalıdır. Nitekim kesin hüküm hüküm fıkrasıyla sınırlı olması kuralının bazı istisnaları vardır. İlk olarak, hükümle mantıkî bağ içinde bulunan gerekçenin kesin hüküm etkisine sahip olduğu kabul edilmektedir⁹⁰. Yine davanın hangi sebeple reddedildiğinin belirlenebilmesi için hüküm gerekçesine bakılmalıdır⁹¹. Ölüme bağlı tasarruf ile mirasçının saklı payının tamamı ihlâl edilirse dava reddedilir. Davanın reddi kararında, ret sebebinin yer aldığı hüküm gerekçesinin kesin hüküm kapsamına dâhil olması sebebiyle, mirasbırakanın tasarrufunun davalı mirasçının saklı payını ihlâl ettiği hususu kesin hüküm kapsamında kalır. Mirasbırakanın tasarrufu davalı mirasçının saklı payının bir kısmını ihlâl etmiş ise, ihlâl edilen miktar indirildikten sonra kalan miktarın davalı tarafından verilmesine hükmedilir. Aslında gerekçede tespit edilen hususun kesin hüküm kapsamında kalması bakımından, davanın saklı payın ihlâl edilmesi sebebiyle kısmen veya tamamen reddedilmesi arasında bir fark yoktur. Eğer dava kısmen reddedilirse de, davacının talep etmiş olduğu şeyin bir kısmının reddedildiği hüküm fıkrasında yer alır ve bu redde ilişkin gerekçe de hüküm fıkrasında belirtilir. Dolayısıyla gerekçede yer alan saklı payın ihlâl edildiğine ilişkin tespit kesin hüküm kapsamında kaldığı kabul edilmelidir.

Tenkis savunması haklı bulunmaz ise (ve maddî hukuka ilişkin diğer şartlar da mevcutsa) davanın kabulüne karar verilir. Bu durumda, mirasbırakanın tasarrufunun davalı mirasçının saklı payını ihlâl etmediğine ilişkin gerekçede yer alan tespit ile hüküm arasında zorunlu mantıkî bağ olduğu ve dolayısıyla söz konusu tespit kesin hüküm etkisine sahip bulunduğu kabul edilmelidir. Bu kabulün pratik sonucu da vardır: Tenkis savunmasının haklı bulunmadığına ilişkin tespit ile ölüme bağlı tasarrufun saklı payı ihlâl etmediği (tenkis isteme hakkının bulunmadığı) ortaya çıkar ve kesin hüküm sebebiyle davalı daha sonra (hak düşürücü süre

⁹⁰ UMAR, Şerh, s. 888 vd; GÜRDOĞAN, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960; s. 43 vd; KARSLI, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014, s. 538; ATALI, Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017, s. 2059; ATALI / ERMENEK / ERDOĞAN, s. 560; ÖZKAYA-FERENDECİ, Kesin Hüküm, s. 50 vd; MERİÇ, Kesin Hüküm, s. 423; DİRENİSA, s. 99 vd; ERDOĞAN, s. 144.

⁹¹ ÖZKAYA-FERENDECİ, Kesin Hüküm, s. 180; MERİÇ, Kesin Hüküm, s. 421 vd; DİRENİSA, s. 98.

dolmamış olsa bile - TMK m. 571/1-) tenkis davası açamaz. Eğer tenkis davası açılırsa, kesin hüküm sebebiyle davanın usûlden reddine karar verilir (HMK m. 114/1-i)⁹².

Buraya kadar yapılan açıklamalar, tenkis savunması yapılması üzerine mahkemenin bu savunma hakkında yapacağı tespitin kesin hüküm etkisinin bulunup bulunmadığı hususuyla ilgiliydi. Şimdi ise davada tenkis savunmasının yapılmamış olması üzerinde durulmalıdır. Acaba davada tenkis def'î ileri sürülmez ve dava kabul edilirse, hükmün kesinleşmesinden sonra davalı (eğer hak düşürücü süre dolmamışsa) tenkis davası açabilir mi? Bu soru esasen kesin hükmün zaman bakımından sınırlarıyla ilgilidir. Tarafların iddia ve savunmalarını yargılamaya getirebilecekleri son zaman kesiti, kesin hükmün zaman bakımından sınırını oluşturur⁹³. Bu zaman kesitine kadar mevcut olan ancak yargılamaya getirilmeyen vakıaların sonraki yargılamada ileri sürülmesi, kesin hükmün sukut etkisi sebebiyle mümkün değildir⁹⁴. Kesin hükmün sukut etkisi, hem davacının istemini haklı gösteren vakıalar hem de davalının savunma sebepleri (itiraz ve def'î) bakımından ortaya çıkar⁹⁵. Bir davada davalının inşâî hakkını kullanma imkânı varken bunu kullanmaması durumunda hükmün kesinleşmesinden sonra bu inşâî hakkı kullanıp kullanamayacağı meselesi tartışmalıdır⁹⁶. Bir görüşe göre, kesin hükmün sukut etkisi sebebiyle söz konusu inşâî hak ortadan kalkar⁹⁷. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, eğer burada sukut etkisi kabul edilirse, yenilik doğuran hakkın ileri sürülmesine ilişkin maddî hukukta düzenlenen süre usûl

⁹² Tersine bir durumda, yani tenkis isteme hakkının bulunduğu tespit edilmesi ve bunun kesinleşmesinden sonra ilk davada davalı konumunda bulunan mirasçının daha sonra tenkis davası açması inşâî etki sebebiyle mümkün değildir. Zira o inşâî hak ilk yargılamada kullanılmış ve varlığı tespit edilerek inşâî etki ortaya çıkmıştır. (İnşâî kararların, ilişkin olduğu dava hakkını sona erdirmesi ile ilgili genel olarak bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, s. 575).

⁹³ ALANGOYA / YILDIRIM / DEREN-YILDIRIM, s. 565; ATALI, s. 2072; ÖZKAYA-FERENDECİ, Hamide Özden, "Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007. s. 191.

⁹⁴ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 5; UMAR, Bilge, İrade Fesadı, s. 240; ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 185.

⁹⁵ BUSCHER, § 322, Rdnr. 171.

⁹⁶ Bu konuda bkz. ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 188 vd.

⁹⁷ BUSCHER, § 322, Rdnr. 179; ÖZKAYA-FERENDECİ, Zaman İtibariyle, s. 190.

hukuku tarafından kısaltılmış olur ki bu sonuç adil değildir⁹⁸. Üstelik inşaî hakkın daha sonra kullanılması artık yeni bir vakia olarak değerlendirilmelidir⁹⁹. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kesin hüküm bir davada ileri sürülen taleplerden, sadece hükme bağlanmış olanlar hakkında ortaya çıkar. Gizli tenkis davası olarak değerlendirdiğimiz tenkis def'i ileri sürülmemiş ise, mahkeme de o konuda bir karar veremeyecek ve bu konuda kesin hüküm ortaya çıkmayacaktır. Dolayısıyla aleyhine açılan ölüme bağlı tasarrufun ifası davasında tenkis def'ini ileri sürmeyen davalı mirasçının, daha sonra (hak düşürücü süre içinde olmak şartıyla) tenkis davası açabilmesine izin verilmelidir.

SONUÇ

Çalışmada, yargılamada ileri sürülen tenkis def'i, medenî usûl hukuku bakımından gösterdiği özellikler yönüyle incelenmiştir. Bu incelemenin sonucunda, tenkis def'i ile tenkis davasının büyük ölçüde benzer etkiler gösterdiği tespit edilmiştir. Nasıl ki tenkis davası ile inşaî etki ortaya çıkmakta ise, eda davası niteliğinde olan ölüme bağlı tasarrufun ifası amacıyla açılan davada tenkis savunmasının haklı bulunması durumunda da aynı inşaî etki ortaya çıkmaktadır. Zira her iki durumda da ölüme bağlı kazandırma geçersiz duruma gelmektedir. Tenkis def'i ile tenkis davası arasındaki benzerlikten hareket edilerek, tenkis davası açabilecek olan kişilerin (örneğin saklı paylı mirasçının alacaklısının) kural olarak tenkis def'i ileri sürebilmelerinin mümkün olduğu tespit edilmiştir.

Tenkis davasında hüküm fıkrasında ortaya çıkan inşaî etki, tenkis def'inin ileri sürüldüğü davada ise verilen kararın gerekçesinde ortaya çıkar. Tenkis def'i hakkındaki tespitin hükümde yer almayıp gerekçede bulunması sebebiyle inşaî etki gerekçeye gizlenmiştir. Eda davalarında inşaî etkinin ortaya çıkmasına neden olan tenkis savunması, davalının diğer savunmalarından (zamanaşımı, takas gibi) bu yönüyle ayrılmaktadır.

⁹⁸ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 4; bu ve başka gerekçelerle inşaî hakkın daha sonra kullanılabilmesi hakkında ayrıntılı olarak bkz. UMAR, İrade Fesadı, s. 240 vd.

⁹⁹ ROSENBERG/SCHWAB/GOTTWALD, § 156, Rdnr. 4.

Eda hükmü ve gerekçeye gizlenen inşaî hükmün aynı dava içinde etkileşim içinde bulunması, tenkis savunması hakkında yapılan ancak hüküm fıkrasında yer almayan tespitin kesin hüküm kapsamında kalıp kalmayacağı sorusunu akla getirebilir. Esasen bu soru, genel olarak eda davalarında inşaî etkinin ortaya çıkabildiği diğer durumlar (cezaî şartın tahsiline ilişkin davada, bu şartın fahiş bulunması sebebiyle indirilip eda hükmü kurulmasında olduğu gibi) için de düşünülebilir. Davalının savunmasına ilişkin tespitlerin gerekçede yer alması sebebiyle, bu tespitlerin kesin hüküm kapsamında kalmadığı şeklinde bir düşünce, hüküm fıkrasıyla mantıkî bir bağ içinde bulunan gerekçenin de kesin hüküm etkisini haiz olacağı yaklaşımı karşısından uygun bir çözüm olmaz. Ne var ki, bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak için tenkis savunması hakkındaki kararın - sanki o konuda bir tenkis davası açılmış gibi- hüküm fıkrasında gösterilmesi uygun olacaktır. Böylece öğretide karşı dava açılmadan ileri sürülen takas savunması hakkındaki kararın hüküm fıkrasında gösterilmesi gerektiğine ilişkin yaklaşımın¹⁰⁰, tenkis savunması bakımından da uygun olacağı sonucuna varılmıştır.

¹⁰⁰ Bkz. yuk. III, B.

KAYNAKLAR

- Alangoya, Yavuz / Yıldırım, M. Kâmil / Deren-Yıldırım, Nevhis: Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul, 2011.
- Albaş, Hakan, "Miras Hukukunda İptal ve Tenkis Def'i", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 18, S. 3, 2012 (s. 143-162).
- Althammer, Christoph in: Kommentar zur ZPO, 23. Aufl, B. 4, Ed: STEIN, Friedrich / JONAS, Martin, §§ 271-327, Tübingen, 2018.
- Antalya, Gökhan / Sağlam, İpek, Miras Hukuku, C. III, 4. Bası, Ankara, 2019.
- Assmann, Dorothea in: Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Vierter Band, (§§ 253-299a), 4. Aufl, Ed: Wiczorek, Bernhard / Schutze, Rolf A, Berlin/Boston, 2013.
- Arslan, Ramazan / Yılmaz, Ejder / Taşpınar Ayvaz, Sema / Hanağası, Emel, Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2018.
- Atalı, Murat, Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Erdoğan, Ersin, Medenî Usûl Hukuku, 2. Bası, Ankara, 2019.
- Ayan Mehmet, Miras Hukuku, 9. Bası, 2016.
- Berki, Şakir, "Türk Medeni Kanunu'nda Mahfuz Hisse Çeşitleri ve Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, 1969 (s. 215-236).
- Bulut, Uğur, Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması, Ankara, 2017.
- Buscher, Wolfgang in: Zivilprozessordnung und Nebengesetze Großkommentar, Fünfter Band, Teilband 1, (§§ 300-329), 4. Aufl, Ed: Wiczorek, Bernhard / Schutze, Rolf A, Berlin/Boston, 2015.
- Buz, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005.
- Bohnet, François / Droese, Lorenz, Präjudizienbuch ZPO, Bern, 2018.
- Bötticher, Eduard, Die Wandlung als Gestaltungsakt, Heidelberg, 1938.
- Blomeyer, Wolfgang/Rolfs, Christian/Otto, Klaus, Betriebsrentengesetz, 7. Auflage, München, 2018.
- Dauner-Lieb, Barbara / Dötsch, Wolfgang, "Prozessuale Fragen rund um § 313 BGB", NJW, 2003 (s. 921-927).

- Direnisa, Efe: Die Materielle Rechtskraft im deutschen und türkischen Zivilverfahrensrecht, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2012.
- Dişel, Buse, Dava Takip Yetkisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, 2019.
- Dodorer, Hans-Joachim, "Auswirkungen materieller Rechtskraft auf Einwendungen und Einreden", NJW, 1991.
- Erdoğan, Ersin, Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara, 2017.
- Eren, Fikret, Türk Medeni Hukukunda Tenkis Davası, Ankara, 1973.
- Fankhauser, Roland in: CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht -Erbrecht- 3. Aufl, Hrsg: Breitschmid, Peter / Rumo-Jungo, Alexandra, 2016.
- Gernhuber, Joachim, Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen Drittwirkungen, Tübingen, 1989.
- Gottwald, Peter in: Münchener Kommentar zum BGB, B. III, 8. Aufl, 2019.
- Göksu, Tarkan, "Rechtsbegehren in erbrechtlichen Klagen", Anwaltsrevue, 2020 (s. 74-78).
- Gürdoğan, Burhan, Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara, 1960.
- Hattenhauer, Christian, Einseitige private Rechtsgestaltung, Tübingen, 2011.
- İmre, Zahit / Erman, Hasan: Miras Hukuku, 13. Basım, İstanbul, 2017.
- Karslı, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, 4. Bası, İstanbul, 2014.
- Kazancı, İdil Tuncer / Öcal Apaydın, Bahar, "Mirasçıların Alacaklılarını Koruyan Davalar ile Tasarrufun İptali Davası İlişkisi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı C. 2, 2015 (s. 775-808).
- Kleinschmidt, Jens, Delegation von Privatautonomie auf Dritte, Tübingen, 2014.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Miras Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1987.
- Krämer, Andrea, Der Widerruf im Arbeitsrecht, Berlin, 1998.
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. I).
- Kuru, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. II).

- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, 6. Bası, İstanbul, 2001 (C. V).
- Kuru, Baki, *İcra ve İflâs Hukuku El Kitabı*, 2. Bası, Ankara, 2013 (*El Kitabı*).
- Kuru, Baki, *Medenî Usûl Hukuku El Kitabı*, C. I, Ankara, 2020.
- Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl, Berlin-Heidelberg, 1992.
- Meriç, Nedim, "Türk Hukukunda Maddî Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları", MİHDER, S. 7, 2007 (s.377-434) (*Kesin Hüküm*).
- Meriç, Nedim, "Takas Alacağı Hususunda Teksif İlkesinin Uygulanma Sorunu ve Yol Açtığı Tartışmalar", MİHDER, S. 26, 2013 (s. 57-77) (*Takas*).
- Minnig, Yannick in: OFK - Orell Füssli Kommentar ZGB, 3. Aufl, 2016.
- Nar, Ahmet, *Türk Miras Hukukunda Tenkis*, İstanbul, 2016.
- Nunner-Krautgasser, Bettina: "Haftungsrechtliche Unwirksamkeit infolge Insolvenzanfechtung und ihre Tragweite in der Insolvenz des Anfechtungsgegners", ZIK Spezial - Insolvenzrecht und Kreditschutz 2015, ed: Konecny Andreas, Wien, 2015 (s. 129-145).
- Oğuzman, M. Kemal, *Miras Hukuku*, 6. Bası, İstanbul, 1995.
- Önen, Ergün, *İnşâî Dâva*, Ankara, 1981.
- Özkaya Ferendeci, Hamide Özden: *Kesin Hükümün Objektif Sınırları*, İstanbul, 2009 (*Objektif*).
- Özkaya Ferendeci, Hamide Özden: "Kesin Hükümün Zaman İtibariyle Sınırları", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul, 2007. s. 191. (*Zaman İtibariyle*).
- Pekcanıtez, Hakan, *Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara, 1992 (*Müdahale*).
- Pekcanıtez, Hakan, *Belirsiz Alacak Davası*, Ankara, 2011.
- Pekcanıtez, Hakan, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 15. Bası, İstanbul, 2017 (*Pekcanıtez Usûl*).
- Pekcanıtez, Hakan / Taş Korkmaz, Hülya, *Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku*, C. II, 15. Bası, İstanbul, 2017.
- Pichler, Markus, "Rechtsfragen im Zusammenhang mit den Fristen zur Ungültigkeitsklage und zur Herabsetzungsklage", *Anwaltsrevue* 2020 (s. 63-68).

- Postacioğlu, İlhan E / Altay, Sümer, *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 7. Bası, İstanbul, 2015.
- Rosenberg, Leo / Schwab, Karl Heinz / Gottwald, Peter, *Zivilprozessrecht*, 18. Aufl, München, 2018.
- Schlosser, Peter, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile*, Bielefeld, 1966.
- Seibert, Ulrich, "Auslegung und Inhaltskontrolle arbeitsvertraglicher Verweisungen", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, 1985 (s. 730-733).
- Serozan, Rona / Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 6. Bası, Ankara, 2019.
- Simil, Cemil, *Belirsiz Alacak Davası*, İstanbul, 2013.
- Sogo, Miguel, *Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile des materiellen Rechts und ihre Auswirkungen auf das Verfahren*, Zürich, 2007.
- Sungurtekin Özkan, Meral, "İnşai Karar ve Özellikleri", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara, 2004 (s. 553-376).
- Tanrıver, Süha, *Medenî Usûl Hukuku*, C. I, 2. Bası, Ankara, 2018.
- Turan Başara, Gamze, "Ölüme Bağlı Tasarrufların Tenkisi ve Tenkis Davası", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, S. 27, 2016.
- Umar, Bilge, "İsviçre – Türk Hukukunda İrade Fesatları Karşısında Hâkimin Rolü", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 33, S. 3-4, 1967.
- Umar, Bilge, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, 2. Bası, Ankara, 2014.
- Üstündağ, Saim, *İddia ve Müdafaa'nın Değiştirilmesi Yasağı*, İstanbul, 1967.
- Üstündağ, Saim, *Medeni Yargılama Hukuku*, 7. Bası, İstanbul, 2000.
- Würdinger, Markus in: *Münchener Kommentar zum BGB*, B. III, 8. Aufl, 2019.
- Zeuner, Albrecht, *Die Objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen Rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959.



TEMİNAT AMAÇLI GERİ ALIM HAKKI TESİSİNİN LEX COMMISSORIA YASAĞINA AYKIRI OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Süheyla ZORLU*

Öz

Lex commissoria yasağı, rehinle teminat altına alınmış bir borcun ifasının gerçekleşmemesi halinde, rehin konusu şeyin mülkiyetinin alacaklıya geçeceği yönünde anlaşma yapılamayacağını öngörmektedir. Geri alım sözleşmesinin teminat olarak kullanılması durumunda ise, taşınmazın mülkiyeti devralana geçmekte ve borç ifa edilince devralan devredene geri verme yükümlülüğü altına girmektedir. Yani burada daha sözleşmenin başında taşınmazın mülkiyeti karşı âkide geçmektedir ve taraflar arasında bir inanç sözleşmesi vardır. Bu şekilde tesis edilen geri alım hakkında borçlu borcunu ifa edemezse alacaklının, teminat için temlik edilen şeyi “ifa uğruna edim” olarak kendisinde saklı tutması lex commissoria yasağına aykırı değildir.

Anahtar Kelimeler

Geri Alım Hakkı • Lex Commissoria Yasağı • Teminat • Borçlar Hukuku • İnançlı İşlem

* Dr. Öğr. Üyesi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst. Prof., Necmettin Erbakan University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ szorlu@konya.edu.tr • ORCID 0000-0001-6962-387X

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ZORLU Süheyla, “Teminat Amaçlı Geri Alım Hakkı Tesisinin Lex Commissoria Yasağına Aykırı Olup Olmadığının Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 603-630.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

ASSESSMENT OF EITHER REPURCHASE RIGHT FOR GUARANTEE AGAINST THE LEX COMMISSORIA BAN OR NOT

Abstract

Lex commissoria ban stipulates that if a debt secured by a pledge does not materialize, the property of the pledge (subject) will be transferred to the creditor. If the repurchase agreement is used as a guarantee, the ownership of the immovable passes to the assignee and when the obligation is discharged, the assignee is under a liability to return it to alienator. In other words, the ownership of the immovable is against the contract at the beginning of it and there is a fiduciary agreement between the parties. If the obligator fails to fulfill his debt about the repurchase which is established in this way, the payee's reservation of what is assigned in terms of guarantee as "possession to perform-" is not against the lex commissoria ban.

Key Words

Repurchase Right • Lex Commissoria Ban • Guarantee • Law of Obligations • Fiduciary Transactions

I- GERİ ALIM HAKKI VE HUKUKÎ NİTELİĞİ

Geri alım hakkının tanımına ilişkin ne Türk Medeni Kanununda, ne de Türk Borçlar Kanununda bir açıklama bulunmamaktadır. Yalnızca TMK. m. 736'da "Devir Hakkının Kısıtlamaları" üst başlığı altında, TMK. m. 1009'da "Şerhler" başlığı altında ve TBK. m. 238-239'da "Satış İlişkisi Doğuran Haklar" başlığı altında söz konusu kavrama değinilmektedir. Geri alım hakkı, bir malın mülkiyetini nakleden kişiye tek taraflı bir irade beyanında bulunarak o malı geri alabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır¹. Satıcı burada tek taraflı irade beyanında bulunarak daha

¹ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY- ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 534; SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 419; KİZİR, Mahmut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ' a Armağan- 2. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, İstanbul 2016, s. 1776; BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 147; ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir, 2017, s. 383; GÜRİSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, 2. Baskı, Türk Eşya Hukuku, Ankara, 1984, s. 645; ÇETİNKAYA, Mehmet, "Vefa Hakkı Ve Menkul Hükümünde Sayılan Taşınmazlarda Etkisi", Adalet Dergisi, Sayı: 1, Ankara, 1970, s. 35; GÜÇLÜ, Murat/YALVAÇ, Murat, "Geri Alım Sözleşmesi (Vefa Akdi) İle Bankaların Alacaklarından Dolayı Edindikleri Gayrimenkullere İlişkin Bir Değerlendirme", Bankacılar Dergisi, Sayı:87, İstanbul 2013, s. 19; AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara

önce mülkiyetini devrettiği bir malın yeniden maliki olmaktadır. Bu durum geri alım hakkını alım ve ön alım haklarından ayırır².

Alım, ön alım ve geri alım haklarının hukukî niteliği hakkında çeşitli teoriler ortaya atılmıştır³. Bu teorilerden ilki “ön sözleşme teorisi” dir. Söz konusu teoriye göre geri alım, alım ve önalım hakları ön sözleşme niteliğindedir ve hak sahibi hakkı tek taraflı irade açıklamasıyla kullanınca asıl sözleşme oluşur⁴. İkinci teori öneri teorisi ve TBK. m. 3’te düzenlenmiş olan “öneri (icap)” kavramına dayanır. Buna göre yeni malik ilk malike “öneri” olarak nitelendirilen bir irade beyanında bulunmakta ve ilk malik/ geri alım hakkı lehtar bu beyanı kabul ederek hakkın tesis edilmesini sağlamaktadır⁵. Ancak bu görüş, hak lehtar için kabul süresinin on yıla kadar uzayabileceği, halbuki yeni malikin önerisi ile bu kadar uzun süre bağlılığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı

1983, s. 144; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988, s. 12; ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 7. Basım, İstanbul 2017, s. 127; OLGAC, Senai, Şüf’a Vef’a – İştira Hakları, Olgaç Matbaası, Ankara, 1978, s. 245; ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 7. Basım, İstanbul 2017, s. 127; BAYGIN, Cem, “Yeni Borçlar Kanunu’nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genele Bir Bakış”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 79-80, İstanbul 2011, s. 9; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007, s. 47; TEKİNAY, Selahattin Sulhi, “İştira ve Vefa Hakları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 7-8-9, İstanbul, 1987, s. 517; ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, İstanbul, 2018, s. 181; ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 291; EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 462; HATEMİ, Hüseyin /SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul, 1991, s. 617; AKALP-DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010, s. 27; KARAHASAN, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2007, s. 1282; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954, s. 404; AVCI BRAUN, Cihan, “Türk Borçlar Kanunu Madde 238-242”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s. 1453; NOMER, Haluk Nami, Vefa Hakkı, İstanbul 1992, s. 3; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku-II, 9. Baskı, Ankara 2016, s. 429.

² SİRMEN, s. 419.

³ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. ARSLAN UGAN, Deniz, Geri Alım (Vefa) Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019, s. 16 vd.

⁴ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BUZ, s. 152.

⁵ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Şüf’a Hakkı, İstanbul 1959, s. 9; TANDOĞAN, s. 275; SAYMEN/ELBİR, s. 407; BUZ, s. 152 vd.; DEMİRBAŞ, Feride, s. 253; SEBÜK, s. 30; EREN, s. 447; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 201 NOMER, s. 11.

gerekçesiyle eleştirilmiştir⁶. Zira Türk Borçlar Kanunu önerenin önerisi ile bağlı kalacağı süreye ilişkin bir çerçeve belirlemiştir. Nitekim TBK. m. 5/I hükmüne göre “Kabul için süre belirlenmeksizin hazır olmayan bir kişiye yapılan öneri, zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadar, önereni bağlar”. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu öneri ve kabul beyanları bakımından resmî şekil şartını aramamaktadır; halbuki taşınmazlarda geri alım hakkının tanınması ve kullanılması için resmi şekil şartı gerekmektedir⁷. Üçüncü teori şartlı satış teorisidir. Hem alım, hem ön alım ve hem de geri alım haklarının hukukî niteliği için ortaya atılmıştır. Bu görüşü geri alım hakkı bakımından ele alırsak, geri alım hakkının tesis edilmesiyle hakka konu olan eşyanın satışı gerçekleşmiş olur ve hak lehtarının hakkını kullanması şartın gerçekleştiği anlamını taşır⁸. Söz konusu teoriye ilk olarak getirilmiş olan eleştiri ön alım ve geri alım haklarının hukukî niteliğini belirleme bakımından yeterli olmadığıdır⁹. Ayrıca anılan teori alım, ön alım ve geri alım haklarının ölüme bağlı tasarrufa bağlı olarak düzenlenmesi hususunu da açıklığa kavuşturamamaktadır¹⁰. Yine geri alım hakkı bakımından bu teorinin kabul edilmesi halinde, hakka konu teşkil eden taşınmazın örneğin satış sözleşmesiyle devredilmesinin, TBK. m. 171¹¹ hükmü gereği mümkün olmaması

⁶ DEMİRBAŞ, Harun, s. 48 vd.; SAYMEN/ELBİR, s. 407; FEYZİOĞLU, s. 9 vd.; SEBÜK, s. 30; TANDOĞAN, s. 275.

⁷ SAYMEN/ELBİR, s. 407; NOMER, s. 11; SEBÜK, s. 30; TANDOĞAN, s. 275; FEYZİOĞLU, s. 10.

⁸ BUZ, s. 153; DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar s. 48 vd.; EREN, s. 447; EREN, Borçlar Özel, s. 201; KIRCA, Çiğdem : “Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun’daki Değişiklikler”, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2002, s. 1181 vd.; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959, s. 92; NOMER, s. 12 vd.; SAYMEN/ELBİR, s. 407; SEBÜK, İştira, s. 3 vd.; SİRMEN, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 67 vd.; ŞİPKA, s. 25 vd.; TANDOĞAN, s. 276; TEKİNAY, s. 16 vd.

⁹ ŞİPKA, Şükran Taman, Kanuni Önalım (Şuf’a) Hakkı (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), İstanbul 1994, s. 26; SEBÜK, s. 33; NOMER, s. 14; FEYZİOĞLU, s. 14; TEKİNAY, s. 18.

¹⁰ SEBÜK, s. 34; KIRCA, s. 1182; FEYZİOĞLU, s. 14; NOMER, s. 14; TANDOĞAN, s. 276.

¹¹ “TBK. m. 171- Koşul gerçekleşinceye kadar borçlu, borcun gereği gibi ifasını engelleyecek her türlü davranıştan kaçınmakla yükümlüdür.

gerekir¹². Halbuki geri alım hakkı söz konusu olsa da malik taşınmaz satışa konu edebilir. Burada getirilen bir diğer eleştiri de şartın iradi şart olması nedeniyle borçlar hukuku prensipleri gereğince buna itibar edilemeyeceği yönündedir¹³. Geri alım hakkı tesis edilmişse, hak lehtarı hakkını iradi olarak kullanır ve bu hak kullanılıncaya kadar satış işlemi gerçekleşmez. Söz konusu görüşün kabulü halinde ise gerçekleşip gerçekleşmeyeceği hususu müphem olan bir sonuç sözleşmenin amacı olarak belirlenmiş ve muhataba da şarta bağlı satış ilişkisinin yükümlülükleri yüklenmiş olur ki bu, teoriye karşı sunulan son itirazdır¹⁴. Dördüncü teori satış vaadi teorisidir. Bu teoriye göre yeni malik ilk malike bir satış vaa-dinde bulunur. Ancak bu teori geri alım hakkında, satış vaa-dinden farklı olarak, ilk malikin yeni malike karşı tek taraflı irade beyanında bulunarak hakkını kullanabilmesi nedeniyle eleştirilmiştir¹⁵. Beşinci teori yenilik doğuran hak teorisidir. Doktrinde genel olarak önalm, geri alım ve alım haklarının hukukî niteliğinin kurucu yenilik doğuran hak olduğu benimsenmektedir¹⁶. Yenilik doğuran hakların kaynağı sözleşme ya da kanun olabilir. Geri alım hakkı devredene malın mülkiyetini devretmek için yapılan sözleşmede tanınabileceği gibi, ayrı bir sözleşme olarak da

Koşula bağlı hakkı tehlikeye düşürülen alacaklı, alacağı koşula bağlı olmayan alacaklıların haklarını korumak üzere başvurabilecekleri önlemleri alabilir.

Koşulun gerçekleşmesinden önce yapılan tasarruflar, koşulun hükümlerini zedelediği oranda geçersiz olur.”

¹² SEBÜK, s. 23; ARSLAN UGAN, s. 20.

¹³ NOMER, s. 13; SAYMEN/ ELBİR, s. 407; KIRCA, s. 1181. Ancak bu eleştiriye karşı NOMER, TBK. m. 250’de düzenlenmiş olan beğenme koşuluyla satışı örnek göstere-rek, “... borçlar hukukumuzda iradi şarta bağlı işlemlerin geçersiz olduğuna dair bir hüküm bulunmadığı...” hususunu ifade etmiştir (Bkz. NOMER, s. 13).

¹⁴ SEBÜK, s. 33; TEKİNAY, s. 18.

¹⁵ SAYMEN/ELBİR, s. 406; SEBÜK, s. 31; AYBAY, Aydın/HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 193 vd.; TANDOĞAN, s. 275; TEKİNAY, Makale, s. 509; DEMİRBAŞ, Harun, s. 47; NOMER, s. 12.

¹⁶ BUZ, s. 153 vd. ; DEMİRBAŞ, Feride, “Sözleşmeden Doğan Önalm Hakkı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:2, Ankara 2016, s. 252-253; AVCI BRAUN, s. 1453; DEMİRBAŞ, H., s. 52; AYAN, Eşya, s. 429; AYAN, Mehmet, “Kanuni Şu’fa Hakkı”, Prof. Dr. Halil Cin’e Selçuk Üniversitesi’nde 10. Yıl Hizmet Armağarı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1995, s. 338 vd.; HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 425; SEBÜK, s. 36 vd.; AKALP-DEMİRTABAK, s. 20; TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 89 vd.; KİZİR, s. 1775.

düzenlenmiş olabilir. Her ne kadar Türk Medeni Kanununda “Taşınmaz Mülkiyetinin Kısıtlamaları” başlığı altında düzenlenmiş olsa da, geri alım hakkının yalnızca taşınmazlar üzerinde değil¹⁷, taşınırlarda ve bazı haklar üzerinde tesis edilebilmesi de mümkündür¹⁸. Geri alım sözleşmesi bir taşınmaza ilişkin olarak yapılacaksa geçerli bir şekilde doğabilmesi için resmi şekilde yapılması gerekir (TBK. m. 237/II)¹⁹. Geri alım hakkı satış sözleşmesi ile birlikte tesis ediliyorsa resmî senette yer almalıdır (TST. m. 47/I-a). Ancak geri alım hakkı satış sözleşmesinden sonra düzenlenecekse noterce düzenlenmesi yeterli görülmektedir²⁰ (TST. m. 47/I-b). Sözleşmeden doğan geri alım hakkının devredilmesi, aksine anlaşma olmadığı sürece, mümkün değildir. Ancak miras yoluyla intikal edebilir (TBK. m.

¹⁷ Aksî yönde 14. HD., 22.11.2015, E. 2005/9863, K. 2005/10236, “...Kural olarak; Geri alım (vefa) hakkının konusunu taşınmaz mallar oluşturduğundan Borçlar Kanunu'nun 213. maddesi uyarınca resmi şekilde yapılması zorunludur...”, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁸ Burada önemli olan husus üzerinde hakkın tesis edilebileceği şeyin satım sözleşmesine konu edilebilecek özellikte olmasıdır (ARSLAN UGAN, s. 9). Örneğin 10.1.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6769 sayılı Sınai Mülkiyet Kanununun 148 inci maddesi çerçevesinde sınai mülkiyet hakkı bu şekilde devre konu olabilir. Ancak coğrafi işaret ve geleneksel ürün haklarının devre konu olması mümkün değildir.

¹⁹ Geri alım sözleşmesinin hangi mercii tarafından resmî şekilde yapılacağı konusunda tartışma söz konusudur. Bu mercii Tapu Müdürlükleri olduğunu söyleyen görüş (Bkz. AVCI BRAUN, s. 1454; BAYGIN, s. 10). Tapu Kanununun 26 ncı maddesinin ilk fıkrasına dayanmaktadır. Yargıtay’ın bu görüş çerçevesinde vermiş olduğu kararları da mevcuttur (Bkz. 1. HD., 1.3.1955, E. 1955/768, K. 1955/1170 (OLGAÇ, s. 264)). Geri alım sözleşmesini yapacak olan merciiin hangisi olacağı konusundaki diğer bir görüşe göre ise Tapu Müdürlüğü’nün yanında Noterler tarafından da bu sözleşmenin yapılması mümkündür. Bu görüş ise dayanağını Noterlik Kanunu m. 60/ b. 2’den almaktadır (Bkz. AVCI BRAUN, s. 1454; AYAN, s. 430; ERTAŞ, s. 271; KARAHAN, s. 1283 vd., NOMER, s. 32; TEKİNAY, s. 3; TEKİNAY, Makale, s. 510). Yargıtay’ın bu görüş doğrultusunda kararı da mevcuttur (Bkz. 1. HD., 19.1.1951, E. 1951/3597, K. 1951/243 (OLGAÇ, s. 264); 6. HD., 12.6.1959, E. 1959/97, K. 1959/4555 (TUNABOYLU, Müslim, Önalım (Şu’f’a) Davaları, 5. Baskı, Ankara 2013, s. 771 vd.)).

²⁰ “BGE § 497 geri alım hakkının yapılan satış sözleşmesinde yer almasını düzenlemekte ve “satıcı satış sözleşmesinde geri alım hakkını saklı tutmuşsa” ifadesini kullanmaktadır. Doktrin ise geri alım sözleşmesinin satıştan sonra yapılması imkânını kabul etmektedir. Fakat her halde geri alım anlaşması mülkiyetin devrinden önce yapılmalı ve satışın bir yan sözleşmesi niteliğini taşımalıdır (NOMER, s. 17 vd.) Mülkiyetin alıcıya geçmesinden sonra yapılacak bir geri alım anlaşması, basit bir alım sözleşmesi niteliği taşır” (OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 534, dn. 1131’den naklen).

239/I). Bu hakların devredilebileceği sözleşmeyle kararlaştırılmışsa, devir işlemi hakkın kurulması için öngörülen şekilde yapılmadıkça geçerli olmaz (TBK. m. 239/II).

Geri alım hakkına ilişkin düzenlemede mutlaka taraflar ve geri alma sözleşmesine konu olan eşya belirtilmiş olmalıdır. Ayrıca taraflar geri alım hakkının süresi ve şerh verilmesi hususlarını da sözleşmede düzenlemiş olabilirler²¹. Yine sözleşme kapsamında geri alım bedeli belirlenmiş olabilir. Ancak geri alım bedeli taraflarca belirlenmemişse satış bedeli geri alım bedeli olarak kabul edilir²². Geri alım sözleşmesinde bunların yanı sıra sözleşme süresi hakkında da hüküm konulabilir. Taraflarca sürenin kararlaştırılması zorunlu değilse de, TBK. m. 238 hükmünde 10 yıl azami süre öngörülmüş olduğundan, sözleşmede daha uzun bir süre kararlaştırılması mümkün değildir.

Geri alım hakkı kişisel bir hak doğurduğundan ancak malik ve onun külli haleflerine karşı ileri sürülebilir. Ancak tapu kütüğüne şerh edildiği takdirde taşınmazı devralan herkese karşı ileri sürülebilmesi mümkün hale gelir; bir başka ifadeyle bu durumda eşyaya bağlı bir borç ilişkisi doğmuş olur²³ (TMK. m. 736).

²¹ TBK. m. 238'e göre geri alım hakkı en fazla on yıl için kararlaştırılabilir.

²² SİRMEN, s. 420; NOMER, s. 35; ARSLAN UGAN, s. 52. HGK., 9.12.1987, E. 1987/464, K. 1987/912, "... lüzumu halinde aynı bedelle ... devredilmek ve bu husus temin etmek için Medeni Kanununun 660. Maddesi uyarınca vefa hakkı tanımak ve aynı madde uyarınca tapu siciline kaydedilmek" şeklindeki düzenleme, davacı Hazinesinin vefa hakkının mutlak niteliğini ortadan kaldırmamaktadır..." (<http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?t=65401>, E.T. 1.11.2019); 6. HD., 18.6.1984, E. 1984/5382, K. 1984/7302, "...Tapu sicilindeki kayda göre, Vefa hakkı, aynı bedelle geri alma şartıyla tesis olunmuştur. Taşınmaz üzerine yapılacak tesisler de tarafların anlaşmalarında belirtilmiştir. Davalı B., bu anlaşma hükümleri gereğince vefa hakkını kabul etmiş olmakla üzerindeki tesislerin kıymetinin yüksek olması davaya etkili değildir. Vefa sözleşmesinde, bedel gösterilmese bile, ilk satış bedeli geri satın alma bedelidir..." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

²³ HGK., 9.12.1987, E. 1987/6-464, K. 1987/912, "...Taşınmaz bir malın maliki temlik ettiği bu malını önceden sözleşme ile belirlenen koşullarla yeniden satın alma hakkını saklı tutmuş ise ortada vefa hakkının varlığından söz edilir. Bu koşullar satış bedeline, vefa hakkının süresine vs. ye ilişkin olabilirler. Vefa hakkı tapu siciline şerh edilirse aynı hak gücünü kazanır ve hakkın ilişkin bulunduğu süre içerisinde taşınmaz malı iktisap eden herkese karşı ileri sürülebilir. Vefa sözleşmesi özel sözleşmelerden olup, Medenî Kanunda bu konuda ayrıntılı düzenleme getirilmemiştir. Satış

Geri alım sözleşmesi daha ziyade lex commissoria yasağının bertaraf edilerek kredi ihtiyacının sağlanması amacıyla kullanılmaktadır²⁴. Borç ilişkilerinde teminata duyulan ihtiyaç gereği, örneğin satış sözleşmesinin hükümleri gereği, geri alım sözleşmesi yapılabilmektedir. Örneğin (A) kendisine ait bir taşınmazı (B)'ye satar ve alıcının kararlaştırılan bedeli zamanında ödememe ihtimaline binaen satış sözleşmesiyle birlikte geri alım hakkı tesis ederse, geri alım sözleşmesinin böyle bir amacının var olduğu söylenebilir. Bilhassa vadesinde ifası gerçekleşmeyen banka kredisi geri ödemelerinin yeniden yapılandırılmasında geri alımlı satışlar söz konusu olmaktadır²⁵ Borca karşılık aynı ya da şahsi teminata başvurulması bir takım nedenlerle tercihe şayan görülmeyebilir ve bu nedenle geri alım sözleşmesi yapılabilir²⁶. Bu durumda teminat amaçlı inanca temlik söz konusu olur²⁷. Bu yöntemde her ne kadar taşınmaz iki kez devre konu olacağından, tapu masrafı iki defa ödenecek olsa da²⁸, geri alım hakkı alacağı teminat sağlama amacıyla borç ilişkilerinde yine de sıklıkla söz konusu olabilmektedir. Bilhassa bankalar ve diğer finans kuruluşlarınca kullanılan kredilerden doğan alacakların yeniden yapılandırılması ya da kullanılması öngörülen krediler için geri alım hakkının tesisi ile teminat sağlanması amaçlanır²⁹. Örneğin malik taşınmazının üzerinde ipotek tesisi ederek kredi sağlamak yerine, sahibi olduğu

sözleşmesiyle büyük benzerlikler gösterir..." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası; YKD., C.14, S.10, 1988, s. 1337-1338).

²⁴ AYAN, II, s. 430.

²⁵ NOMER, Haluk Nami, Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex commissoria Yasağı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 2. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2007.

²⁶ Örneğin ipotegün paraya çevrilmesi yolu ile takip işlemlerine bu süreçte çıkması muhtemel hukuki uyuşmazlıklar ve olağan sürecin uzun sürmesi nedeniyle başvurulmak istenmeyebilir. Yine kefil olan kimsenin malvarlığı borcu karşılamaya yetmeme ihtimali, şahsi teminata başvurma yolundan tarafları alıkoyabilir (Bkz. ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968, s. 34 vd.).

²⁷ OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 380; AYAN, II, s. 430; ÖZKAYA, Eraslan, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Baskı, Ankara 2017, s. 38-39.

²⁸ ARSLAN UGAN, s. 111.

²⁹ NOMER, Makale, s. 2007; ÇETİNER, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015, s. 377.

taşınmazını üzerinde geri alım hakkı tesis etmek sûretiyle satar ve belirlenen süre içinde taşınmazın bedelini karşılayabilecek duruma gelince de geri alım hakkını kullanarak taşınmazını yeniden alma imkânını elde eder³⁰. Bazen de kredi borcunun ödenmesi ya da borcun yapılandırılması işlemi kapsamında taşınmazın mülkiyeti banka ya da finans kurumuna devredilerek, genellikle taşınmazın ederi oranında borçlunun kredi borcunun sona ereceği kararlaştırılmaktadır. Bu durum bir görüşe göre Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan takas işlemine benzetilebilir³¹. Zira bu durumda borçlu/malikin bankaya ya da finans kurumuna satmış olduğu (geri alım hakkı saklı tutularak) taşınmazı nedeniyle banka veya finans kurumundan satış bedelini talep etme, banka ya da finans kurumunun da malikten kredi borcunu ödemesini isteme hakkı mevcuttur. Böyle bir durumda ise aynı cins iki alacak söz konusu olduğundan, daha az olan borç nispetinde alacak sona ermiş sayılır³². Taşınmazın satış bedeli ile kredi alacağının takas edilmesi ve kararlaştırılmış olan satış bedelinin nispetinde kredi borcunun sonlanabilmesi neticesinde, borçlu/ hak sahibi yeniden yapılandırılarak taksitlere bölünen kredi borcunu ödemiş olmalıdır ki, geri alım hakkını kullanabilsin³³. Ancak eğer satıcı kararlaştırılan süre içerisinde borcu ödemezse taşınmazın mülkiyeti alacaklıda kalır. Bir başka ifadeyle borçlunun kredi borcunu ya da yapılandırılan borcun tamamını ödememesi halinde banka veya finans kurumu geri alım sözleşmesine konu olan taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkına sahip olmaya devam eder³⁴.

Alacaklı, örneğin bir banka, kredi alacaklarının yeniden yapılandırılması ya da alacağın teminat altına alınması amacıyla geri alım hakkı

³⁰ SİRMEN, s. 408.

³¹ Bkz. NOMER, Makale, s. 2008. Yazara göre takas her ne kadar tek taraflı ve yenilik doğuran bir irade beyanıyla meydana gelmiş olsa da, taraflar anlaşarak bu şekilde de işlem yapılmasını kararlaştırabilirler (NOMER, Makale, s. 2008).

³² NOMER, Makale, s. 2008.

³³ NOMER, Makale, s. 2008. Geri alım hakkının kullanılabilmesinin taksitlerin tamamının ödenmesi şartına bağlanması durumunda, yenilik doğuran bir hakkın şarta bağlı olarak yapılamaması sorunsalı ile karşılaşılır. Ancak belirtmek gerekir ki, lehtarın muvafakatinin bulunması bu kuralın istisnasını teşkil eder (Bkz. NOMER, Makale, s. 2008 vd.).

³⁴ TANDOĞAN, s. 278, KURT, Fatma, s. 140; AYDOĞDU/KAHVECİ, s. 283; ÇETİNER, s. 377; AYANOĞLU MORALI, s. 172 vd.; DERELİ, s. 83.

tesis etmişse, bu işlemin kanuna karşı hile bakımından değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir³⁵. Çünkü tarafların hukuki işleme konu olan taşınmazın alacaklı tarafından satılarak paraya çevrilmesi yönünde anlaşma yapmaları söz konusu olabileceği gibi; yine borcun ödenmemesi halinde taşınmazın mülkiyetinin devralanda kalacağına ilişkin geri alım sözleşmesi ve teminat amacı taşıyan inançlı işlem tesisi yapmış olmaları da ihtimal dahilindedir. Bu yüzden de lex commissoria yasağının ihlâl edilmesi önlenmeli, bunun için fazla olan bedel iade edilmelidir. Satıcı lehine geri alım hakkı tesis edilerek yapılan ve teminat sağlama amacı olan satış sözleşmesinin TMK. m. 873/II’de düzenlenmiş olan lex commissoria yasağı açısından kanuna karşı hile teşkil ettiği ifade edilmektedir³⁶. Bazı yazarlar ise bu işlemin kanuna karşı hile aracı olarak nitelendirilemeyeceğini belirtmişlerdir³⁷. Bu nedenle lex commissoria yasağı hakkında açıklama yapma gereği bulunmaktadır.

II- LEX COMMISSORIA YASAĞININ TANIMI VE KAPSAMI İLE AMACI

A) LEX COMMISSORIA YASAĞININ TANIMI VE KAPSAMI

Lex commissoria yasağı³⁸, rehinle teminat altına alınmış bir borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının rehin konusu şeyin mülkiyetini kazanacağı yönünde anlaşma yapılamayacağını öngörmektedir³⁹. Bu yasağa

³⁵ KUNTALP, s. 159 vd.; AYAN, Eşya, s. 430; ÇETİNER, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015 s. 383; AYANOĞLU MORALI, s. 173; DERELİ, s. 83; HELVACI, İpotek, s. 275; HELVACI, s. 138 vd.; NOMER, s. 38; AKALP-DEMİRTABAK, s. 27 vd.; NOMER, Makale, s. 2013; TEKİNAY, s. 13; TEKİNAY, Makale, s. 518 ADAY, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992. s. 94; ESENER/GÜVEN, s. 291; ERTAŞ, s. 383.

³⁶ HELVACI, Lex commissoria, s. 137 vd.; HELVACI, İpotek Hakkı, s. 274 vd.

³⁷ Bkz. SİRMEN, s. 408, 614.

³⁸ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. HELVACI, İlhan, Türk Medenî Kanununa Göre Lex commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997; KUNTALP, Erden, Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıracı’ya Armağan, İstanbul 1994, s. 151-162.

³⁹ Alacaklının, alacağını elde edemezse malın mülkiyetini devralacağına ilişkin geciktirici şarta bağlı sözleşme yapılmasında da bu durum söz konusu olur (GÜRSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1020).

aykırı olarak yapılan hukukî işlem kesin hükümsüz olur. Zira rehin hakkı, rehne konu olan malın değeriyle ilgilidir⁴⁰.

Lex commissoria yasağı Türk Medenî Kanununun taşınmaz rehnine ilişkin 873 üncü ve taşınır rehnine ilişkin 949 uncu hükümlerinde düzenlenmektedir⁴¹. Dolayısıyla taşınmaz rehninde de mülkiyetin alacaklıya geçişi lex commissoria yasağı kapsamında değerlendirilir. Taşınmaz yükünde de lex commissoria yasağı uygulanmalıdır. Zira taşınmaz yükü de taşınmaz rehni gibi malın değerine yöneliktir. Bu nedenle taşınmaz rehnine ilişkin genel hükümler (TMK. m. 850-880) tamamlayıcı olarak kıyas yoluyla taşınmaz yükünde de uygulanmalıdır ve TMK. m. 873/II bu kapsamdadır. Ayrıca kanundan doğan rehin haklarında da (örneğin EBK. m. 269-TBK. m. 338 ile BK. m. 281/III) lex commissoria yasağı uygulama alanı bulur⁴².

Lex commissoria yasağında iki unsurun varlığı kabul edilmektedir. İlk unsur borç ödenmediğinde rehne konu olan malın mülkiyetinin alacaklıya geçeceği hususunda tarafların anlaşması; ikinci unsur ise söz konusu anlaşmanın borç muaccel olmadan önce yapılmış olmasıdır⁴³. Ancak rehne konu teşkil eden eşya, borsaya kaydedilmiş ya da piyasada cari bir değere sahipse ve ivaz buna göre belirlenmekte ise, alacak muaccel olmadan önce yapılan sözleşmeler geçerli sayılabilir. Burada önemli olan

⁴⁰ SİRMEN, s. 634; SAYMEN/ ELBİR, s. 690; KUNTALP, Erden, Lex Commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kıraç'a Armağan, İstanbul 1994, s. 151. Ancak belirtmek gerekir ki kullanılması tüketime bağlı olan eşyaların rehninde, rehinli alacaklı, bu malları kullanır ya da tasarruf eder, sonrasında ise aynı cinsten malı iade eder. Bu konu hakkında bkz. MAKARACI BAŞAK, Ashı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014, s. 250-251.

⁴¹ Medeni Kanunun anılan maddeleri mehz İsviçre Medeni Kanununun 894 ve 816 ncı maddelerine dayanmaktadır. İsviçre'de bu hükümler yürürlüğünü sürdürmektedir. Doktrin ve yargı kararları ile lex commissoria yasağının uygulama alanı daralmıştır. Bunun nedeni İsviçre hukukunda teminat amaçlı inançlı muamelelerin ya da benzer kurumların lex commissoria yasağı nedeniyle geçersiz kabul edilmemesidir (ATF 56 II 448=JdT 1931 I 304 (OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY-ÖZDEMİR, s. 535, dn. 1134'den naklen).

⁴² HELVACI, s. 71.

⁴³ Bkz. MAKARACI BAŞAK, s. 277-278. Alacağın muaccel olmasından önce sözleşmenin yapılmış olması unsuruna ilişkin olarak Medenî Kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Lex commissoria yasağını öngören TMK. m. 873 hükmünün amacından yola çıkılarak bu unsurun varlığı aranmaktadır. (Bkz. HELVACI, İpotek, s. 264).

husus malın ederinden kalan kısmın rehin verene geri verilmesidir⁴⁴. Bu unsurlara söz konusu sözleşme kaydının alacaklının tatmini için konulması da dahil edilebilir⁴⁵.

Rehin veren rehne konu olan mal üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunmaya devam edebilir. Bir başka ifade ile rehin hakkı, malikin mal üzerindeki tasarruf yetkisini kısıtlamaz. Bu husus TMK. m. 869/I ile TMK. m. 941 hükümlerinden anlaşılmaktadır⁴⁶. Böylece rehin verenin/borçlunun, rehne konu olan malın mülkiyetini rehinli olarak üçüncü bir kişiye geçirebilmesi mümkündür. Ancak rehne konu olan malın mülkiyetini üçüncü bir kişiye değil de alacaklıya geçirmesi halinde lex commissoria yasağı ile karşılaşılacağı sorunu ortaya çıkar⁴⁷. Bu ise yine yasağın kapsamıyla ilgilidir. Zira lex commissoria yasağı rehin verenin mülkiyet hakkı kapsamındaki tasarruflarını değil, rehne konu malın mülkiyetinin “ifa yerine edim” olarak alacaklıya geçmesini engeller⁴⁸. Bu

⁴⁴ MAKARACI BAŞAK, s. 278-279.

⁴⁵ HELVACI, İpotek, s. 264; GÜNEL, Onur K., Lex commissoria Yasağı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1998, s. 18 vd., KUNTALP, s. 153 vd.; SİRMEN, s. 634.

⁴⁶ KUNTALP, s. 156.

⁴⁷ Belirtmek gerekir ki MK. m. 873/II hükmü ile alacağın muaccel olmasından önce yapılan bu sözleşmelerin önlenmesi istenmiştir. Buna karşılık borcun muaccel olmasından önce yapılsa dahi, alacak ile rehne konu taşınmazın satış bedelinin mahsup edilerek alacaklıya taşınmazın devredilmesi durumunda, yapılan sözleşme TMK. m. 873/II hükmüne aykırılık teşkil etmez (AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 753).

⁴⁸ İfa yerine geçen edimde taraflar sözleşmenin kurulmasından sonra, ancak ifadan önce ya da ifa zamanında borçlanılan edimden başka bir edimin yerine getirilmesini, ifa olarak kararlaştırabilirler. Bu bir ifa ikamesidir ve yedek (ikame) edimin ifasıyla borç sona erer. Yedek edimin, asıl alaktan kıymet itibarıyla az ya da çok olmasının önemi yoktur (TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 1088; KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014, s. 597; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 918; AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 363; SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014, s. 90-91). İfa uğruna (İfa amacıyla) edimde ise borçlu alacaklının kabulüyle ifa amacıyla borçlanılan edimden başka bir edimi yerine getirmekte ve alacaklı da bunu kabul etmektedir. Burada paraya çevirerek elde ettiği ya da tahsilini gerçekleştirdiği parayı borçlanılan edime mahsup etmektedir. Ancak ifa yerine edimden farklı olarak borç burada edimin paraya çevrilip alacaklının tatmin edildiği ölçüde sona ermektedir (EREN, Borçlar Genel, s. 918; AYAN, Borçlar Genel, s. 363, SEROZAN, s. 93). İfa uğruna edimde elde edilen meblağın alacağın tamamını

bağlamda rehin verenin/borçlunun rehne konu olan malı alacaklıya satması ya da alacaklının rehinli malı satmakla yetkilendirilmesi⁴⁹ halleri lex commissoria yasağının kapsamı dışındadır⁵⁰.

B) LEX COMMISSORIA YASAĞININ AMACI

Lex commissoria yasağının amacı hakkında doktrinde çeşitli görüşler bulunmaktadır⁵¹. Bu görüşlerden ilki borçlunun aşırı yararlanmaya karşı korunması amacıyla lex commissoria yasağının öngörüldüğünü savunur⁵². Krediyeye ihtiyaç duyan borçlu, rehin verdiği malın değeri borçlandığından fazla olsa da borç ödenmezse mülkiyetin alacaklıya geçeceğine dair bir sözleşme yapmak zorunda kalabilir. Ayrıca daha sözleşmenin başında borçlu iyimser olabilir ve borcu ödeyeceği, böylelikle malın mülkiyetini kaybetmeyeceği düşüncesiyle, kendisini bekleyen tehlikenin farkına varmayarak hareket edebilir⁵³. Dolayısıyla lex commissoria anlaşması yoluyla borçlunun fahiş istismarı söz konusu olabilir⁵⁴, alacaklı

karşılımadığı durumunda açıkta kalan kısım için borç sona erer. Ancak artış olursa bu fazlalık da borçluya iade edilmelidir (AYAN, Borçlar Genel, s. 364). Tartışmanın varlığı halinde alacaklının menfaatine daha uygun düştüğü için tediyeinin ifa uğruna edim olduğu kabul edilir (AYAN, Borçlar Genel, s. 364; EREN, Borçlar Genel, s. 919; TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 1016).

⁴⁹ Buna karşın bir görüşe göre alacaklıya rehinli malı satabilmesi ya da ona malik olması hususunda seçimlik hak verilmesi de lex commissoria yasağına aykırıdır (AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 753).

⁵⁰ KUNTALP, s. 156.

⁵¹ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. KURT, Fatma, Lex commissoria Yasağı, İBD, Yıl: 2008, C. 82, S.1, s. 135 vd.

⁵² UYUMAZ, Alper, Motorlu Taşıtlı Rehni, İstanbul 2012, s. 350; VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, s. 777; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 954; AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku- III, 8. Baskı, Ankara 2017, s. 200; TEKİNAY, Makale, s. 518; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 753. Ancak burada borçlunun aşırı yararlanmaya karşı korunması amacıyla lex commissoria yasağı getirilmiş olsa bile, aşırı yararlanmayı düzenleyen TBK. m. 28'de aranan şartlar aranmalıdır (HELVACI, Lex Commissoria, s. 74).

⁵³ UYUMAZ, s. 350; CANSEL, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Ankara 1967, s. 188; KURT, s. 135; AKİPEK/ AKINTÜRK/ ATEŞ, s. 753; POSTACIOĞLU, İlhan E., İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 536; KUNTALP, s. 153; HELVACI, Lex Commissoria, s. 73.

⁵⁴ DAVRAN, Bülent, Rehni Hukuku Dersleri, İstanbul 1972, s. 18.

borçlunun ödemezlik halinden yararlanabilir⁵⁵. Bu, aynı zamanda ahlâka aykırı bir neticenin önlenmesi amacını da taşır⁵⁶. Rehinli malın değerinin genellikle alacak miktarından fazla olduğu göz önünde tutulursa, lex commissoria yasağının borçlunun istismarının önlenmesi amacıyla olduğu söylenebilir⁵⁷. Dolayısıyla hukukumuzda hakim olan görüşe göre lex commissoria yasağının amacı borçlunun suistimallere, sömürüye ve aşırı yararlanmaya karşı korunmasıdır⁵⁸.

Bir fikre göre ise aşırı yararlanma düşüncesi her ne kadar lex commissoria yasağının düzenlenmesinde etkili olsa da, aşırı yararlanma şartları bu yasağın uygulanması için aranmaz. Bir başka ifade ile TBK. m. 28 (818 sayılı BK. m. 21) hükmünde belirtilen aşırı yararlanma şartları, burada aranmaz. Bu aşırı yararlanma şartları bulunmasa dahi, rehin alanın rehne konu olan malın mülkiyetini kazanacağına dair anlaşma geçersizdir⁵⁹. Ayrıca lex commissoria yasağının söz konusu olabilmesi için alacaklının elde etmiş olduğu menfaat ile rehni veren borçlunun uğramış olduğu zarar arasında aşırı bir nispetsizlik bulunmasına da gerek yoktur. Bir başka ifadeyle rehne konu olan malın mülkiyeti alacaklıya değeri üzerinden geçmiş olsa dahi lex commissoria yasağı uygulanır⁶⁰.

İkinci görüşe göre lex commissoria yasağı borçlunun aşırı yararlanmaya maruz kalmasının önlenmesi değil, alacaklının kendi hakkını korumasına engel olunabilmesi amacıyla öngörülmüştür. Bu görüşü savunan yazarlara göre lex commissoria borcun ödenmemesini yaptırıma bağlayan bir icra sözleşmesidir. Borcun ödenmemesi üzerine rehinli malın

⁵⁵ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1020.

⁵⁶ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 1110; HELVACI, *Lex Commissoria*, s. 73.

⁵⁷ SİRMEN, s. 634; HELVACI, *İpotek*, s. 263; KUNTALP, s. 153. Rehinli alacaklı tarafından rehin verenin sömürülmesine hizmet eder nitelikte olan bir sözleşme ahlâka aykırıdır (HELVACI, *Lex Commissoria*, s. 263).

⁵⁸ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY ÖZDEMİR, s., 954; MAKARACI BAŞAK, s. 273. DAVRAN'a göre lex commissoria yasağının amacı, rehinli malın malikinin, alacağın muaccel olmasından önce rehinli malın satışından başka bir şekilde alacaklıyı tatmin etmeye mecbur bırakılmasıdır. Malik, rehinli malın mülkiyetini mecbur olmaksızın, ihtiyariyle devrederse bu işlem geçerli olur (DAVRAN, s. 19).

⁵⁹ CANSEL, s. 189; KUNTALP, s. 154; HELVACI, *Lex Commissoria*, s. 73–74; MAKARACI BAŞAK, s. 274.

⁶⁰ Aksi yönde kanaat için bkz. KUNTALP, s. 154.

mülkiyetine alacaklının bir mahkeme ilamı ya da resmî merci kararı olmaksızın sahip olması, kendi hakkını koruması olarak değerlendirilmelidir⁶¹. Türk-İsviçre hukukunda lex commissoria yasağının amacının kendi hakkını koruma yasağı ile bağdaştırılması doğru değildir⁶².

Üçüncü görüşe göre ise bu yasak, rehinli alacaklının haksız zenginleşmesinin önlenmesi amacı taşımaktadır. Zira borçluyu aşırı yararlanmaya karşı koruma görüşü, kanun koyucunun ahlâka aykırılığı önlemeye çalıştığını ortaya koymaktadır. Halbuki bunun yanında alacaklının ifadan elde etmesi gereken menfaati aşan bir değer elde etmesini engelleme amacı da göz önünde tutulmalıdır. Bu görüşe göre kanun koyucu lex commissoria yasağı ile rehne konu olan malın alacak miktarını aşan değerine, alacaklının haksız şekilde sahip olmasının önüne geçmeyi amaçlamaktadır⁶³. Alacaklının haksız menfaat elde etme riski rehin sözleşmesinden önce olduğu gibi rehin sözleşmesinden sonra da vardır. Dolayısıyla bu görüşü savunan yazarlara göre rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıya geçmesine dair anlaşma, rehin sözleşmesinden önce ya da sonra yapılması fark etmeksizin her iki aşamada da lex commissoria yasağı ile karşı karşıya kalır⁶⁴.

Bu görüşe göre lex commissoria yasağı bir alacaklının haksız menfaat elde etmesini önlemek amacıyla vardır⁶⁵. Halbuki taşınmaz rehninde göz ardı edilmemesi gereken bir husus söz konusudur. Gerçekten lex commissoria anlaşması bir taşınmaza ilişkinse, taşınmaz üzerinde ipotek tesis etmiş olan diğer alacaklıların haklarını tehlikeye düşürür⁶⁶. Başka bir ifadeyle lex commissoria yasağı her ne kadar bir alacaklının haksız olarak zenginleşmesine neden olsa da, ipotek tesis etmiş olan diğer alacaklıların menfaatlerinin zedelenmesine neden olabilir. Dolayısıyla eğer rehin hukukunda lex commissoria yasağı söz konusu olmasaydı, ipotek sisteminin altüst olması kaçınılmazdı. Bu bağlamda bir görüşe göre taşınmazlar

⁶¹ Bu konu hakkında bkz. KURT, s. 135; HELVACI, Lex Commissoria, s. 74-75.

⁶² HELVACI, Lex Commissoria, s. 75.

⁶³ SAYMEN/ ELBİR, s. 573.

⁶⁴ Bu konu hakkında bkz. KURT, s. 137.

⁶⁵ BERKİ, Şakir, Aynî Haklar, Ankara 1965, s. 136; KURT, s. 136; HELVACI, Lex Commissoria, s. 77; GÜRİSOY/ EREN/ CANSEL, s. 1020; SAYMEN/ ELBİR, s. 549.

⁶⁶ BERKİ, Şakir, Aynî Haklar, Ankara 1965, s. 136.

açısından *lex commissoria* yasağının amacı ipotek sisteminin korunmasıdır⁶⁷. Zira kanun koyucu rehinli malın değeri ile teminat altına alınan alacağın değeri arasındaki muhtemel farkın alacaklıya geçmesine engel olma amacındadır. Bunun sonucunda *lex commissoria* yasağı ile esasında sadece borçlu korunmuş olmaz; malın değerine yönelik bir hak olan rehin hakkının kapsamına ve sisteme uygun şekilde kullanılması da sağlanmış olur⁶⁸. Taşınırlar açısından da bir tek alacaklının bulunması ve rehne konu olan malın değerinin, alacak bedelinden bariz bir şekilde düşük olması halinde dahi *lex commissoria* anlaşması yapılamaz, zira rehinli malın borcun muaccel olmasına kadar rehin verenin mülkiyetinde kalması ve borçlunun başka alacaklılar ile aynı mal için rehin akdi yapabilmesi mümkün olmalıdır. Aksi düşüncenin kabulü rehin verenin bir *medenî* hakkından peşinen feragat etmesi anlamını taşır, bu ise hükümsüzdür (MK. m. 23)⁶⁹.

Lex commissoria yasağının amacının alacaklının haksız zenginleşmesinin önlenmesi olarak kabul edilmesi halinde, tarafların bir bilirkişi marifetiyle rehne konu olan malın değerini belirlemeleri ve bu değer alacağa denk olması halinde, rehne konu malın mülkiyetinin alacaklıda kalacağını kabul etmeleri mümkün olabilirdi. Halbuki bu yasağa ilişkin hükümlerin emrediciliği karşısında, tarafların *lex commissoria* anlaşmasına bu şekilde geçerlilik kazandırmalarına imkân bulunmamaktadır⁷⁰.

III- GERİ ALIM HAKKININ LEX COMMISSORIA YASAĞINA AYKIRI OLUP OLMADIĞININ DEĞERLENDİRİLMESİ

A) Geri Alım Hakkının *Lex commissoria* Yasağına Aykırılık Teşkil Edeceğini Savunan Görüş

Alacaklının bahse konu taşınmaz üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasıyla alacağa konu miktardan fazla edinimler elde ederek borçlunun zarara uğramasının önüne geçilmesi *lex commissoria* yasağının asıl işlevidir. Bu görüşü savunanlara göre bu nedenle de TMK. m. 873 hükmünün kıyasen teminat amaçlı olarak tesis edilen geri alım hakkı ile inançlı

⁶⁷ BERKİ, s. 136.

⁶⁸ GÜNEL, s. 13-15.

⁶⁹ BERKİ, s. 161.

⁷⁰ SAYMEN/ ELBİR, s. 691; BERKİ, s. 136.

işlemler bakımından da geçerli olduğu kabul edilmelidir⁷¹. Taşınmazın teminat amacıyla devri işlemleri, alacaklı için yüksek değerde kazanç sağlama kapısı olmamalıdır⁷². Bir görüşe göre taşınmazın devrindeki esas amaç alacaklının alacağını taşınmazın değeri üzerinden karşılaması değil de, taşınmazın nihai olarak alacaklının mülkiyetine geçirilmesi ise muvazaa söz konusu olur; ki bu durumda bu işlem kesin hükümsüzlük yaptırımını ile karşı karşıya kalır⁷³.

B) Geri Alım Hakkının Lex commissoria Yasağına Aykırılık Teşkil Etmeyeceğini Savunan Görüş

Bir borç ilişkisinde rehin veren borçlu, borcunu yerine getireceği inancıyla hareket eder. Bundan dolayı da borcunu ifa edemezse teminat olarak gösterdiği taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin bir sözleşmeyi kabul etmekte bir sakınca görmeyebilir⁷⁴. Bu nedenle borçlunun korunması amacıyla lex commissoria yasağı öngörülmüştür. Geri alım hakkı ise bu yasağın kapsamına girmez, çünkü aynı zamanda borçlu konumunda yer alan hak lehtarları zaten işin başında taşınmazın mülkiyetini alacaklıya devreder ve borcun ifası gerçekleşmezse ortaya çıkacak sonuçla daha bu aşamada karşı karşıyadır⁷⁵.

Bu görüşe göre geri alım sözleşmesi teminat amacıyla yapılmışsa, inanlı işlem kapsamında borcun ifa edilmemesi durumunda taşınmazın mülkiyetinin alacaklıda kalmasını öngören sözleşmeler geçerli

⁷¹ ÇETİNER, s. 384 vd.; ADAY, s. 93 vd.; WIELAND, s. 616.

⁷² ÇETİNER, s. 384 vd.; ÖZTÜRK, s. 125.

⁷³ ÇETİNER, s. 384.

⁷⁴ NOMER, s. 2014 vd.; ADAY, s. 94 vd.; TEKİNAY, s. 518 vd.

⁷⁵ ADAY, s. 94 vd., KUNTALP, s. 160; NOMER, Makale, s. 2013; TEKİNAY, s. 14; TEKİNAY, Makale, s. 518; NOMER, s. 42. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de "Mad. 788'deki borçlu borcunu ödemediği takdirde alacaklının gayrimenkulü temellük edemeyeceğine dair hükümden maksat borçluyu himaye etmektir. Bu hüküm, menkul rehinde de vardır (Mad. 863). Borçlunun borcunu temin için gayrimenkulünü karz akti sırasında satması ve ödediği takdirde tekrar satın alması maksadile yaptığı mukavele alacaklının rehne temellük edeceğine dair şarta benzemez. Bu, Mad. 788 hükmüne aykırı değildir" (J.D.T. 23/12/930) şeklinde hüküm tesis etmiştir (Bkz. WIELAND, C., Kanunu Medenide Aynı Haklar, Kısım II, (Çeviren: KARAFAKİH, İsmail Hakkı), Ankara 1949, s. 617).

sayılmalıdır⁷⁶. Zira geri alım hakkının kurulmasına ilişkin şartlar ile buna ilişkin sözleşmenin hükümleri kanunla düzenlenmiş olduğundan kanuna karşı hile teşkil etmez. Kanun tarafından öngörülmüş olan bir müessesese olan olan geri alım hakkına ilişkin sözleşmeden taraflarca yararlanmasının önünde hukuken bir engel bulunmamaktadır. Öte yandan taşınmaz rehnine kıyasla geri alım hakkı tesisi alacaklı bakımından daha iyi bir koruma imkânı sağlar. Zira bu durumda alacaklı mülkiyet hakkını elde etmiş olacağından hem aynî güvencelerin sağladığı hakimiyetten yararlanmış olur, hem de rehne ilişkin şekil şartlarından ve rehnin paraya çevrilmesi yolunun zahmetinden kurtulmuş olur⁷⁷.

Kişiler arasında para ödücünü konu edinen işlemlerde geri alım hakkının kullanılması, teminat amacını taşıması ve kanun tarafından öngörülmüş olması nedeniyle mümkün olmalıdır. Geri alım hakkının lex commissoria yasağı nedeniyle kanuna karşı hile oluşturduğu görüşünün savunulması, onun iktisadi yaşamdaki fonksiyonunun engellenmesi gibi bir sakıncayı ortaya çıkarır⁷⁸. Öte yandan taşınmazın teminat amacıyla devri, ifa yerine temlik olarak değerlendirilebilir. Bundan dolayı yapılan

⁷⁶ KUNTALP, s. 153; DERELİ, s. 85; OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletler Arası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, İstanbul 1999/2000, s. 670; ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017, s. 70; NOMER, s. 2013 vd.; AVCI BRAUN, s. 1453; ÇETİNER, s. 387; ERTAŞ, s. 383; ESENER/GÜVEN, s. 291; HELVACI, s. 120; NOMER, s. 36 vd.; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.283; ÖZTÜRK, s. 125; SİRMEN, s. 411; AYANOĞLU MORALI, s. 217 vd.; UYGUR, Atiye B., Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, Ankara 2006, s. 189 vd.

⁷⁷ BERGMÄNER, Hans, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer, 1945, s. 16-18 (GÜVENÇ, Özgür, Taşınmazların İnançlı İşlemler Devri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013, s. 12'den naklen); ÖZSUNAY, s. 36-39. 14. HD. 30.10.2000, E. 2000/12988, K. 2000/13223, "...Uygulamada kredi sağlayan kurum ve kuruluşların istenilen miktarda ve süratte kredi vermemesi ihtiyaç sahiplerini bu kurum ve kuruluşların dışında kredi teminine zorlamakta, öte yandan verilen krediyi teminat altına alacak kefalet ve ipotek, rehin gibi şahsi ve aynî teminatlar kredi veren kişi veya kişilerce yeterli görülmediğinden bu tür özel kişilerden alınan borç karşılığında taşınmazların teminat maksadıyla devredilmesi yoluna başvurulmaktadır." (YKD, C. XXVII, S. 10, Ankara, Ekim 2001, s. 1490-1495).

⁷⁸ NOMER, Makale, s. 2014 vd.

işlem lex commissoria yasağı çerçevesinde değerlendirilmemeli ve hukuka aykırılık söz konusu olmamalıdır⁷⁹.

C) Her Somut Olay Bakımından Konunun Ayrı Ayrı Değerlendirilmesini Savunan Görüş

Bir görüşe göre geri alım sözleşmesinin teminat amacı ile yapılması durumunda bu sözleşmenin lex commissoria yasağına aykırılık olup olmadığı değerlendirilmesi yerine, tahvil ile ayakta tutulmaya çalışılarak yasağı aykırılık teşkil etmeyecek bir muhtevaya sahip hale getirilmesi daha doğru bir yoldur⁸⁰. Ancak tahvil mümkün değilse bu gibi işlemlerde TMK. m. 969 hükmüne dayanılarak alacaklının, rehne konu olan taşınmazı paraya çevirme ve alacağını elde ettikten sonra kalanını borçluya geri verme yükümlülüğü yükleyen sözleşme olarak ayakta kalmasını sağlamak isabetli olur⁸¹.

Bir başka görüşe göre ise lex commissoria yasağı bakımından değerlendirildiğinde geri alım hakkının kanuna karşı hile teşkil etmeyeceğinin kabul edilmemesi gerekir ve hakim her somut olayı ayrı ayrı ele almalıdır⁸². Söz konusu görüşü savunan yazarın bir başka çalışmasında teminat amacıyla geri alım sözleşmesi yapan tarafların kanuna karşı hile yapma gayesinde olmaları şartının aranmaması gerektiği ifade edilmiş ve kanun doğrudan ihlâl edildiğinde nasıl ki buna yönelik kast aranmıyorsa, dolaylı yoldan ihlâl sayılan bu gibi durumlarda da kast aranmaması gerektiği vurgulanmıştır⁸³. Bu görüşü savunan yazarın diğer bir gerekçesi de “Geri alım hakkı tanıyarak satın almayı meslek edinenler hakkında da, taşınır rehni karşılığında ödünç verenlere ilişkin hükümler uygulanır” şeklindeki TMK.m. 969 hükmüdür. Zira bu hükmün tesis edilme amacı

⁷⁹ NOMER, Makale, s. 2013; UYGUR, s. 189.

⁸⁰ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 617 vd.

⁸¹ HATEMİ/ SEROZAN/ ARPACI, s. 617-618.

⁸² HELVACI, Lex commissoria, s. 139. Ayrıca aynı yönde bkz. AYANOĞLU MORALI, s. 174.

⁸³ HELVACI, İpotek, s. 267. Ayrıca bkz. TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 421-422; ÖZSUNAY, s. 240.

geri alım hakkı tanıyarak ödünç verme işi ile uğraşanların da lex commisoria yasağına tabi olmalarının sağlanmasıdır⁸⁴.

D) Yargıtay'ın Görüşü

Teminat amacıyla yapılan inanca mülkiyet devirlerini konu edinen pek çok Yargıtay kararı bulunmaktadır. Yargıtay daha eski tarihli bir kararında teminat amacıyla yapılan taşınmaz devirlerini muvazaalı olduğu gerekçesiyle geçersiz kabul etmişti⁸⁵. Ancak daha sonra tapuda satış olarak gösterilen inanca taşınmaz devirlerinde, 5.2.1947 tarih ve 20/6 sayılı İctihadı Birleştirme Kararına dayanılmıştır⁸⁶. Böylelikle Yargıtay, sonraki tarihli kararlarında bu görüşten vazgeçmiş ve inanca sözleşmesine dayalı olarak yapılan ve teminat amacı güden geri alım sözleşmesiyle devredilen taşınmazlar bakımından TMK. m. 873'ün uygulanmayacağını belirtmiştir⁸⁷. Zira bu durumda alacaklı teminata konu olan taşınmaza "ifa

⁸⁴ HELVACI, İpotek, s. 267 vd. Nitekim KURT da "...rehin kurumunu düzenleyen hükümlerin uygun olduğu ölçüde geri alım hakkına da uygulanması ve haksız zenginleşmelerin önüne geçilmesi gerektiğini..." ifade etmektedir (Bkz. KURT, s. 141 vd.).

⁸⁵ HGK., 14.12.1949, 243-173, E. 122 (Bkz. ÖZKAYA, s. 52; PARLAK BÖRÜ, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, TBB Dergisi 2017 (128), s. 259; UYGUR, s. 187; OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 384)).

⁸⁶ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY ÖZDEMİR, s. 384, 388.

⁸⁷ "Bilindiği üzere; inanca sözleşmesi, inananla inanan arasında yapılan, onların hak ve borçlarını belirleyen, inanca muamelesinin sona erme sebeplerini ve devredilen hakkın, inanan tarafından inanan geri verme (iade) şartlarını içeren borçlandırıcı bir muameledir. Bu sözleşme, tarafların hak ve borçlarını kapsayan bağımsız bir akit olup, alacak ve mülkiyetin naklinin hukuki sebebinin teşkil eder. Taraflar böyle bir sözleşme ve buna bağlı işlemle genellikle, teminat teşkil etmek ve iade edilmek üzere, mal varlığına dahil bir şey veya hakkı, aynı amacı güden olağan hukuki muamelelerden daha güçlü bir hukuki durum yaratarak, inanan inanca olarak kazandırmak için başvururlar. Diğer bir anlatımla, bu işlemle borçlu, alacaklına malını rehin edecek, yani yalnızca sınırlı aynı hak tanıyacak yerde, malının mülkiyetini geçirerek rehin hakkından daha güçlü, daha ileri giden bir hak tanır. Sözleşmenin ve buna bağlı temlik, değinilen bu özellikleri nedeniyle, taşınmaz inanca sözleşmesi ile satan kimsenin artık sadece, ödünç almış olduğu parayı geri vererek taşınmazını kendisine temlik edilmesini istemek yolunda bir alacak hakkı; taşınmaz, inanca sözleşmesi ile alan kimsenin de borcun ödenmesi gününe kadar taşınmazı başkasına satmamak ve borç ödenince de geri vermek yolunda yalnızca bir borcu kalmıştır. Diğer bir bakış açısıyla taşınmazın mülkiyeti inanan (alacaklıya) geçmiştir. Taşınmazda inananın (borçlu) mülkiyet hakkı kalmadığı gibi, alıcının bu mülkiyet hakkı üzerinde kurulmuş olan bir rehin hakkından da söz edilemez. Bu durumda; gayrimenkul rehni bakımından geçerliliği olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 873.

uğruna edim" kabul edilerek malik olmaya devam eder veya satarak satış bedelinden alacağını tahsil edebilir.

Yargıtay, teminat amaçlı olarak mülkiyetin inanılana geçirilmiş olduğu taşınmazın iadesi davalarında, borçlu alacaklıya karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmemişse, TBK. m. 97 hükmüne dayanarak, alacağın ödenmesi için mehil verilmesine ve ödeme sonrasında taşınmazın teminat verene iade edilmesine ilişkin karar vermektedir⁸⁸.

maddesinin inanç sözleşmelerine dayalı temlike konu taşınmazlar bakımından uygulama yeri olmadığı da kuşkusuzdur. Nitekim bu düşünce Hukuk Genel Kurulunun 23.5.1990 günlü ve 1990/1-202-315 sayılı kararında da aynen benimsenmiştir. İnanç sözleşmesine ve buna bağlı işlemle alacaklı olan taraf, ödeme günü gelince alacağını elde etmek için dilerse; teminat için temlik edilen şeyi " ifa uğruna edim " olarak kendisinde alıkoyabileceği gibi; o şeyi, açık artırma yoluyla veya serbestçe satıp satış bedelinden alma yoluna da başvurabilir. Bu sonuçlar kendine özgü bu akdin tabiatında mevcuttur. Sözleşme ile öngörülen ifa süresi içerisinde, sırf sözleşmeyi imkânsız kılmak amacıyla muvazaalı olarak yapılan temliklerin yasal koruma altında tutulamayacağı izahıta varestedir..." (1. HD., 21.6.2016, E. 2014/6175; K. 2016/7511. Ayrıca bkz. 1. HD., 16.4.2015, E. 2014/5877, K. 2015/5624; 1. HD., 16.6.2014, E. 2014/4664, K. 11772; 1.HD., 11.11.2015, E. 2014/10482, K. 2015/12984; 1.HD., 12.2.2015, E. 2014/17470; K. 2015/2067; 1. HD., 14.1.2015, E. 2014/2013, K. 2015/288. www.hukukmedeniyeti.org , E.T. 17.11.2019; 1. HD., 7.5.2019, E.2009/4531, K. 2009/5348 (HELVACI, İlhan, Gereğçeli-Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, İstanbul 2013, s. 511). Bu yönde tesis edilmiş hükümlerin eleştirisi için bkz. ÇETİNER, s. 386).

⁸⁸ 1. HD., 31.10.2011, 8203/11137, "Dava; inanlı işlem hukuksal nedenine dayalı tapu iptal ve tescil, tazminat ve protokolün hukuken geçersizliğinin tespiti istemine ilişkindir. Kesin hüküm olarak kabul edilen kararlarda davacının davalı tarafa borcu olduğu tespit edilmiş ve BK.'nun 81. maddesi hükmü (TBK. m. 97) uyarınca "edimini ifa etmeyen kişinin karşı tarafı edimi ifaya zorlayamayacağı" hükmü gereğince davacıya borcun ödenmesi yönünde gerekli olanaklar tanınmış, buna karşın borcun yatırılmaması sebebiyle davaların reddine karar verilmiştir. MK. m. 873'e göre: "... Borcun ödenmemesi halinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine" dair sözleşme hükmü geçersizdir. O halde davacının önceki kararlarda borcu ödememiş olması taşınmazların mülkiyetinin karşı tarafa aidiyetini gerektirmez. Taşınmaz davalı (inanılan) taraf üzerinde kaldığı sürece borcu varsa sair koşullar bunlarla birlikte ödenmesi halinde taşınmazın mülkiyetinin nakledilmesi olanaklı hale gelir. Böylesi bir durumda ise yukarıda belirtilen ilkeler ve yasal düzenleme gözetildiğinde kesin hükümden bahsedilmesi olanaksızdır (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası); OĞUZMAN/ SELİÇİ/ OKTAY- ÖZDEMİR, s. 385-386, dn. 430. Ayrıca bkz. 1. HD., 28.5.2015, 6583/7863 (www.hukuktürk.com, E.T. 23.11.2019); 1. HD., 7.10.2004, 8810/10850 (Yargı Dünyası, 2005, s. 105); 1. HD., 3.6.1997, E. 1997/5905, K. 1997/533 (ÖZKAYA, s. 133-134); 1. HD., 8.2.2005, 13766/9861 (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası).

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Teminat amacıyla bir taşınmazın geri alım hakkı tesis edilerek devrine uygulamada sıklıkla rastlanmaktadır. Bir kimse kredi temin etmek istiyorsa, borcuna karşılık teminat olarak bir alacağını ya da sahip olduğu mülkiyet hakkını devretmekte, böylece kredi ihtiyacının teminini sağlamaktadır. Alacaklılar açısından ise olağan teminat yollarının yeterli görülmemesi, daha güçlü ve basit bir hukuki yol olarak bu yolun tercih edilmesine neden olmaktadır. Böylece borçlunun borcunu ifa etmesine kadar taşınmazın mülkiyeti alacaklıda kalmakta, borcun gereği gibi ifasından sonra alacaklı kendisine devredilmiş olan mülkiyet hakkını iade etmektedir. Bu yol bir kısım alacaklılar için daha kolay ve garantili teminat niteliğinde olduğundan tercih edilmektedir. Nitekim bu durumda alacaklı, hem ipoteğin şekli koşulları ile uğraşmak zorunda kalmaz, hem de ipoteğin paraya çevrilmesi kurumunun çetrefilli yoluna ihtiyaç duymaz.

Alacaklı ihtiyaç duyduğu teminatı taşınmaz rehni vasıtasıyla da sağlayabilir. Ancak rehinle teminat altına alınmış bir borcun ifa edilmemesi halinde, alacaklının rehin konusu şeyin mülkiyetini kazanacağı yönünde anlaşma yapılması yasaklanmıştır. Bu ise *lex commissoria* yasağı olarak ifade edilir. Burada geri alım hakkı tesis edilerek teminat amacıyla inançlı işlem yapılması durumunda bunun *lex commissoria* yasağına aykırılık teşkil edip etmediği sorusu akla gelir. Halbuki *lex commissoria* yasağı ile rehne konu malın mülkiyetinin “ifa yerine edim” olarak alacaklıya geçmesi engellenmektedir. Oysa inanç sözleşmesi ile tesis edilen geri alım hakkında borçlu borcunu ifa edemezse alacaklı, teminat için temlik edilen şeyi “ifa uğruna edim” olarak kendisinde saklı tutmaktadır. Daha sözleşmenin başında sözleşmeye konu olan taşınmaz mal alacaklıya devredilmektedir. Bu nedenle borcun ödenmemesi halinde taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini yasaklayan TMK. m. 873 hükmünün bu şekildeki temlik içeren inançlı sözleşmelerde uygulanması söz konusu değildir. Taşınmazın kredili satışında henüz ödenmemiş olan alacağın temin edilebilmesi için satıcı lehine bir geri alım hakkı tesis edilmişse; bedelin ödenmemesi durumunda satıcının geri alım hakkını kullanmak suretiyle devrini gerçekleştirdiği taşınmazın mülkiyetini tekrar elde etmesi mümkündür. Bu durumda alıcı satış bedelini ödemediği için, onu TMK. m. 873/II hükmü ile korumak hükmün amacına uygun olmaz. Teminat

amacıyla yapılan devirde ise geri alım hakkı ile aynı zamanda borçlunun taşınmazı geri talep etme hakkı güvence altına alınır. Zira borçlu, borcunu ödediğinde alacaklıya mülkiyeti geçirilen taşınmazın mülkiyetinin kendisine devrini geri talep edebilir. Bu sebeple lex commissoria yasağının uygulama alanının dışında kalmaktadır ve kanuna karşı hile teşkil ettiğine ilişkin görüşe katılma imkânı bulunmamaktadır.

KAYNAKLAR

- ADAY, Nejat, Taşınmaz Mülkiyetinin Naklinde Muvazaa, İstanbul 1992.
- AKALP-DEMİRTABAK, Didem, Yasal Önalım Hakkı, İstanbul 2010.
- AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2018.
- ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat, Eşya Hukuku, Cilt III, Tapu Sicili, İstanbul 2018.
- ARSLAN UGAN, Deniz, Geri Alım (Vefa) Hakkı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2019.
- AVCI BRAUN, Cihan, "Türk Borçlar Kanunu Madde 238-242", İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, İstanbul 2017, s. 1447-1490.
- AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Baskı, Ankara 2016 (AYAN, Borçlar Genel).
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku-II, 9. Baskı, Ankara, 2016.
- AYAN, Mehmet, Eşya Hukuku- III, 8. Baskı, Ankara 2017.
- AYAN, Mehmet, "Kanuni Şu'fa Hakkı", Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesi'nde 10. Yıl Hizmet Armağanı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1995, s. 335-368.
- AYANOĞLU MORALI, Ahu, Mülkiyet Hakkının Teminat Amaçlı Devrine Yönelik İnançlı İşlemler (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2006.
- AYBAY, Aydın/ HATEMİ, Hüseyin, Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014.
- AYDOĞDU, Murat/ KAHVECİ, Nalan Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 3. Bası, Ankara 2017.
- AYİTER, Nuşin, Eşya Hukuku, 2. Baskı, Ankara 1983.
- BAYGIN, Cem, "Yeni Borçlar Kanunu'nun Satış İlişkisi Doğuran Haklar Konusunda Getirdiği Düzenlemelere Genele Bir Bakış", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı: 79-80, İstanbul 2011, s. 7-30.
- BERGMÄNER, Hans, Die Sicherungszession im schweizerischen Recht, Aarau, Verlag H. R. Sauerländer, 1945
- BERKİ, Şakir, Aynî Haklar, Ankara 1965.
- BUZ, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- CANSEL, Erol, Türk Menkul Rehni Hukuku, Ankara 1967.
- ÇETİNER, Bilgehan, Taşınmaz Teminatı, İstanbul 2015.

- ÇETİNKAYA, Mehmet, "Vefa Hakkı Ve Menkul Hükümünde Sayılan Taşınmazlarda Etkisi", Adalet Dergisi, Sayı: 1, Ankara 1970, s. 34-41.
- DAVRAN, Bülent, Rehin Hukuku Dersleri, İstanbul 1972.
- DEMİRBAŞ, Harun, Yenilik Doğuran Haklar, İstanbul 2007.
- DEMİRBAŞ, Feride, "Sözleşmeden Doğan Önalım Hakkı", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:2, Ankara 2016, s. 249-277.
- DERELİ, Zeliha, Lex commissoria Yasağı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2009.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015 (EREN, Borçlar Genel).
- EREN, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018 (EREN, Borçlar Özel).
- ERMAN, Hasan, Eşya Hukuku Dersleri, 7. Basım, İstanbul 2017.
- ERTAŞ, Şeref, Eşya Hukuku, 13. Baskı, İzmir 2017.
- ESENER, Turhan/GÜVEN, Kudret, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2017.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmettin, Şuf'a Hakkı, İstanbul 1959.
- GÜÇLÜ, Murat/YALVAÇ, Murat, "Geri Alım Sözleşmesi (Vefa Akdi) İle Bankaların Alacaklarından Dolayı Edindikleri Gayrimenkullere İlişkin Bir Değerlendirme", Bankacılar Dergisi, Sayı:87, İstanbul 2013, s. 18-28.
- GÜNEL, Onur K., Lex commissoria Yasağı (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1998
- GÜRSOY, Kemal T./EREN, Fikret/CANSEL, Erol, 2. Baskı, Türk Eşya Hukuku, Ankara 1984.
- GÜVENÇ, Özgür, Taşınmazların İnançlı İşleme Devri (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2013.
- HATEMİ, Hüseyin /SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku, İstanbul 1991.
- HELVACI, İlhan, Türk Medenî Kanununa Göre Lex commissoria (Mürtehinin Merhunu Temellük) Yasağı, İstanbul 1997 (Lex Commissoria).

- HELVACI, İlhan, Türk Medeni Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan İpotek Hakkı, İstanbul 2008 (İpotek).
- HELVACI, İlhan, Gerekçeli-Karşılaştırmalı- İçtihatlı- Notlu Türk Medeni Kanunu, C. IV, Eşya Hukuku, İstanbul 2013.
- KARAHASAN, Mustafa Reşit, Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku, Birinci Cilt, İstanbul 2007.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, Ankara 2014.
- KIRCA, Çiğdem: "Önalım Hakkı Konusunda Medeni Kanun'daki Değişiklikler", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C.II , İstanbul 2002, s. 1179-1203.
- KİZİR, Mahmut, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Satış İlişkisi Doğuran Haklar ve Özellikle Önalım Hakkına İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet YAVUZ' a Armağan- 2. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 22, Sayı: 3, İstanbul 2016, s. 1773- 1796.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Türk Medeni Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959.
- KUNTALP, Erden, Lex commissoria Yasağı Kavramı, Koşulları ve Uygulama Alanı, İnan Kiraç'a Armağan, İstanbul 1994, s. 151-162
- KURT, Fatma, Lex commissoria Yasağı, İBD, Yıl: 2008, C. 82, S.1, s. 129-154.
- MAKARACI BAŞAK, Aslı, Taşınır Rehni Sözleşmesi, İstanbul 2014.
- NOMER, Haluk Nami, Vefa Hakkı, İstanbul 1992.
- NOMER, Haluk Nami, Teminat Amaçlı Vefalı Satışlar ile İnanç Sözleşmeleri ve Lex commissoria Yasağı, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan 2. Cilt, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 2007-2015 (Makale).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Eşya Hukuku, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- OLGAÇ, Senai, Şüf'a Vef'a – İştira Hakları, Ankara 1978.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe, Teminat Amaçlı Mülkiyet Devri Sözleşmeleri, Prof. Dr. Aysel Çelikel'e Armağan, Milletler Arası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 19, S. 1-2, İstanbul 1999/2000, s. 657-683.

- ÖZSUNAY, Ergun, Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnançlı Muameleler, İstanbul 1968.
- ÖZKAYA, Eraslan, Açıklamalı-İçtihatlı İnançlı İşlem ve Muvazaa Davaları, 7. Baskı, Ankara 2017.
- PARLAK BÖRÜ, Şafak, Mülkiyetin Teminat Amacıyla İnançlı İşleme Devri, TBB Dergisi, 2017 (128), s.231-272.
- POSTACIOĞLU, İlhan E., İpotek Alacaklısına İpotekli Gayrimenkulü Kendi Eliyle Rızai Olarak Paraya Çevrilmesi Yetkisinin Verilmesi Problemi, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Hâtırasına Armağan, Ankara 1990, s. 533-546
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Eşya Hukuku, İstanbul 1954.
- SİRMEN, A. Lâle, Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.
- SİRMEN, A. Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992 (SİRMEN, Şart).
- SEBÜK, M. Tahir, Şuf'a, Vefa ve İştira Hakları, İstanbul 1051.
- SEROZAN, Rona, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. III, İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 6. Bası, İstanbul 2014.
- ŞIPKA, Şükran Taman, Kanuni Önalım (Şuf'a) Hakkı (Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları), İstanbul 1994.
- TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku – Özel Borç İlişkileri-, C. 1, Altıncı Basım, İstanbul 2008.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, İstanbul 1988.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi, "İştira ve Vefa Hakları", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 61, Sayı: 7-8-9, İstanbul, 1987, s. 509-520 (Makale).
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/ AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- TERCIER, Pierre/ PICHONNAZ, Pascal/ DEVELİOĞLU, H. Murat, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- UYGUR, Atiye B., Teminat Amaçlı İnançlı İşlemler, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 10, S. 1-2, Ankara 2006, s. 171-195.
- UYUMAZ, Alper, Motorlu Taşıt Rehni, İstanbul 2012.
- WIELAND, C., (Çev., KARAFAKİH, İsmail Hakkı), Kanunu Medenide Aynî Haklar, Kısım II, Ankara 1949.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963.

VON TUHR, Andreas, (Çev., EDEGE, Cevat) Borçlar Hukukunun
Umumi Kısmı, C. 1-2, Ankara 1983.

ZEVKLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku-Özel Borç
İlişkileri, 17. Bası, Ankara 2017.



TAŞINMAZ MANZARASI ÜZERİNDEKİ HUKUKÎ YARARIN KORUNMASI

Arş. Gör. Bedia GÜLEŞ*

Öz

Bir taşınmaz mâliki taşınmazı üzerinde önemli yetkilere sahiptir. Bunlardan birini de taşınmaz manzarasının kapatılmaması oluşturur. Manzaranın kapatılmaması konusundaki hukukî yarar, ekonomik ya da maddî olmayan bir nitelikte olabilir. Söz konusu yarar, mülkiyet hakkının ya da zilyetliğin tanıdığı yetkiler kapsamında değerlendirilir. Yine taşınmaz manzarası komşular vasıtasıyla veya bunlar dışındaki kişiler tarafından ihlâl edilebilir. Bu ihtimâllere bağlı olarak manzaranın kapanması durumunun komşuluk hukuku, el atmanın önlenmesi, irtifak hakkı, zilyetlik davaları veya haksız fiil gibi pek çok hukukî kurumla ilgisi bulunmaktadır.

Çalışmada bir taşınmazın manzarasının, hukukî açıdan nasıl bir önem ifade ettiği ve sonrasında manzaranın kapanması durumunda hangi hukukî sebepler vasıtasıyla koruma talep edilebileceği hususu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler

Manzara Kapatma • Komşuluk Hukuku • İrtifak Hakkı • Zilyetlik Davaları • Haksız Fiil

* Arş. Gör., KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı, Konya, Türkiye | Asst., KTO Karatay University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Konya, Turkey.

✉ bedia.gules@karatay.edu.tr • ORCID 0000-0002-9036-7572

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: GÜLEŞ Bedia, "Taşınmaz Manzarası Üzerindeki Hukukî Yararın Korunması", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 631-673.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

PROTECTION OF THE LEGAL BENEFIT ON REAL ESTATE'S SIGHT

Abstract

An immovable property's owner has important powers on his/her immovable. One of them is that the immovable's sight is not closed. The legal benefit to the non-closure of the sight may be economic or non-material. This benefit is evaluated within the scope of the powers granted by the property right or possession. Again, the immovable view can be infringed by neighbors or others. Depending on these possibilities, the closure of the sight has relationship with many legal institutions such as neighborhood law, prevention of hand-over, easement rights, possessory case or tort. In the study, the question of which legal reasons can be demanded if the sight of an immovable is closed is examined.

In the study, the importance of the view of an immovable property from a legal point of view and the legal reasons for which protection can be demanded in case the view is closed are examined.

Key Words

Close Up of Sight • Neighborhood Law • Easement • Possessory Case • Tort

I. GİRİŞ

Mutlak hakların en bilinen türünü teşkil eden mülkiyet hakkı, insanlığın varlığından bu yana önemini hep korumuştur. Barınmadan yeme-içmeye, giyinmeden iletişime kadar pek çok ihtiyacın karşılanması, bunların sağlanmasına aracılık eden nesnelere vasıtasıyla olur. Bu nesnelere temini için farklı yöntemler kiralamak, ödünç almak gibi farklı yöntemler vardır. Fakat insanların ihtiyaç duydukları nesnelere mülkiyet oldukları durumlarda kendilerini daha güvende hissettiği bir gerçektir. Bu sebeple mülkiyet hakkı toplum için arz ettiği kritik önemine binaen hem kanunlar hem de Anayasa tarafından doğrudan ya da dolaylı şekilde koruma altına alınmıştır.

Sahibine eşya üzerinde en geniş yetkiler sağlayan mutlak hak, Türk Hukuku için mülkiyet hakkıdır. Bir mülk sahibi olduğu eşyayı istediği gibi kullanabilir, ondan yararlanabilir, üzerinde hukukî tasarruflarda bulunabilir, hatta onu kullanmayıp sadece muhafaza edebilir. Ancak mülkiyet hakkı bazı sebeplerle kısıtlamalara tâbi tutulabilir. Bu kısıtlamalar kamu hukukundan, komşuluk hukukundan ya da tarafların

yapmış oldukları sözleşme hükümlerinden kaynaklanabilir. Mülkiyet hakkının kısıtlanmasına yol açan durumlardan biri de komşu taşınmaz mâlikinin manzara hakkından yararlanmak istemesidir.

Esasında mâlikin manzara konusundaki hukukî yararı, doktrinde ya da uygulamada açıkça adından söz ettiren bir hak türü ya da yetki değildir. Bu durum onun daha çok irtifaklarla ortaya çıkmasından kaynaklanmaktadır. İrtifak hakkı taşınmaz mâlikine bir yapmama ya da kaçınma borcu yükler. Bu borcun ifa edilmesinden doğan hukukî yarar lehine irtifak hakkı kurulan kimsenin manzaradan yararlanmasıdır. Dolayısıyla bu hakta hak sahibi, örneğin satım sözleşmesindeki gibi muacceliyetle birlikte doğrudan talep edebileceği nitelikte bir alacak hakkına sahip değildir. Onun yapabileceği talep, ancak bir ihlâl veya ihlâl tehlikesi neticesinde ortaya çıkar. Bu talebin içeriği de bir yapmama borcunun ifasıdır.

Bir taşınmaz mâlikinin gördüğü manzaradan yararlanması, ilk etapta kulağa estetik bir yararın korunması şeklinde gelmektedir. Bu durum ise bu hakkın daha az ihlal edilen bir hak olduğu kanaati uyandırmaktadır. Manzaranın zemininde estetik bir kaygı olduğu gerçektir. Ancak manzaradaki yararın ihlâlî manevî ya da ekonomik pek çok zararı beraberinde getirmektedir. Örneğin sahip olduğu deniz manzarası sebebiyle alınmış bir otel, sonradan bu manzarasını kaybetmesinden dolayı ekonomik kayıplara uğrayabilir. Bir evin aldığı ışığın yapılan komşu bina sebebiyle kesilmesi, evin değerinin azalmasına yol açabilir. Psikolojik rahatsızlıkları dolayısıyla manzara gören bir odaya alınan hasta, bu odanın manzarasının kapanmasıyla tedavisini tamamlayamaz. Güzel doğa resimleri yapabilmek amacıyla yerleştiği evin manzarası kapanan ressamın sanatını icra edememesi toplum için bir kayıp olabilir. Dolayısıyla bir manzara kapatma, estetik yarar kaygısının ötesinde kavramdır.

Manzaranın kapatılması taşınmaz kullanımından doğan bir ihlâl olması sebebiyle birden fazla yasal düzenlemeyi ilgilendirmektedir. Her şeyden önce manzara kapatmama TMK m. 737'de hükme bağlanan komşu hakkının kapsamına dâhildir. TMK m. 730'da ise kanunkoyucu komşusunun taşınmazını yasal kısıtlamalara aykırı kullanmasından zarar gören kimseye, eski hâle getirmeyi, tehlikenin ya da uğranılan zara-

rın giderilmesini isteme hakkı vermiştir. Manzaranın kapanması mülkiyete bir saldırı teşkil ettiği için durum aynı zamanda el atmanın önlenmesi davasına da konu olabilir. Taraflar arasında bir irtifak hakkı tesis edilmesi suretiyle manzaranın korunması mümkündür. Manzara kapatma İmar Kanunu gibi bazı kamu hukuku kurallarına da aykırı olabilir. Bu sebeple konu, kamu hukukunu da ilgilendiren bir boyuta sahiptir. Son olarak komşu taşınmazın manzarasını kapatmak, dürüstlük kuralına aykırılık da teşkil edebilir.

Taşınmaz manzarasının kapatılması sonucu ortaya çıkan güncel ihtilaflarda, manzara kapatmama yükümlülüğünün niteliği ile ilgili kimi zaman yargı kimi zaman taraflar açısından tereddüdün olduğu görülmektedir. Nitekim Yargıtay'a taşınmış bir olayda idarenin yapmış olduğu deniz doldurma fiili sonucu taşınmazın manzarası kapanmış, mâlik de bunun önlenmesi için el atmanın önlenmesi davası açmıştır. Ancak Yüksek Mahkeme idare ile taşınmaz mâliki arasında bir irtifak sözleşmesi olmadığı için talebi reddetmiştir. Başka bir ihtilafta ise davacı manzara kapatılmasının önlenmesi talebini İmar Kanunu ve el atmanın önlenmesi davası ile birlikte gerekçelendirmiştir. Oysaki İmar Kanununa aykırılıklardan doğan talepler ve bu talepleri ileri sürebilecek olanlar ile binanın kaldırılması kararının uygulanması özel hukuktakinden farklıdır.

Çalışmada manzara kapatılması sonucu doğan taleplerin hangi hukukî mekanizmalarla ileri sürülebileceği konusu incelenmiş bulunmaktadır. Bu kapsamda ilk olarak manzara kapatmama yükümlülüğü ve hukukî niteliğinden bahsedilmiştir. Sonrasında ise bir taşınmazdaki manzaranın hangi hukukî taleplerle korunabildiği hususuna, ilgili oldukları hukukî kurumlar doğrultusunda değinilmiştir. Çalışma, hangi müesseselerin manzara kapatmama yükümlülüğüne konu teşkil edebildiğinin sonuç kısmında yorumlanması ile tamamlanmaktadır.

II. MANZARA ÜZERİNDEKİ HUKUKÎ YARARIN TANIMI, HUKUKÎ NİTELİĞİ VE ROMA HUKUKUNDAKİ TEMELLERİ

Doktrinde manzara kapatma hakkında geniş tanımlamalara yer verilmiş değildir. Ancak mâlikin manzarasında da hukukî yararı olduğu, Roma Hukukundan bu yana kabul gören bir kuraldır.

A) TANIMI

Kısaca “görünüş” olarak tanımlanan¹ manzaranın, hukukî açıdan daha farklı bir tanım ve boyut kazandığı şüphesizdir. Bu doğrultuda bir taşınmazdan seyredilebilen, söz konusu taşınmaza ışık, ısı, hava koridoru gibi açılardan ya da estetik açıdan hukukî yarar sağlayan görünüm manzara olarak tanımlanabilir. Dolayısıyla bir yerin manzaraya sahip olduğundan bahsedebilmek için zorunlu olarak orman, deniz, göl gibi yerleri görüş açılarına sahip olması ya da şehrin ışıkları gibi bakanlarda estetik duygular uyandıran yerler olarak nitelenmeleri gerekmez. Olağanüstü bir güzelliğe sahip olmasa da cadde kenarındaki bir evin penceresinden gördüğü nesnelere ve yerler de birer manzara oluşturur. Hatta en alt katta yer alan bir dairenin bahçede gördüğü kısıtlı alan da manzaradır. Zira söz konusu örneklerde manzara taşınmaza sadece bir estetik ferahlık sağlamaz. Aynı zamanda bu yerler gün ışığından ve ısısından yararlanmış, beraberinde kullandığı enerjilerden tasarruf etmiş olur. Yine komşu taşınmazların aralarında boşluk olacak şekilde yapılmış olmaları, meskenlerdeki hava akışının gerçekleşmesine yardımcıdır. Hâlbuki bu boşluğun ekseriyetle herhangi bir estetik değeri yoktur. O hâlde örneklerden şu sonuca varılabilir ki hukukî olarak bir manzaradan bahsedebilmek için söz konusu görünümün estetik bir değerinin olması zorunlu değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda, bir görünümün manzara teşkil edip etmediği hususunda objektif kriterler dikkate alınmalıdır². Bu noktada ilk olarak, ortalama zekâyâ sahip, makul ve dürüst bir kişinin, söz konusu görünümde korunmaya değer hukukî yararı olup olmadığının araştı-

¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MANZARA (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

² Sübjektif kriterlerin dikkate alınmaması gerektiği hakkında, ERTAŞ, Ş./CUMALIOĞLU, E./SERDAR, İ.; Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015, s. 401.

rılmalıdır. Uyuşmazlık eğer ticarî bir işin yapılmasını da ilgilendiriyorsa, bu konudaki teamüller de dikkate alınabilir. İkinci olarak gözetilmesi gereken kriter ise taşınmaz mâlikinin korunması haklı görülen özel durumudur. Örneğin hukuka uygun olarak yapılmış üç katlı bina, olağan bir mâlikin manzara dolayısıyla şikâyetlenmesine neden olmayabilir. Ancak ruhsal bozukluk yaşayan hastalara bakım evi olarak inşa edilmiş bir yerin yapılan bu bina nedeniyle gökyüzünü görememesi ya da kalabalıklaşma nedeniyle rahatsızlık uyandırması manzara kapatma olarak nitelenebilir. Dolayısıyla esasında burada fiilen önemli olan, bir yerin manzara olup olmadığını tespitten ziyade, bir fiilin “manzara kapatma” teşkil edip etmediğinin saptanmasıdır. Bu saptamayı hâkim takdir yetkisine dayanarak yapar.

Manzarayı kapatan nesnenin bina olması şart değildir. Ağaç, reklam panosu, verici olarak dikilmiş direkler ya da başkaca bir varlık kapanmaya sebep olabilir. Yargıtay’a göre inşaat dolayısıyla dökülen toprak ve molozlar da manzara kapatma teşkil eder³.

Manzarada korunan hukukî yararın mutlaka ekonomik bir değerinin olması gerekmez. Kişiyi manevî olarak etkileyen bir müdahale de manzara kapatma olabilir. Ancak bu tazminat talebinin kabulü için maddî ya da manevî bir zararın oluşması şarttır.

B) HUKUKÎ NİTELİĞİ

Manzara kapatmama yükümlülüğüne, esasında mülkiyet hakkı ile birlikte temas edilmesi gerekmektedir. Zira bu yükümlülüğün doğması, mülkiyet hakkına dayanan yetkilerden birinin kullanılması hususunda mâlikin kısıtlamaya uğramasının bir sonucudur. Manzaranın kapatılmamış olması şeklinde bir hukukî yarar elde eden mâlik için de durum yine doğrudan mülkiyetle ilgilidir⁴. Bu sebeple ilk olarak mülkiyet hakkı

³ Yargıtay 14. HD. T. 30.09.2013, E. 2013/8800, K. 2013/12379, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2014, S. 138, s. 300, <https://legal.com.tr/Book/NsSFduawIkOCVJD82pnaQ/b7ef3f4707814821943eb79795081aab> (Erişim Tarihi: 10.04.2019).

⁴ Bununla birlikte taşınmaz manzarasının mülkiyetin geçişinden önce sözleşmeye dayalı şahsî bir hak olarak ileri sürülebilmesi de mümkündür. Nitekim Alman İmparatorluk Mahkemesinin 5 Ekim 1939 tarihinde vermiş olduğu karara, dağ manzaralı bir taşınmazın satımı konu olmuştur. Sözleşme sonrasında da alıcının bu hakkı sözleşme sona ermesine rağmen korunmaya devam edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. AKÇAAL, M.; Sözleşme Sonrası Sorumluluk, İstanbul 2018, s. 46, 47.

ve bu hakkın sağlamış olduğu yetkilerin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Doktrinde mülkiyet hakkı öz olarak, bir eşya üzerinde sahibine en geniş yetkileri tanıyan aynî hak şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Böylece bir eşya üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan kişi, bu eşyayı istediği gibi kullanma, ondan yararlanma, onu hukukî tasarruflara konu etme, hatta klâsik mülkiyet anlayışına göre eşyayı yok etme yetkisine sahiptir⁶. Elbette ki mülkiyet hakkının niteliği ile ilgili ileri sürülen görüşler çerçevesinde hakkın sadece yetkiden mi ibaret olduğu, yoksa aynı zamanda ödevleri de mi kapsadığı hususu hakkın tanımı açısından değişikliklere sebep olmaktadır⁷. Toplumun içinde bulunduğu sosyal gerçeklik karşısında modern görüşe hak vermek gerekmektedir⁸. Çünkü bir kimsenin mülkiyet hakkı, diğer kimselerin hak ve özgürlüklerini ihlâl etmediği müddetçe korunur. Toplumda diğer insanlarla birlikte yaşamının bir gereği olarak, her hak birtakım yükümlülükleri de beraberinde getirir. Örneğin kişilerin sanatsal faaliyetlerde bulunma hakkı Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır (m.27, 64). Ancak onların bu hakkı aynı

-
- ⁵ SİRMEN, A. L.; Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, (SİRMEN, Eşya), s. 241; EREN, F.; Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, (EREN, Mülkiyet), s. 3 vd.; AKINTÜRK, T.; Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul 2009, s. 375 vd.; AYBAY, A./HATEMİ, H.; Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014, s. 115; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 211; GÜRSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E.; Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978, s. 350 vd.; SCHMID, J./HÜRLIMANN-KAUP, B.; Sachenrecht, 2. Auflage, Genf 2003, Nr. 653; REY, H.; Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, Band I, 3. Auflage, Bern 2007, Nr. 566; ÇÖRTOĞLU, İ. S.; Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara 1982, (ÇÖRTOĞLU, Komşuluk), s. 4; OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S.; Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015, s. 272; ÖZLÜK B.; "Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler", SÜHFD, Y. 2019, C. 27, S. 1, s. 139-166, s. 141.
- ⁶ EREN, Mülkiyet, s. 6; SİRMEN, Eşya, s. 241; REY, Nr. 566; GÖKTÜRK, H. A.; Aynî Haklar, Ankara 1949, s. 848; SİRMEN, L.; "Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu", AÜHFD, Y. 1988, C. 40, S. 1, s. 281-282, (SİRMEN, Sorumluluk), s. 283; ÇÖRTOĞLU, İ. S.; Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988, (ÇÖRTOĞLU, Aşkın Kullanım), s. 67.
- ⁷ SİRMEN, Sorumluluk, s. 282. Mülkiyet hakkının içeriği ile ilgili ileri sürülmüş görüşler için bkz. SİRMEN, Eşya, s. 241; EREN, Mülkiyet, s. 5 vd.; AKINTÜRK, s. 375 vd.; ÇÖRTOĞLU, Aşkın Kullanım, s. 67 vd.; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 352 vd.
- ⁸ Aynı yönde, SİRMEN, Sorumluluk, s. 283.

zamanda toplumdaki diğer kimseleri gürültü ile rahatsız etmeme yükümlülüğü ile donatılmıştır. Bu örnekte olduğu gibi mülkiyet hakkı da Anayasa tarafından korunmaktadır (m. 35). Söz konusu hükme göre herkes mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Ancak hükmün devamında, verilen bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği; hakkın kullanımının da toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Mülkiyet hakkının toplum ya da kamu yararı gereğince sınırlanmış olduğu pek çok örnek bulunmaktadır. Meselâ bir taşınmaz hakkında kamulaştırma kararı alınması, mülkiyet hakkının kamu yararı gereğince bir sınırını oluşturur. Bunun dışında taşınmazını taşkın kullanmama, fazla suyun akıtılmasına katlanma ya da orman ve meralara başkalarının girmesine izin verme ve bu arada manzara kapatmama da toplum yararına getirilmiş birer kısıtlamadır. Dolayısıyla taşınmaz mülkiyetinin söz konusu sınırlar çerçevesinde kullanılması, sınırlara uyması gereken kişi açısından bir yükümlülük; bu uygunluktan yararlanan kişi için ise bir hukukî yararadır. O hâlde bir mâlikin manzarasının kapatılmaması talebi, eşya hukuku terimi boyutuyla incelendiğinde bir hak değildir. Bu noktada hakka konu olan şey mülkiyettir. Manzaranın kapatılmaması talebi ise bu hakkın tam anlamıyla kullanılmasına yarayan bir araçtır.

“Manzara kapatmama” kurumunun hukukî niteliğini belirlemek bilinen boyutunun aksine aslında çok da kolay görünmemektedir. Durum, manzarayı kapatmaması gereken taraf için de bu kapatmamadan yararlanan taraf için de mülkiyet hakkı ile bağlantılıdır. Ancak “manzara kapatmama”, bir taraf için yapılmaması gereken bir davranışı anlatırken, diğer taraf için dava edilebilir talebi içerir. Söz konusu statünün kısır bir döngü olmasına sebep olan diğer durum ise hakkın ortaya çıkışı ve dolayısıyla bir hakkın varlığından bahsedebilmek için gerekli şartlar hakkında ileri sürülmüş görüşlerdir⁹. Bu noktada şayet irade teorisi¹⁰

⁹ Görüşler için bkz. EMİNİ, M. E.; “Hak Kavramı”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Y. 2004, S. 12, s. 203-216; GÜRİZ, A.; Hukuk Felsefesi, 11. Baskı, Ankara 2015, s. 121 vd.; GÖZLER, K.; Hukuka Giriş, 14. Baskı, Bursa 2017, s. 411 vd.; ANTALYA, O. G./TOPUZ, M.; Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Baş-

kabul edilirse manzara hakkı şeklinde bireysel bir hakkın varlığından bahsetmek gerekir. Ancak menfaat teorisi¹¹ veya karma görüş¹² kabul edildiği takdirde, manzara konusundaki hukukî yararın kanunkoyucu tarafından bizzat bir yükümlülüğe ve yaptırıma bağlanıp bağlanmadığı araştırılmalıdır. İleri sürülen diğer görüşler doğrultusunda bu durumun bir hak olmadığını, hatta bir ihlâl söz konusu olmadıkça bir haktan söz etmenin mümkün olmadığını söylemek dahî mümkündür. Kişinin manzara konusundaki hukukî yararının bir hak olup olmamasının pratik önemi ise ileri sürülecek talepler ve bunların ileri sürülmesi gereken zaman açısından önem arz eder.

“Manzara” konusunda tek bir yargıya varmaktan ziyade, durumun kişiler nezdinde değerlendirilmesi daha isabetli olabilir. İlk olarak “manzara” konusundaki menfaate manzarayı ihlâl etmemesi gereken kişi tarafından bakılırsa bu durumun bir yükümlülük olduğu konusunda tereddüt yoktur¹³. Söz konusu yükümlülük, kişinin bir mülkiyet hakkına sahip olmasından dolayı kanunda öngörülen bir kısıtlama şeklinde ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla mülkiyet hakkı ile bu kısıtlamanın birbirinden ayrı olması düşünülemez. Kişi mâlik olduğu için yükümlülüğe de sahiptir. İkinci olarak ise mademki bir yükümlülüğün bahsedilmektedir, o hâlde bu yükümlülükle korunan bir menfaatin de varlığı gereklidir¹⁴. Bu menfaat de komşu taşınmaz mâlikinin manzarasının kapanmaması vasıtasıyla sahip olduğu yarardır. Söz konusu yararın da hak olup olmadığı yukarıda belirtilmiş görüşler doğrultusunda tartışılabilir. Bununla beraber söz konusu yararın hak olduğu kabul edilse bile tek başına bir hak mı yoksa mülkiyet hakkının kullanılmasına hizmet eden

langıç Hükümleri, 1. Baskı, İstanbul 2015, s. 83 vd.; SEROZAN, R.; Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 192.

¹⁰ ANTALYA/TOPUZ, s. 84; SEROZAN, s. 192; GÜRİZ, s. 121, 122; GÖZLER, s. 411.

¹¹ SEROZAN, s. 192; GÖZLER, s. 412; GÜRİZ, s. 122 vd.; ANTALYA/TOPUZ, s. 84.

¹² GÜRİZ, s. 124, 125; ANTALYA/TOPUZ, s. 85; SEROZAN, s. 192; GÖZLER, s. 412, 413.

¹³ TMK m. 737'nin hukukî niteliği konusunda kanunî irtifak, eşyaya bağlı borç ve kanundan doğan ödev olmak üzere çeşitli görüşler ve bunlardan kanundan doğan ödev görüşünün üstün tutulması gerektiği hususunda, ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 69 vd.

¹⁴ GÖZLER, s. 418; EMİNİ, s. 204.

bir yan hak mı olduğu tartışılabilir. İkincisini doğru kabul etmek, ayrı bir irtifak hakkından bahsedilmedikçe daha makul görünmektedir¹⁵. Çünkü mülkiyet hakkı olmaksızın sırf bir manzaradan doğan hukukî yararın talep edilmesi, en azından mevcut hukukî düzende mümkün değildir.

Manzara konusundaki menfaatin, bir sözleşme ve akabinde yapılan bir tescil işlemi ile irtifaka dönüştürülmesi de mümkündür. Bu durumda sözleşmedeki bir taraf taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkilerini kullanırken diğer tarafın manzarasını kapatmamayı borçlanır. Ancak sözleşme dolayısıyla böyle bir hakkın ortaya çıkması için yalnızca sözleşme yapılmış olması yeterli değildir. Akabinde tasarrufî nitelikte olan bir tescil işleminin de yapılması gerekir. Bu süreç sonunda manzara kapatmama yükümlülüğü artık bir irtifak hakkının ifası için gerekli olan edim borcuna dönüşmüş olur. Manzara kapatmama yükümlülüğüne uygun davranılmasından meydana gelen hukukî yarardan istifade eden kişi için de bir aynî hak ortaya çıktığından bahsetmek gerekir. Bu noktada eşya niteliği taşımayan hukukî bir yarara aynî hak niteliği kazandırılmaktadır. O hâlde söz konusu ihtimâl iki özellik arz etmektedir ki manzara üçüncü kişiler için borç, bu yarardan istifade eden kişi için ise aynî haktır.

Bir taşınmaza ait manzaranın kapatılmasının borçlar hukuku açısından da bazı sonuçları doğmaktadır. Manzara kapatma fiili temelinde malvarlığına ilişkin bir yararı ihlâl etmekte ve bir zarar oluşturmaktadır. Hukuka aykırı ve kusurlu bir fiil ile bir başkasının malvarlığına ya da şahıs varlığına zarar veren kimse bu zararı gidermekle yükümlüdür (TBK m. 49). Taşınmaz manzarasının kapatılması sonucunda da taşınmazda değer azalması gibi maddî zararlar; karanlık ortamdan kaynaklı ruhsal çöküntü gibi manevî zararlar ortaya çıkabilir. Söz konusu durumlarda manzaranın kapatılması fiili haksız fiil oluşturur.

¹⁵ Ortaya çıkan yeni teknolojik ve sosyal gelişmeler karşısında artık bir manzara hakkından bahsedildiğine dair, BULUT, E.; "Türk Hukukunda Kişilik Hakları", Legal Hukuk Dergisi, Y. 2007, C. 5, S. 54, s. 1833-1844, s. 1834. Uluslararası alanda da kişilerin manzaralarının kapanmaması konusunda olan yararların bir çevresel hak teşkil ettiği eğilimi vardır, bkz. ÖZALP YANCI, N.; "Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı", Anayasa Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 2, S., s. 53-93, s. 80.

Dolayısıyla bir manzaranın kapatılmaması temel olarak, mülkiyet hakkının gereklerine uygun kullanılmasını sağlayan ve komşular lehine getirilmiş kanundan doğan bir kısıtlamadır. Ancak yararlanılan taşınmaz lehine olan bu durum bir sözleşmeden sonra tapu siciline aynı hak olarak tescil edilirse bir mutlak hak hâlini alır. Manzara kapatmama yükümlülüğüne aykırı davranılması sebebiyle ortaya çıkan zararların ise haksız fiil davası açılarak tazmini istenebilir. Nihayet komşu taşınmazın manzarasının kapatılması suretiyle taşınmazı kullanmak aynı zamanda TMK m. 730 açısından taşkın bir kullanım teşkil eder.

C) MANZARA ÜZERİNDEKİ HUKUKİ YARARIN ROMA HUKUKUNDAKİ YERİ

Komşu taşınmazın manzarasının kapatılmaması kavramı Roma Hukukunda irtifak şeklinde ortaya çıkmıştır. İrtifak kavramı genel olarak “servitus¹⁶” şeklinde anılmıştır. Roma Hukukuna göre irtifakın mantığı, kişinin bir başkasının hak veya malı üzerinde kişi lehine ya da bir taşınmaz üzerinde diğer bir taşınmaz lehine bir hak tanınmasıdır¹⁷. Birincisinde kişi kendi geçimini temin etme gayesiyle böyle bir işleme girişirken; ikincisinde komşuluk hukuku dolayısıyla irtifak ilişkisi ortaya çıkmış olurdu¹⁸. Yine Iustinianus’tan itibaren kişi lehine oluşturulmuş haklara “servitutes personarum”; taşınmaz lehine kurulmuş irtifaklar için ise “servitutes rerum”¹⁹ denilmiştir²⁰. Dolayısıyla bu dönemden itibaren bir eşya üzerinde kişi lehine tanınmış olan haklar da irtifak şeklinde değerlendirilmiş oldu.

Kişi lehine irtifaklar intifa hakkı (usus fructus), kullanım hakkı (usus), sükna hakkı (habitatio) ve köle üzerinde yararlanma hakkı veren

¹⁶ ERDOĞMUŞ, B.; Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, İstanbul 2012, s. 104; KOSCHAKER, P./AYİTER, K.; Roma Hususî Hukukunun Ana hatları, Ankara 1975, s. 166; KASER, M./KNÜTEL, R.; Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005, s. 139. Kelimenin “servus” kelimesinin kökü ile ortak olduğuna dair, MARZO, S.; (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1959, s. 293.

¹⁷ MARZO, s. 293.

¹⁸ MARZO, s. 293.

¹⁹ “Servitutes Praediorum” şeklinde ifade edildiğine dair, ÇELEBİCAN, Ö. K.; Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, Ankara 2015, s. 240.

²⁰ ERDOĞMUŞ, s. 107 vd.; MARZO, s. 293, 294.

operaeservorum'dan oluşmaktaydı²¹. Böylece Türk Hukukunda -irtifa hakkını ayırık düşünmek kaydıyla- sadece taşınmazlar üzerinde irtifak hakkı kurulabilmesinin aksine, Roma Hukukunda taşınurlar üzerinde de irtifak hakkı tesis etmek mümkündür. Taşınmaz lehine irtifaklar ise köy taşınmaz irtifakları (*iura praediorum rusticorum*) ve şehir taşınmaz irtifakları (*iura praediorum urbanorum*) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²². Köy taşınmaz irtifakları, geçit irtifakları (*Iura Itinerum*), sulara ilişkin irtifaklar (*Iura Aquarum*) ve diğer irtifaklar olmak üzere gruplanmaktadır²³. Tanınmış olduğu yetkilere göre geçit ve su irtifakı kendi içinde ayrılmaktaydı²⁴. Şehir irtifaklarını ise sulara, duvarlara ve ışık almaya ilişkin irtifaklar oluşturmaktadır. Bunlardan duvarlara ve ışık almaya ilişkin irtifakların günümüze manzara kapatmama irtifakı olarak yansıdığı söylenebilir. Esasında duvarlara ilişkin irtifaklar dolaylı olarak manzara kapatmama ile ilgilidir. Zira *Servitus Immittendi* olarak anılan²⁵ duvara ya da kirişe dayanma hakkının tanınması, aslında bu hak tanınmadan önce bina sahibinin binasını, kendi duvar ya da kirişini oluşturarak ve dolayısıyla arada bir boşluk bırakmak suretiyle bina yapmak zorunda olduğu anlamına gelir. Böylece temel olarak bu irtifakın da manzara ile ilgili olduğu söylenebilir. Kişinin kendi taşınmazındaki inşaatı komşu yükümlü taşınmazdaki inşaatla yasama hakkı veren *Servitus Oneris Ferendi*²⁶ için de aynı yorumu yapmak mümkündür. Komşu taşınmaza balkon ya da teras gibi inşaat uzatma yetkisi veren bir irtifak hakkı da yine söz konusu irtifak türleri içerisinde değerlendirilmiştir²⁷. Bu sonuncu tür manzara kapatmama, nitelik itibarıyla bugünkü anlamına daha yakındır. *Servitus Luminum* olarak adlandırılan ışık almaya ilişkin irti-

²¹ KOSCHAKER/AYİTER, s. 168 vd.; MARZO, s. 295 vd.; ERDOĞMUŞ, s. 110 vd.

²² ERDOĞMUŞ, s. 107; KASER/KNÜTEL, s. 140. Bu ayrımın haklara ilişkin taşınmazların köyde ya da şehirde olmalarına göre yapıldığına dair, ÇELEBİCAN, s. 244. Ayrımda yararlanılan kıstas konusunda farklı görüşler için, bkz. MARZO, s. 304. Köy taşınmaz irtifakları hakkında "zıraî işletme (*rusticalis*) irtifak hakkı" teriminin kullanılışı için bkz. KOSCHAKER/AYİTER, s. 167.

²³ MARZO, s. 307; ÇELEBİCAN, s. 245; ERDOĞMUŞ, s. 107.

²⁴ KOSCHAKER/AYİTER, s. 167; ÇELEBİCAN, s. 245; MARZO, s. 307, 308.

²⁵ KASER/KNÜTEL, s. 141; ÇELEBİCAN, s. 246.

²⁶ KOSCHAKER/AYİTER, s. 168; ÇELEBİCAN, s. 246; MARZO, s. 309; KASER/KNÜTEL, s. 141.

²⁷ MARZO, s. 309; ÇELEBİCAN, s. 246.

faklar²⁸ ise doğrudan komşu taşınmazın manzarasını kesmeme ile ilgilidir. İrtifakın bir türünü teşkil eden Servitus altius non Tollendi'ye göre komşu taşınmazda yapılan inşaat, diğer inşaatın aydınlığını, havasını ve ışığını kesmemesi için belli bir yüksekliği aşmamalıydı²⁹. Bu kaçınma borcunun tam aksine bir yetki içeren Servitus altius Tollendi'ye göre ise komşu taşınmaz diğer taşınmazın havasını, ışığını veya aydınlığını kesebilecek şekilde inşaat yapma hakkına sahiptir³⁰.

Roma Hukukunda bir pencerenin kapanması sonucunu doğuran inşaata izin verme ya da inşaatla pencereyi kapatmama içeriğindeki irtifak örneklerine de rastlanmaktadır³¹. Iustinianus döneminden sonra irtifak kurma ve içeriğini belirleme noktasında serbestinin arttığı belirtilmektedir³².

Bir yapmama borcu yükleyen manzara kapatmama irtifakının bu özelliği Roma Hukukunda nonfacere olarak ifade edilmektedir³³.

İrtifak hakkının kuruluşu mancipatio ve in iurecessio muameleleri ile olmaktadır³⁴. Ancak zamanaşımı ile kazanmanın mümkün olduğu da ifade edilmektedir³⁵.

²⁸ ÇELEBİCAN, s. 246; MARZO, s. 309.

²⁹ MARZO, s. 309; KOSCHAKER/AYİTER, s. 168; ERDOĞMUŞ, s. 107, 108; KASER/KNÜTEL, s. 141; ÇELEBİCAN, s. 246.

³⁰ ÇELEBİCAN, s. 246. Işığı ya da manzarayı kesmeyi engellemesine göre farklı şekillerde adlandırılmaları için, MARZO, s. 309.

³¹ ÇELEBİCAN, s. 247. Servitus luminum şeklindeki adlandırıldığına dair, MARZO, s. 309.

³² ÇELEBİCAN, s. 247.

³³ KOSCHAKER/AYİTER, s. 168.

³⁴ ERDOĞMUŞ, s. 109; KOSCHAKER/AYİTER, s. 170; MARZO, s. 310; ÇELEBİCAN, s. 247 vd.

³⁵ MARZO, s. 310; ÇELEBİCAN, s. 247. Zamanaşımı ile kazanma konusundaki kaynakların kesinlik taşımadığına dair, KOSCHAKER/AYİTER, s. 171. Zamanaşımı ile mülkiyet iktisabı için gerekli şartlardan biri de malın gayri maddî olmamasıdır, GÜNAL, N.; Roma Hukukunda Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyet İktisabı (Usucapio), Ankara 2006, s. 54. O hâlde gayri maddîlik niteliği taşıyan irtifakın da zamanaşımı ile kazanılamayacağı görüşü savunulabilir.

III. KOMŞULUK HUKUKU ÇERÇEVESİNDE MANZARA KAPATMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir taşınmazın sahip olduğu manzaranın korunması adına açılan davalar genel itibariyle el atmanın önlenmesi üzerinden şekillenmektedir. Ancak söz konusu hak ya da yükümlülük diğer çeşitli hukukî kurumlarla da ilgili bulunmaktadır.

A) KOMŞULUK HUKUKU VE BUNUN BİR İHLÂLİ OLARAK MANZARA KAPATMAMA

Bir taşınmazın kullanılmasını doğrudan ya da dolaylı olarak sınırlayan özel hukuk hükümleri komşuluk hukuku olarak adlandırılmaktadır³⁶. Özellikle yoğun şehirleşmenin olduğu bölgelerde, kişilerin taşınmazlarını kullanırken normalde olduğundan daha fazla ihtimam göstermeleri gerektiği bir gerçektir. İhtimam göstermesi gereken mâlikin yaptığı fiil, esasında mülkiyet hakkına yapılan dolaylı bir müdahaledir³⁷. Doğrudan müdahaleleri engelleyici ya da telafi edici mekanizmalar zaten bulunmaktadır³⁸. Ancak dolaylı müdahalelerin de gerektiğinde engellenmesi ve zararlarının giderilmesi bir gerekliliktir.

Komşuluk hukuku kurallarının ilkinin oluşturan taşkınlıktan kaçınma yükümlülüğü TMK m. 737’de düzenlenmiştir. Hükme göre “*Herkes, taşınmaz mülkiyetinden doğan yetkileri kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini sürdürürken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür*”. Maddenin ilk fıkrasını oluşturan bu hüküm her türlü taşkınlığı içerebilecek şekilde çok geniş bir anlamı kapsamak üzere düzenlenmiştir. Dolayısıyla kanunkoyucu şu fıkra ile kuralı açıklığa kavuşturmuştur: “*Özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel âdete göre komşular arasında hoşgörülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum,*

³⁶ GÖKTÜRK, s. 918; TURGUT, N.; Çevre Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001, s. 535. Ayrıca bkz. EREN, Mülkiyet, s. 378; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 636.

³⁷ SİRMEN, Sorumluluk, s. 286; ULUSAN, İ.; Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s. 159, 160; TEKİNAY, S. S.; Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988, (TEKİNAY, Takyitler), s. 36, 37; GİRİTLİOĞLU, s. 91.

³⁸ Bunların TMK m. 737 uygulaması dışında kaldığına dair, TEKİNAY, Takyitler, s. 69; ÇÖRTOĞLU, Aşkın Kullanım, s. 113; GİRİTLİOĞLU, s. 91.

toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaktır". Komşuluk hukuku kuralları mâlike yapma, yapmama veya kaçınma şeklinde bir ödev yükleyebilir ki maddenin yüklediği ödev de kaçınmadır³⁹. Böylece mâlik mülkiyet hakkını kullandığı saikiyle bir başkasının şahıs ya da malvarlığına zarar verirse, mülkiyet hakkını aşkın kullanmış olmaktadır⁴⁰.

Mülkiyetin kullanımından doğan ve olağan görülebilen taşkınlıkların ortaya çıkması noktasında mâlik yetkili sayılır⁴¹. Dolayısıyla hoş görülebilecek derecede olan taşkınlıklar komşulara dava hakkı vermez⁴². Zira işin doğası gereği bazı etkilerin ortaya çıkması engellenemez. Bir fiilin TMK m. 737'ye göre taşkınlık teşkil etmesi için ise hoş görülebilecek derecenin üzerinde olması gerekir.

"Komşu taşınmaz" kavramı dar yorumlanmamalıdır. Dolayısıyla hem bitişik konumda olan hem de yerleşkede olan diğer taşınmazlar komşu taşınmaz olarak nitelenebilir⁴³. Taşkın kullanımın türüne ve bu türün etkilediği alana göre de komşu tanımının değişebileceği ifade edilmiştir⁴⁴.

Kanunkoyucu olağan taşkınlıklar sonucunda komşu taşınmaz mâlikinin görmesi muhtemel zararlar için de bir hüküm ihdas etmiştir. TMK m. 737/III'e göre mâlikin yerel âdete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklar dolayısıyla denkleştirme isteme hakkı saklıdır. Böyle bir durumda

³⁹ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 365 vd.; EREN, Mülkiyet, s. 379; GÖKTÜRK, s. 919; AYBAY/HATEMİ, s. 208; ULUSAN, s. 160.

⁴⁰ İNAL, T.; "Taşınmaz, Malik veya Malik gibi Davranan Tarafından Taşkın Surette Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun, Fransız Hukuku ile Karşılaştırılması ve Sonuçları", Coşkun Kırca'ya Armağan, İstanbul 1996, s. 99-124, s. 101.

⁴¹ ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 409; EREN, Mülkiyet, s. 379, 380; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 57; ULUSAN, s. 155; GÖKTÜRK, s. 920; GİRİTLİOĞLU, N.; Müdahalenin Men'i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1984, s. 128; SİRMEN, Sorumluluk, s. 282; Eşya, s. 426; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 638; ZEVKLİLER, A.; İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982, s. 115.

⁴² ABİK, Y.; "Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu", EÜHFD, Y. 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 145-186, s. 145.

⁴³ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 63; GÖKTÜRK, s. 918; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/ SERDAR, s. 401; TEKİNAY, Takyitler, s. 68; ERMAN, H.; Eşya Hukuku Dersleri, 6. Basım, İstanbul 2016, s. 116; İNAL, s. 111; GİRİTLİOĞLU, s. 89; ZEVKLİLER, s. 116.

⁴⁴ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 63; ZEVKLİLER, s. 118.

zarar gören mâlik taşkınlığın giderilmesini isteyemeyecektir; ancak yaşadığı değer kaybının karşılanmasını isteyebilir. Kanunkoyucunun “zararın karşılanması” ifadesi yerine “denkleştirme”yi kullanması dikkat çekicidir. Zira olağan tazminat sorumluluğunun aksine burada hukuka aykırı bir fiil yoktur. Ancak bu kullanım komşular açısından bazı maddî ya da manevî zararlara sebep olmaktadır. Bu sebeple durum “denkleştirme tazminatı” olarak özel bir isimle anılmaktadır⁴⁵.

Kanunkoyucu hoş görülebilecek derecenin tayininde dikkate alınmak üzere “taşınmazın durumu”, “taşınmazın niteliği” ve “yerel âdet” olmak üzere üç tane kıstas belirlemiştir. Bu noktada taşınmazın kullanımının tahsis edildiği amaç, taşkınlığın belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir. Örneğin bir fabrikada gerçekleşen üretimde yanma sonucu ortaya çıkan duman ve is, yapının amacı doğrultusunda olağandır. Ancak yine de çevresinde yerleşke ya da kendisi gibi üretim yapan fabrika olup olmamasına veya taşkınlığın derecesine göre kullanımın taşkınlık teşkil edip etmediği değerlendirilmelidir.

Taşkınlığın tayin edilmesinde etken olan bir diğer nokta taşınmazın niteliğidir. Fiil taşkınlık teşkil etmekle birlikte bazı durumlarda yapının özelliğinden dolayı taşkınlığın önlenemez olması mümkündür. Mesela ahşap bir yapının sesi daha fazla iletmesi ve bu sebeple de gürültüye sebep olması beklenen bir sonuçtur. Bu durum kâgir bir yapıda yapılan gürültü ile bir tutulamaz. Yine bir yapının konut, hastane ya da imalâthane olması da binanın niteliğinden kaynaklanan farklılıklar arasında gösterilmektedir⁴⁶.

Taşınmazın bulunduğu çevredeki yerel âdet de taşkınlığın tahammül edilebilir derecede olup olmadığını etkiler. Örneğin bir yerde bütün dükkân sahipleri dericilikle uğraşıyorsa⁴⁷ ya da bir köyde herkes

⁴⁵ OĞUZ, C.; “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Mâlikinin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, s. 209-217, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_9.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2019) s. 211. Mülkiyetin muhtevasına yabancı olan müdahaleler için tazminat ödenmesi gerektiğine, buna karşılık ödevler zaten mülkiyetin içeriğinde yer aldığından bunların karşılığında gerçek anlamda tazminat değil, fedakârlığın denkleştirilmesi olarak bir tazminat ödemesi yapıldığına dair, SİRMEN, Sorumluluk, s. 284.

⁴⁶ SİRMEN, Eşya, s. 426.

⁴⁷ SİRMEN, Eşya, s. 426; SİRMEN, Sorumluluk, s. 292.

hayvancılıkla uğraşıyorsa⁴⁸ söz konusu faaliyetler dolayısıyla ortaya çıkan koku olağan karşılanabilir. Dolayısıyla hoş görülebilir. Bu örnekte komşulardan birinin taşkın kullanım olduğunu öne sürmesi, hakkın kötüye kullanımını teşkil eder. Dikkate alınması gereken yerel âdet, dava açıldığı anda söz konusu yerde mevcut olan âdetlerdir⁴⁹.

Kanunkoyucu TMK m. 737/II'de taşkınlık teşkil edebilecek bazı durumları saymıştır. Bunların arasında duman, koku, kurum, toz, gürültü veya sarsıntı fiilleri bulunmaktadır⁵⁰. Ancak bu sayım örnekseyicidir⁵¹. Dolayısıyla bunun dışındaki hâllerin taşkın kullanım teşkil etmesi de mümkündür.

Taşkınlık teşkil eden fiilin maddî ya da manevî bir etkide olabileceği ifade edilmiştir⁵². Beş duyu organı ile anlaşılabilen bir taşkınlık maddî taşkınlık oluşturur⁵³. TMK m. 737/II'de sayılmış etkiler maddî niteliktedir. Ancak bunların dışındaki insan fiili sonucu ortaya çıkan katı, sıvı ya da gaz şeklindeki sonuçlar da maddî taşkınlık teşkil edebilir⁵⁴. Petrol atıklarının su kaynağını kirletmesi, sanayi kuruluşlarından gelen gürültüler veya baz istasyonu kaynaklı müdahaleler birer maddî müdahaledir⁵⁵. Hoşa gitmeyen ve kişiyi tâciz edici ruhî davranış ve olay-

⁴⁸ Örnek için bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 639; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 401. Aynı yönde, GÖKTÜRK, s. 921.

⁴⁹ EREN, Mülkiyet, s. 382; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 639.

⁵⁰ Bunların hastalık yapıcı özelliğe sahip olmasının gerekmediği hakkında, BERKİ, Ş.; Aynı Haklar, Ankara 1965, s. 58, dn. 181.

⁵¹ SİRMEN, Sorumluluk, s. 286; Eşya, s. 426; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 401; ERMAN, s. 116; TEKİNAY, Takyitler, s. 71.

⁵² GÖKTÜRK, s. 920; SİRMEN, Sorumluluk, s. 287, 288, Eşya, s. 426; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 412; ULUSAN, s. 161 vd.; TEKİNAY, Takyitler, s. 71. Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 638; EREN, Mülkiyet, s. 380. Bundan başka maddî taşkınlıklar konusunda olumlu (aktif) ve olumsuz (pasif) ve manevî taşkınlık şeklinde yapılan ayırım için, ABİK, s. 145 vd.; SİRMEN, Eşya, s. 426; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 104; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 412.

⁵³ ABİK, s. 146. Etkisini hava, su ve toprak vasıtasıyla gösteren katı, sıvı veya gaz hâlindeki taşkınlıkları ifade ettiği yönünde, SİRMEN, Eşya, s. 426.

⁵⁴ SİRMEN, Sorumluluk, s. 287; Eşya, s. 426; ULUSAN, s. 161; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 638; GÖKTÜRK, s. 920. Bkz. EREN, Mülkiyet, s. 380, 381.

⁵⁵ ABİK, s. 161, 165, 171.

lar ise manevî yönden taşkınlık oluşturur⁵⁶. Taşınmaza komşu bir akıl hastanesinin bulunması ve oradaki hastaların bakışları⁵⁷ ya da komşunun evinde yabanî hayvan ya da pitbul cinsi köpek beslemesi ve kişinin bu yüzden kendisini sürekli tehdit altında hissetmesi manevî taşkınlık oluşturan fiillerdir.

Kanunun kullanmış olduğu “işletilmesi” ifadesinden sadece ekonomik anlamda işletmenin değil, fiilen kullanımın da kast edildiği ifade edilmektedir⁵⁸.

Müdahale olarak görülen fiil olumlu ya da olumsuz tarzda gerçekleştirilebilir⁵⁹. Bir yere insan, hayvan, madde ve bu arada ışık, rüzgâr girişini engellemek olumsuz şekilde müdahale sayılmıştır⁶⁰. Böylece taşınmazın manzarasının kapatılması da TMK m. 737 anlamında taşkınlık teşkil eder⁶¹. Ancak olumsuz müdahalelerin TMK m. 737’ye göre bir taşkınlık teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁶² TMK m. 737’deki müdahaleler işletme ve kullanmadan doğduğu için, olumsuz tarzda icra edilen fiiller maddenin kapsamı içerisinde değerlendirilmezler. Diğer görüş ise örnek olarak sayılan fiillerin olumlu müdahaleler olmasının, olumsuz tarzda olan müdahalelerin madde dışında tutulmasını haklı kılmadığını ifade etmektedir⁶³. Bir başka görüş⁶⁴ ise manzara kapatmanın ancak imara aykırı bir yapının hoşgörüsümlerini aşması durumunda ileri sürülebileceğini, yapının imara uygun olması durumunda taşkınlıktan bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Günümüz toplumsal hayatı ve hız kazanan teknolojik gelişmeler, manzara kapat-

⁵⁶ ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 412; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 639; TEKİNAY, Takyitler, s. 71; EREN, Mülkiyet, s. 381; ULUSAN, s. 164.

⁵⁷ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 638, 639. Aynı yönde, GÖKTÜRK, s. 920.

⁵⁸ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 56; Aşkın Kullanım, s. 117 vd.

⁵⁹ EREN, Mülkiyet, s. 381; SİRMEN, Sorumluluk, s. 286; AYBAY/HATEMİ, s. 208; ULUSAN, s. 166; TEKİNAY, Takyitler, s. 70 vd.

⁶⁰ SİRMEN, Sorumluluk, s. 286; Eşya, s. 426; ULUSAN, s. 166. Ayrıca bkz. EREN, Mülkiyet, s. 381; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 157; TEKİNAY, Takyitler, s. 74.

⁶¹ ULUSAN, s. 166, 167; SİRMEN, Eşya, s. 426; TEKİNAY, Takyitler, s. 74.

⁶² Bu yöndeki görüşler için bkz. ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 157, 158.

⁶³ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 162. Bu yöndeki diğer görüşler için bkz. ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 158.

⁶⁴ TEKİNAY, Takyitler, s. 74, 75.

manın da TMK m. 737 anlamında bir müdahale sayılmasını gerektirmektedir. Ayrıca madde lafzında da böyle bir yoruma ulaşmaya engel bir hâl yoktur. Hatta “özellikle” ifadesinin kullanılmış olması, taşkınlık arz edecek fiiller konusunda daraltıcı yorum yapmamayı gerekli kılmaktadır⁶⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da vermiş olduğu bir kararda manzara kapatmanın TMK m. 737 anlamında bir taşkın kullanım olduğu sonucuna varmıştır⁶⁶.

Manzara kapatmanın hangi fiil sonucu doğmuş olduğunun, fiilin manzara kapatma olarak nitelenmesi açısından bir önemi yoktur. Yerine göre bir bina⁶⁷ ya da bitkilerin dalları ve kökleri⁶⁸, manzara kapatma sonucunu doğurabilir. Önemli olan taşınmazın yapısı, niteliği ve durumu ile yerel âdete bakılarak kapatmanın makul karşılanıp karşılanamayacağıın saptanmasıdır.

B) TAŞINMAZ MÂLİKİNİN SORUMLULUĞU KAPSAMINDA MANZARA KAPATMA FİİLİNİN VE SONUÇLARININ ORTADAN KALDIRILMASI

Bir fiilin TMK m. 737 anlamında taşkın kullanım teşkil etmesi ve bu arada manzara kapatma durumunun ortaya çıkması hâlinde, hak sahibinin koruma talep edebileceği çeşitli davalar bulunmaktadır. Ancak TMK m. 730’da yer verilmiş olan taşınmaz mâlîkinin sorumluluğu, m. 737 ile doğrudan ilişki içerisindedir. Hatta doktrinde taşınmaz mâlîkinin sorumluluğu hükümleri, komşuluk hukuku ihlallerinin yaptırımını sayıl-

⁶⁵ Ne var ki Yargıtay komşu taşınmaza pencere açılıp mahremiyetin ihlâl edilmesi konulu bir olaydaki kararında, sırf pencere açmanın koku, duman gibi bir taşkınlık olmadığı için komşuluk hukukuna aykırı bir kullanım kabul edilemeyeceği yönünde karar vermiştir, 1 HD. T.02.03.2017, E. 2014/19365, K. 2017/1039, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁶⁶ HGK, T. 27.09.2006, E. 2006/1-551, K. 2006/597, <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁶⁷ 1. HD. 24.12.1973, 12037/9580 no’lu karar için bkz. ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 165. Ayrıca bkz. ULUSAN, s. 168.

⁶⁸ 1. HD. 12.06.1944, 2249/319 no’lu karar için bkz. ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s.167. Ayrıca bkz. ULUSAN, s. 168.

maktadır⁶⁹. Dolayısıyla manzara kapatma durumunda bunun ortadan kaldırılması ve zararın giderilmesi, TMK m. 730 yoluyla talep edilebilir.

Taşınmaz mâlikinin sorumluluğu kusur esasına dayanmaz⁷⁰. Ayrıca taşınmaz mâlikinin, şartların gerektirdiği bütün özeni gösterdiğinden bahisle sorumluluktan kurtulması da mümkün değildir⁷¹.

Taşkın kullanım dolayısıyla komşu taşınmaz mâlikinin sorumluluğuna başvurulabilmesi için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Gerçekleşmesi için gereken şartlar genel ve özel şartlar olmak üzere ikiye ayrılır. Genel şartlardan ilki bir zararın gerçekleşmesidir⁷². Zarar maddi ya da manevî olabilir⁷³. Maddî zararın da eşyanın tamamen tahrip olması şeklinde meydana gelmesi gerekmez⁷⁴. Sorumluluğun ortaya çıkması için gerekli ikinci genel şart ise taşkın kullanımın

⁶⁹ ZEVKLİLER, s. 129; SİRMEN, Sorumluluk, s. 284; Eşya, s. 428; ABİK, s. 146; BADUR, E.; "Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2001, S. 3, s. 835-880, s. 836; ŞAHİN, T.; "Türk Medeni Kanununun 730. Maddesi Kapsamında Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu", Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2018, C. 13, S. 143, s. 43-54, s. 44; TEKİNAY, Takyitler, s. 68. Ancak TMK m. 730'dan doğan sorumluluğun olağan sebep sorumluluğu ya da tehlike sorumluluğu olduğunu savunan görüşler de vardır. Görüşlerle ilgili olmak üzere, bkz. EREN, Mülkiyet, s. 468; Borçlar, s. 679, 680; BADUR, s. 839 vd.; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 689, 690; KAYA KIZILIRMAK, C.; "Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan Elatmanın Önlenmesi Davası", Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku, (Editörler: Prof. Dr. Tufan Öğüz/Prof. Dr. Baki İlkay Engin), 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 239-270, s. 262, 263.

⁷⁰ ABİK, s. 146; SİRMEN, Sorumluluk, s. 289; Eşya, s. 442; EREN, Mülkiyet, s. 466; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, (EREN, Borçlar), s. 678; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 688; ERMAN, s. 110; AYBAY/HATEMİ, s. 210; ŞAHİN, s. 44; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 408; AKINTÜRK, s. 569; İNAL, s. 103, 111.

⁷¹ SİRMEN, Sorumluluk, s. 289; Eşya, s. 442; İNAL, s. 105; EREN, Mülkiyet, s. 466; ABİK, s. 146.

⁷² GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 698; BADUR, s. 857; EREN, Borçlar, s. 680; Mülkiyet, s. 469; SİRMEN, Sorumluluk, s. 292; Eşya, s. 446; ŞAHİN, s. 44; AKINTÜRK, s. 571; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 410; ERMAN, s. 111; TURGUT, s. 536. Baz istasyonları konusunda zarara yol açıp açmadığının değil, taşkın davranış oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerektiği konusunda, KAYA KIZILIRMAK, s. 264.

⁷³ AKINTÜRK, s. 571; ERMAN, s. 111; EREN, Borçlar, s. 680; Mülkiyet, s. 469; BADUR, s. 857; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 698.

⁷⁴ SİRMEN, Sorumluluk, s. 292; EREN, Borçlar, s. 680; Mülkiyet, s. 469; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 698; BADUR, s. 857.

hukuka aykırı bir nitelik taşınmasıdır⁷⁵. Esasında mülkiyet hakkının kullanılmasını sonucunda birtakım etkilerin ortaya çıkması ve bu etkilerin komşulara yansması kaçınılmazdır. Bir mülkin mülkiyet hakkını kullanmasından dolayı ortaya bir zarar çıktığından bahsedebilmek için kullanımın hukukun tasvip etmediği bir boyuta ulaşması gerekir. Bu da hukuka aykırılık olarak nitelenir ki söz konusu durum komşuluk hukuku kurallarının ihlali sonucu ortaya çıkmış olur. Son genel sebep ise zarar ile taşkın kullanım arasında illiyet bağının varlığıdır⁷⁶. Söz konusu bağın kurulup kurulmadığına, hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre somut olayda meydana gelen zarara taşkın kullanımın sebep olup olmadığının tespiti ile ulaşılır⁷⁷. Mücbir sebep, zarar görenin ya da üçüncü kişinin ağır kusuru illiyet bağını keser⁷⁸.

Komşuluk hukuku kurallarına aykırılık dolayısıyla doğan sorumluluktan bahsedebilmek için gerekli özel şartlar ise taşınmaz üzerinde bir aynî hakkın varlığı ile bu taşınmazın taşkın kullanımınıdır⁷⁹. Taşınmaz üzerinde bir aynî hak sahibi olmak arandığı için bunun bir sınırlı aynî hak olmasının da yeterli olduğu kabul edilmektedir⁸⁰. Buna karşılık taşınmaz üzerinde kişisel hak sahibi olan kimseler bu zarardan sorumlu tutulamaz⁸¹. Aynî hak sahipliği açısından zararın gerçekleştiği andaki

⁷⁵ EREN, Borçlar, s. 681; Mülkiyet, s. 469; ERMAN, s. 111.

⁷⁶ ERMAN, s. 110; SİRMEN, Sorumluluk, s. 293; Eşya, 447; AKINTÜRK, s. 571; EREN, Borçlar, s. 681; Mülkiyet, s. 470; ŞAHİN, s. 44; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 699.

⁷⁷ SİRMEN, Eşya, s. 444. Ayrıca bkz. EREN, Borçlar, s. 681; ERMAN, s. 111. EREN, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (EREN, İlliyet Bağı), s. 51.

⁷⁸ EREN, Borçlar, s. 681; Mülkiyet, s. 470, 477; BADUR, s. 860; ERMAN, s. 111; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 699. Ayrıca bkz. SİRMEN, Sorumluluk, s. 293.

⁷⁹ BADUR, s. 843 vd.; EREN, Borçlar, s. 682 vd.; Mülkiyet, s. 471 vd.; ER-TAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 410; ERMAN, s. 111; GÜRSOY/EREN/ CANSEL, s. 691 vd.; TURGUT, s. 535; İNAL, s. 105.

⁸⁰ ULUSAN, s. 180; ABİK, s. 181; AKINTÜRK, s. 572; İNAL, s. 105; EREN, Borçlar, s. 682; BADUR, s. 844; SİRMEN, Sorumluluk, s. 289; Eşya, s. 444; ERMAN, s. 111; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 691.

⁸¹ BADUR, s. 844; EREN, Borçlar, s. 682; Mülkiyet, s. 471; ULUSAN, s. 181; ABİK, s. 181; ERMAN, s. 110, 111; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 692; İNAL, s. 105. Kiracılık ilişkisinde, mülkin kiracının davranışlarından dolayı sorumlu olduğu konusunda, EREN, Borçlar, s. 683; BADUR, s. 844; SİRMEN, Eşya, s. 444. Kişisel hak sahiplerinin

hak sahibinin sorumlu olması gerekir⁸². Mâlik davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin taşınmaz taşkın kullanmalarından dolayı da sorumludur⁸³. İster aynî hak sahibinin isterse kendilerinden sorumlu olduğu kişilerin davranışı olsun sorumluluğa temel sayılabilmesi için fiilin taşkın bir kullanım teşkil etmesi gerekir⁸⁴. Bu da mülkiyet hakkı için öngörülmüş ödevlere aykırı bir kullanımın varlığını gerektirir. Taşkın kullanım teşkil eden ihlâl fiilinin, özel hukuk, kamu hukuku ya da karma hukuk kurallarını ihlâl eden bir norm olabilir⁸⁵. Bununla birlikte bir görüşe göre⁸⁶ sadece özel hukuktan doğan ödevlerin ihlâli taşkın kullanım teşkil eder. Hangi ödevlere aykırılığın taşkın kullanım teşkil ettiği, kabul edilen görüş doğrultusunda değişmektedir; ancak en azından mülkiyetin özel hukuktan doğan kısıtlamalarına aykırı kullanımın bu kapsamda değerlendirildiği her iki görüşün de ortak noktasıdır. Kullanımın ekonomik amaç taşınması gerekmez. Taşınmaz işletilme, kullanılma, hatta eğlence ve dinlenme amacına tahsis edilmiş olabilir⁸⁷. Yeter ki kullanma, yararlanma veya işletme ile zarar arasında işlevsel bir bağ kurulmuş olsun⁸⁸. Ancak taşkınlık bir insan davranışından kaynaklanmalıdır⁸⁹.

Manzara kapatma dolayısıyla zarar gören veya bir tehlike ile karşı karşıya kalan mâlik TMK m. 730'a dayanarak dava açtığında, durumun eski hâle getirilmesini ya da tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Örneğin yapılan bina ya da çekilen duvar dolayısıyla ışığı kapanan mâlik, bu kapsamda bina ya da duvarın yıkılmasını isteyebilir.

de sorumlu olacağı konusundaki diğer görüşler için bkz. SİRMEN, Sorumluluk, s. 289.

⁸² BADUR, s. 848; ERMAN, s. 111; ABİK, s. 181; EREN, Borçlar, s. 682; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 692.

⁸³ EREN, Borçlar, s. 682; BADUR, s. 849; SİRMEN, Eşya, s. 444; ERMAN, s. 111. Ayrıca bkz. SİRMEN, Sorumluluk, s. 289; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 692; İNAL, s. 106.

⁸⁴ SİRMEN, Sorumluluk, s. 290; EREN, Borçlar, s. 684; ERMAN, s. 111; BADUR, s. 852.

⁸⁵ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 210; ŞAHİN, s. 44; EREN, Borçlar, s. 68; Mülkiyet, s. 469; BADUR, s. 854, 855; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 693, 694.

⁸⁶ AKINTÜRK, s. 570.

⁸⁷ GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 694; BADUR, s. 853; EREN, Borçlar, s. 685.

⁸⁸ EREN, Borçlar, s. 685; Mülkiyet, s. 475; BADUR, s. 853; ERMAN, s. 111; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 694.

⁸⁹ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 212; GÜR-SOY/EREN/CANSEL, s. 695; EREN, Borçlar, s. 686; Mülkiyet, s. 475; ERMAN, s. 111.

Eski hâle getirme davasının niteliği itibarı ile özel bir el atmanın önlenmesi davası olduğu, dolayısıyla aynî dava olup zamanaşımına tâbi olmadığı belirtilmektedir⁹⁰.

Bir yapı henüz inşaat hâlinde ve ileride manzarayı kapatacağı tahmin ediliyorsa inşaatın durdurulması talep edilebilir⁹¹. Bununla beraber tehlikenin giderilmesi adı altında başvurulabilen inşaatın veya işletme faaliyetinin durdurulması şeklindeki bu önlemlerin, en son çare olarak düşünülmesi gerektiği ifade edilmektedir⁹².

Bir işletme deniz manzarasının kapanması dolayısıyla müşterilerini kaybetmişse bundan doğan zararının giderilmesini TMK m. 730 kapsamında isteyebilir. Ancak bu örnekte muhtemel zarar göz önünde tutulmuş olur⁹³. Yoksa zararın temel olarak, taşınmazın zarar verici olaydan önceki durumu ile bu olay meydana gelmemiş olsaydı mevcut durum arasındaki fark olduğu ifade edilmektedir⁹⁴. Tazmin yükümlülüğünün doğması için mâlikin kusurlu olması da gerekir⁹⁵. Tazminat davası diğer davalar arasında seçimlik olarak açılacak bir dava değildir; örneğin eski hâlin iadesi ile birlikte tazminat davası da açılabilir⁹⁶.

IV. EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI ÇERÇEVESİNDE MANZARA KAPATMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Manzarası kapanan bir mâlikin mülkiyet hakkı esasında birden fazla hukukî durumu ilgilendiren bir şekilde ihlâl edilmiş durumdadır. İhlâl fiilinin sonucu Eşya Hukuku, Borçlar Hukuku alanında ya da Kamu Hukukunda doğmuş olabilir. Dolayısıyla manzara kapatma fiilinin veya etkilerinin ortadan kaldırılabilmesi için TMK m. 683/II' de yer ve-

⁹⁰ BADUR, s. 863; AKINTÜRK, s. 574; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 213, 239. Ayrıca bkz. GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 705.

⁹¹ ABİK, s. 174; BADUR, s. 863.

⁹² BADUR, s. 863; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 216.

⁹³ SİRMEN, Sorumluluk, s. 293.

⁹⁴ SİRMEN, Sorumluluk, s. 292; Eşya, 446.

⁹⁵ BADUR, s. 861. Kusur gerekmediği yönündeki görüşler için bkz. ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 219.

⁹⁶ BADUR, s. 863; SİRMEN, Eşya, s. 443.

rilmiş olan haksız elatmanın önlenmesi davasının açılıp açılmayacağı da gündeme gelebilir.

A) EL ATMANIN ÖNLENMESİ DAVASI VE ŞARTLARI

Kişinin taşınır ya da taşınmaz bir eşyası üzerinde hâkimiyet yetkisi ortadan kaldırılmamakla birlikte, yetkinin kullanılması haksız olarak zorlaştırılıyorsa, engelleniyorsa ya da kısıtlanıyorsa bu durumun ortadan kaldırılması adına mâlik el atmanın önlenmesi davası açabilir⁹⁷. Böyle bir hâlde mâlik eşya üzerindeki hâkimiyet yetkisini tamamen kaybetmemiştir; ancak hukukî yararının gerektirdiği şekilde de kullanamamaktadır. Davanın açılabilmesi için mutlaka müdahalenin başlamış olması gerekmez; ileride böyle bir müdahalenin gerçekleşmesi konusunda kuvvetli bir ihtimâl varsa açılması mümkündür⁹⁸.

Özü itibariyle mülkiyet hakkından kaynaklanan bu davanın açılabilmesi için davalının kusurlu olmasına ya da müdahalenin bir zarara sebebiyet vermesine gerek yoktur⁹⁹. Fakat müdahale mutlaka hukuka aykırı, haksız bir el atma olmalıdır¹⁰⁰. El atma fiili yapma, yapmama ya da kaçınma şeklinde gerçekleşebilir¹⁰¹. Fiil devam ettiği müddetçe de zamanasını söz konusu olmaz¹⁰². Davacı eşya üzerindeki mutlak hakkı zedelenen (kural olarak) mâlik ya da irtifak gibi sınırlı aynî hak sahibidir¹⁰³. Davalı ise mülkiyet hakkına ya da sınırlı aynî hakka haksız olarak el atan gerçek ya da tüzel kişidir¹⁰⁴.

Davada davacı mülkiyet hakkını, haksız el atmayı, davalının hukuka aykırı davranışı ile el atma arasındaki uygun illiyet bağıını ispat

⁹⁷ EREN, Mülkiyet, s. 42; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 389; SİRMEN, Eşya, s. 255.

⁹⁸ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 389; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 215; EREN, Mülkiyet, s. 43; SİRMEN, Eşya, s. 255, 256.

⁹⁹ EREN, Mülkiyet, s. 43; SİRMEN, Eşya, s. 256; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 390.

¹⁰⁰ GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 390; EREN, Mülkiyet, s. 44; SİRMEN, Eşya, s. 256.

¹⁰¹ EREN, Mülkiyet, s. 46; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 391.

¹⁰² GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 391; EREN, Mülkiyet, s. 46; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 215.

¹⁰³ AKINTÜRK, s. 634; EREN, Mülkiyet, s. 47, 48. Mülkiyet hakkının ispat edilmesi gerektiği noktasında, ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 215.

¹⁰⁴ EREN, Mülkiyet, s. 49.

etmekle yükümlüdür¹⁰⁵. Mâlikin kamu hukuku ya da özel hukuk dolayısıyla bir katlanma ödevi varsa el atma haksız sayılmaz¹⁰⁶.

B) MANZARA KAPATMA DURUMUNDA TMK M. 730 İLE TMK M. 683'TEKİ DAVALARDAN HANGİSİNİN AÇILDIĞININ TESPİTİ

Manzara kapatma davalarında dilekçenin talep kısmı genel olarak, “el atmanın önlenmesi ve kal istemi” şeklinde düzenlenmektedir¹⁰⁷. Ancak bu el atma talebinin, komşuluk hukuku ihlâllerinin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak açılabilen TMK m. 730'a mı yoksa genel olarak el atmayı yaptırma bağlayan TMK m. 683'e mi dayandığı açıkça yer almamaktadır. Dolayısıyla bu noktada birtakım problemler doğmaktadır: Acaba komşuluk hukuku ihlâli olarak manzara kapatma ortaya çıktığında davacı TMK m. 730'a göre dava açmak zorunda mıdır? Yoksa hiç bu yola başvurmadan TMK m. 683'e dayalı olarak dava açabilir mi? Her iki imkân da mevcut ise bu davalar birbiri ile yarışır mı?

Doktrinde TMK m. 730'da yer verilen el atmanın önlenmesi davası ile TMK m. 683'te düzenlenen el atmanın önlenmesi davası arasındaki ilişki hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe¹⁰⁸ göre iki hukukî kurum da şartların gerçekleşmesi hâlinde birbirinden farklı koruma imkânı sunar; bu sebeple iki dava birbiri ile yarışır. Bir diğer görüşe¹⁰⁹ göre ise TMK m. 730'da kişiye tanınan dava haklarından biri olan el atmanın önlenmesi davası, TMK m. 683'te yer alan el atmanın önlenmesi

¹⁰⁵ GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 392, 393; EREN, Mülkiyet, s. 49.

¹⁰⁶ EREN, Mülkiyet, s. 50. Ayrıca bkz. GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 394.

¹⁰⁷ Komşuluk hukukunun manzara kapatma vasıtasıyla ihlâl edildiği bir olaylarda aynı şekilde yapılan talepler için bkz.14. HD. T. 19.02.2018, E. 2015/8380, K. 2018/1175, <https://www.emsal.co/ictihatlar/komsuluk-hukukundan-kaynaklanan-elatmanin-onlenmesi-istemi/> (Erişim Tarihi: 20.04.2019); 14. HD. T. 02.03.2015, E.2014/11769, K.2015/2266, <http://www.lebilyalkin.com.tr/mevzuat/diger/yargitay-kararlari/komsuluk-hukuku-el-atmanin-onlenmesi-mulkiyet-hakkinin-kisitletmesi.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2019).

¹⁰⁸ SİRMEN, Eşya, s. 256, dn. 42.; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 595;

¹⁰⁹ BADUR, s. 863; AKINTÜRK, s. 574; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 213, 239; GİRİTLİ-OĞLU, s. 129. Özel şekli olduğu belirtilmeden sadece bu davanın açılabilceğinin belirtildiği görüş için, ERMAN, s. 116. İki davanın birbirine benzediği konusunda, İNAL, s. 105.

davasının özel bir şeklidir; öncelikle uygulanması gerektiği için de aralarında yarışma söz konusu olmaz.

İki madde karşılaştırıldığında her iki kurumun da büyük oranda benzerlik taşıdığı görülmektedir. İlk olarak her iki davada da davacı mülkiyet hakkına yönelmiş bir tehdidi ya da yerine göre saldırıyı def etmeyi amaçlar. Yine her iki davada da ihlâlin kusurlu bir fiil ile gerçekleşmesine gerek yoktur. Her iki dava türünde de ihlâl yapma, yapmama ya da kaçınma şeklinde icra edilebilir. Nihayet her ikisi de temelinde mülkiyet hakkına dayandığından, ihlâl fiili devam ettiği müddetçe dava açılabilir, zamanaşımı yoktur. Buna karşılık iki dava türü arasında bazı farklar da bulunmaktadır. Her şeyden önce TMK m. 683'te yer alan elatmanın önlenmesi davasının hem taşınırılar hem de taşınmazlar için açılması mümkündür. TMK m. 730'a dayanan bir koruma talep edebilmek için ise dava konusu eşyanın taşınmaz olması gerekir. İki dava türü arasındaki en büyük fark ise açılma sebepleridir. TMK m. 730'a dayalı olarak bir koruma talep edebilmek için kendisine karşı koruma talep edilen fiilin, taşınmazın işletilmesinden ya da kullanılmasından kaynaklanan bir taşkın kullanım teşkil etmesi gerekir. Burada komşular arası bir kullanım sınırının aşılması sorunu ortaya çıkmaktadır. Ancak TMK m. 683'ten kaynaklanan davanın açılmasında ihlâl fiilinin komşuluk hukuku kurallarına aykırılıktan doğması gerekmez. TMK m. 730'un aksine doğrudan yapılan müdahaleler de korumanın kapsamındadır. Bunun gibi ihlâli gerçekleştiren kimsenin komşu olması da zorunlu değildir. Ancak ifade etmek gerekir ki hem komşuluk hukuku ihlâlleri hem de doğrudan mülkiyet hakkını ihlâl eden fiiller TMK m. 683'le sağlanan korumanın kapsamındadır. Tüm bu veriler ışığında şöyle bir sonuca ulaşılmaktadır ki TMK m. 683'e dayalı olarak hakkında koruma talep edilebilecek fiiller TMK m. 730'a dayanan el atmanın önlenmesindeki fiilleri kapsayacak şekilde daha geniştir.

Komşuluk hukuku kuralının bir ihlâli olarak bir manzara kapatma olayı ortaya çıktığı zaman, esasında davacının talebini TMK m. 730 üzerinden yürütmesi beklenir. Çünkü bu madde bizzat komşuluk hukuku kurallarının yaptırımı olmak üzere kanunda bulunmaktadır. Ancak davacı talebini TMK m. 730 değil TMK m. 683'e dayandırdığı durumda da sırf özel bir madde olduğu gerekçesiyle dava reddedilmemelidir. Çünkü

mülkiyet hakkını temel aldıkları için iki madde de aynı korumayı sağlamaktadır. İkisinde de ihlalcinin kusuru gerekmemektedir ve ikisinde de ihlâl devam ettiği müddetçe dava açmak mümkündür. Belirtmek gerekir ki TMK m. 730'a göre dava açmak davacının işini zorlaştırabilir. Çünkü davacı talebini TMK m. 730'a dayandırdığı zaman ihlalcinin komşu taşınmaz olduğunu ve taşkınlığın onun kullanımından kaynaklandığını, bu kullanımın da olağan bir kullanımın ötesine ulaştığını ispat etmek zorundadır. Oysa TMK m. 683'te sadece hukuka aykırı bir müdahale ile mülkiyet hakkının ispatı yeterlidir. Sırf özel hukukun genel hukuka öncelikle uygulandığından veya komşuluk hukuku gerekçesini görmediğinden bahisle, sağladığı menfaat diğer dava ile aynı olan talep reddedilmemelidir.

V. İRTİFAK HAKKI ÇERÇEVESİNDE MANZARA KAPATMAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bir manzaranın kapanmamasında hukukî yararı olan kimse, bazı durumlarda kanunun sağladığı genel hükümlerin hukukî korumasından daha ileri boyutta bir korumaya ulaşmak isteyebilir. Bunun gibi mâlik yakın gelecekte manzarası ile ilgili bir kaygısı olmasa bile, uzun vadede yapmak istediği yatırımlar dolayısıyla taşınmazının manzarasını korumak isteyebilir. İşte böyle bir durumda manzara sahibinin başvurduğu mekanizma manzara kapatmama irtifakıdır.

İrtifak hakkı, hak sahibinin mâlikin eşya üzerinde sahip olduğu kullanma ve yararlanma yetkilerinden sadece birini, birkaçını veya tümünü sağlayan, irtifak yükümlüsünün ise irtifak hakkı sahibi lehine bazı yetkilerini kullanmaktan kaçınmakla yükümlü olduğu sınırlı aynî hak türüdür¹¹⁰. İrtifak hakları çeşitli açılardan ayrıma tâbi tutulabilir. İlk olarak sahibine verdiği yararlanma yetkisi bakımından irtifaklar tam yararlanma ve sınırlı yararlanma yetkisi veren irtifaklar olmak üzere

¹¹⁰ ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 498; ÜNAL, M./BAŞPINAR, V.; Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 54; SİRMEN, Eşya, s. 513; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 784; ERMAN, s. 150; AKINTÜRK, s. 636; KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S.; Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1972-1973, s. 27; TEKİNAY, S. S.; Menkul Mülkiyeti Sınırlı Aynî Haklar, II/3, İstanbul 1994, (TEKİNAY, Sınırlı Aynî Haklar), s. 29; AY-BAY/HATEMİ, s. 250.

ikiye ayrılır¹¹¹. Tam yararlanma yetkisi veren irtifaklar sahibine kullanma ve yararlanma ile ilgili bütün yetkileri tanır¹¹². Söz konusu yetkilerden yalnızca bir ya da birkaçının hak sahibine tanındığı hâlde ise sınırlı yararlanma yetkisi veren bir irtifak hakkı söz konusudur¹¹³. İkinci olarak irtifak hakları mâlike katlanma veya kaçınma yükümlülüğü yüklemesi bakımından da ayrıma tâbi tutulmaktadır¹¹⁴. İrtifak hakkının sağladığı yetkinin kullanılma biçimi açısından ise irtifaklar olumlu ve olumsuz irtifaklar olmak üzere ikiye ayrılır¹¹⁵. Olumlu irtifaklarda hak sahibi eşyayı kullanarak kendisine yarar sağlarken; olumsuz irtifaklarda bu yararın sağlanabilmesi için diğer mâlikin belli bir kullanım biçiminden kaçınması gerekir¹¹⁶. Nihayet bir irtifak hakkına sahip olmak bir taşınmaza mâlik olmaya bağlı ise taşınmaz lehine (eşyaya bağlı) irtifak hakkından; buna karşılık bir gerçek ya da tüzel kişiye irtifak hakkı tanınmışsa kişi lehine (kişiye bağlı) irtifaktan söz edilir¹¹⁷.

İrtifaklar için yapılan gruplandırmalar çerçevesinde manzara kapatmama irtifakı; sahibine sınırlı ve olumsuz bir yararlanma yetkisi tanıyan, yükümlü taşınmaz mâlikine kaçınma yükü getiren, kişiye ya da taşınmaz lehine olarak kurulabilen bir irtifak türüdür. Manzara kapatmama irtifakı olağanüstü zamanaşımı yoluyla kazanma hâriç¹¹⁸ aslen, devren ya da tesisen kazanılabilir.

¹¹¹ ERMAN, s. 150; SİRMEN, Eşya, s. 513; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 499.

¹¹² ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 499; SİRMEN, Eşya, s. 513.

¹¹³ SİRMEN, Eşya, s. 513; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 499.

¹¹⁴ SİRMEN, Eşya, s. 513, 514; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 785, 786.

¹¹⁵ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 55; AKINTÜRK, s. 642; SİRMEN, Eşya, s. 515; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 499; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 785, 786; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 28.

¹¹⁶ ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 499; AKINTÜRK, s. 642; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 55; SİRMEN, Eşya, s. 515; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 785, 786; KÖPRÜLÜ/ KANETİ, s. 28.

¹¹⁷ ÜNAL/BAŞPINAR, s. 56; GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 789; ERTAŞ/ CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 498; SİRMEN, Eşya, s. 516; AKINTÜRK, s. 637; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 29, 30; TEKİNAY, Sınırlı Aynî Haklar, s. 29; AYBAY/HATEMİ, s. 251.

¹¹⁸ SİRMEN, Eşya, s. 521. Olumsuz irtifaklarda olağanüstü zamanaşımıyla hak kazanılıp kazanılamayacağını tartışmalı olduğuna dair, GÜRİSOY/EREN/CANSEL, s. 830.

Komşu taşınmazların birbirinin manzarasını kapatmaması, komşuluk hukuku kuralları içinde yer aldığı için bu hukukî yararın korunması, mutlaka bir irtifaka bağlanmasını gerektirmez. Ancak böyle bir işleme girişilmesinin önünde de herhangi bir engel yoktur. Nitekim bir Yargıtay kararına göre “...taşınmaz mülkiyetinin özel hukuka ilişkin kısıtlamalarından komşular lehine konulmuş olan kısıtlamalarda mülkiyet içeriğindeki bazı yetkiler sınırlanmaktadır... taraflar... anlaşarak irtifak hakkı tesis edebilirler. Ancak mülkiyetin doğrudan doğruya kısıtlanmasını gerektiren durumlarda ayrıca irtifak hakkı kurulmasına gerek yoktur”¹¹⁹. Şu kadar ki bir manzara kapatmama irtifakı lehtarî aynî bir hak elde ederek hukuken daha güçlü konuma gelmiş olur. Ancak Yargıtay kararına yansıyan bir davada taraflar arasında bir irtifak anlaşmasının olmadığı gerekçesiyle el atmanın önlenmesi davası reddedilmiştir¹²⁰. Bu olay açısından dava talebine dikkat etmek gerekir. Şayet bir irtifak anlaşmasının varlığı iddia edilerek böyle bir dava açılmış idiye davanın reddi yerinde olabilir. Çünkü sırf bir anlaşmanın varlığı tescil olmadıkça kişiye aynî bir hak sağlamaz. Buna karşılık sadece el atmanın önlenmesi talebiyle dava açılmışsa böyle bir irtifak olmadığından bahisle talebi reddetmek doğru değildir. Çünkü mülkiyet hakkından doğan yetkiler irtifak hakkına bağlı olmasa da başka mekanizmalar vasıtasıyla korunabilir. Dolayısıyla talebin dayandığı olay ve iddialara göre kabul edilip edilmeyeceğinin incelenmesi gerekir.

Tescil yolu ile manzara kapatmama irtifakının ortaya çıktığından bahsedebilmek için mutlaka tescil işleminin tamamlanmış olması gerekir. Her ne kadar bu bilgi temel hukuk eğitiminin bir parçası olarak görülebilirse de uygulamada maalesef mahkemeler henüz tescil edilmemiş irtifak haklarının korunması talebi ile karşı karşıya kalmaktadır. “İrtifak hakkına dayalı el atmanın önlenmesi” istemiyle açılan bir davada, taraflar kat ilave etmemek ve yükseltmemek kaydıyla taşınmaz satım sözleşmesi yapmışlar, ancak bu irtifak hakkı ayrı özel bir sütuna tescil edilmemiştir. Yargıtay da yerel mahkemenin koruma konusundaki ret kararını haklı görerek temyiz talebini reddetmiştir¹²¹. Bir irtifak hakkının ortaya çıkabilmesi için temelindeki sebep işlemin mutlaka bağımsız bir

¹¹⁹ 14. HD. T. 13.05.2010, E. 2010/4653, K. 2010/5680.

¹²⁰ 14. HD. T. 28.10.2009, E. 2009/8799, K. 2009/11812.

¹²¹ 14. HD. T. 19.11.2007, E. 2007/12924, K. 2007/14519.

sözleşme şeklinde oluşması gerekmez; başka bir işlemin hükmü olarak da düzenlenmesi de mümkündür. Bununla birlikte hakkın doğması için mutlaka tasarruf işlemi yapılması gerekir. Yükümlü taşınmaz mâlikinin buna yanaşmaması durumunda açılacak dava TMK m. 716'ya dayalı bir dava olur. Mahkemenin istem sahibi lehine karar vermesi hâlinde de irtifak hakkı mahkeme kararı ile aslen kazanılmış demektir.

Manzara kapatmama irtifakı, kadastro çalışmaları yapılmadan önceki bir zaman diliminde farklı bir hukukî işlemle ve farklı bir hukukî şekille de kazanılmış olabilir. Yargıtay'ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹²² bir vakfın sahip olduğu arazi lehine 5 Recep 1280 tarihinde "taşınmaz üzerine inşa olunmamak üzere" şeklinde şerh düşülmüştür. Söz konusu kayıt, kadastro çalışması tamamlanıp TMK'ya göre taşınmaz kaydı gerçekleştirildikten sonra irtifak hakkı olarak işlenmiştir. Böyle bir durumda irtifakın kanunda öngörülen şekle uygun kazanıldığı konusunda bir tereddüt yoktur. Başkaca bir sebeple terkin edilene kadar kısıtlama varlığını devam ettirir.

Manzara kapatmama irtifakı kurma borcunu içeren bir sözleşme ifa edilmeden söz konusu yüklü taşınmaz üçüncü bir kişiye satılırsa bu durumda satın alan kişi taşınmazı bir irtifak hakkıyla bağlı olarak satın almış olmaz. Zira üçüncü kişi taşınmazı tapuda gördüğü hâli ile elde etmeye haklıdır. Sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından sadece borçlu, sözleşme hükümleri gereğince sorumlu olur. Bu noktada bir irtifak tesis edilmesi için tapu müdürlüğünün davalı olarak gösterilmesi de mümkün değildir¹²³.

Bir irtifak hakkı kurulması vasıtasıyla manzaranın kapanmaması konusunda bir koruma elde edildiği zaman, bu irtifaka aykırılığın giderilmesi TMK m. 683'te hükme bağlanan el atmanın önlenmesi davası ile talep edilebilir. Zira doktrinde, esasen mülkiyet hakkında açılabilen el atmanın önlenmesi davasının sağladığı korumadan irtifak hakkı sahiplerinin de yararlanabildiği belirtilmektedir¹²⁴. Bununla birlikte bir aynî

¹²² 14. HD. T. 25.04.2006, E. 2006/313, K. 2006/4820; 14. HD. T. 01.10.2009, E. 2009/5557, K. 2009/10297.

¹²³ 14. HD. T. 13.05.2010, E. 2010/4653, K. 2010/5680.

¹²⁴ EREN, Mülkiyet, s. 48; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 500; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 393.

hak olan irtifak hakkının korunması sadece el atmanın önlenmesi davası vasıtasıyla gerçekleşmez. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde zilyetlikten kaynaklanan diğer davaların da açılma imkânı hak sahibine tanınmalıdır. Yalnız şu hususa dikkat edilmelidir ki burada aynî hak sahibinin zilyetliği, alışıl gelmiş zilyetlik türlerinden farklıdır. Çünkü burada bir hak zilyetliği söz konusudur. Sicildeki kayıt devam ettiği ve hak sahibinin manzarası kapanmadığı müddetçe, hak sahibi hakkı üzerindeki zilyetliğini kullanmış olur¹²⁵. Bu sebeple sırf fiili bir hâkimiyet kurmanın mümkün olmadığından bahisle bu yoldan yapılan bir koruma talebi reddedilmemelidir.

Manzaranın korunması konusunda bir irtifak hakkı ortaya çıktıktan sonra ihlâlî gerçekleştiren kimsenin ekseriyetle komşu olması beklense de böyle olması yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. İhlâlî gerçekleştiren üçüncü kişi olsa bile hakka uygun hareket etmesi talebi ona karşı ileri sürülebilir.

VI. ZİLYETLİK SAVUNMALARI VASITASIYLA MANZARANIN KORUNMASI

Bir taşınmazda sahip olunan manzaranın zilyetlik davaları yoluyla korunup korunmadığından bahsedebilmek için ilk olarak manzara konusundaki hukukî yararın yarar sahibi açısından büründüğü hukukî şekle dikkat etmek gerekir¹²⁶. Zira zilyetlik dolayısıyla bir yararın korunması, ancak ortada bir zilyetlik ve bunun korunması için gerekli şartlar varsa mümkündür.

Zilyetliğin korunması yöntemlerinden ilkinin, kuvvet kullanarak zilyetliğin korunması oluşturur. TMK m. 981'e göre zilyet her türlü gasp ve saldırıyı kuvvet kullanarak def edebilir. Taşınmaz manzarasının kapatılması TMK m. 981 anlamında bir saldırı sayılır. Ancak manzara kapatma ekseriyetle başka taşınmazda bir yapı yapılması ya da bitki dikilmesi şeklinde gerçekleştiği için niteliği itibariyle manzara bu yol ile

¹²⁵ OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 51. İrtifak hakları üzerinde de zilyetliğin ortaya çıktığı yolundaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. KABASAKAL, F.; "Hak Zilyetliği", Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 118, Y. 2016, s. 57-65.

¹²⁶ Zilyetliği koruyucu davaların taşkın müdahalelere karşı açılacağı ve TMK m. 730'daki davalar ile bunların kısmen yarıştığı hususunda ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 240 vd.

korunmaya çok elverişli değildir. Çünkü saldırıda saldıran kimsenin taşınmaza girmesi gerekir ki zilyet onu kovabilsin ve orantılı bir güçle saldırıyı def edebilsin. Oysa komşu taşınmaz mâlikinin kendi taşınmazında bir bina inşa etmeye başladığı durumda her ne kadar yapının ileride manzarayı ihlâl edeceği tahmin edilse bile onun taşınmazına müdahale ederek inşaatı durdurmak kişiyi bizzat haksız duruma sokabilir. Bu sebeple taşınmaz manzarasının ihlâlini kuvvet kullanarak def etmek her ne kadar teorik olarak mümkün görünse de pratik olarak taşınmaz mâlikini amacına ulaştırmayabilir.

Bir eşya üzerinde zilyetliğin tamamen kaybedilmesi durumunda zilyet onu geri kazanmak için zilyetliğin iadesi davası da açabilir. Kişinin eşya üzerindeki fiili hâkimiyetinin gizlice, zorla ya da rızası olmadan ele geçirilerek zilyetliğin tamamen sona erdirilmesi durumunda zilyetliğin gaspı vardır¹²⁷. Zilyetliğin iadesi davası da bu durumda açılır (TMK m. 982). Taşınırlar için zilyetliğin gaspı taşınmazlarda olduğundan daha kolay tespit edilebilir bir durumdadır. Bu sebeple davanın uygulama kabiliyeti taşınırlar için daha yüksektir. Diğer yandan manzara kapatmada taşınmaz üzerindeki zilyetlik gasp edilmeyip zilyetliğin kullanılması zorlaştırıldığından dolayı, bu davanın açılması mümkün değildir. Ancak manzara kapatmama için bir irtifak tesis edildiği ve bu irtifak manzara kapatmak suretiyle ihlâl edildiği durumda artık teorik olarak geri verme davası açılabilir.

Eşya üzerindeki zilyetlik tamamen sona erdirilmeyip saldırıya uğradığı zaman ise TMK m. 983'te yer verilen saldırının önlenmesi ve saldırının sona erdirilmesi davaları açılabilir. Taşınmazının manzarası kapanan kimsenin de zilyetliğine saldırı gerçekleştiğinden bahisle saldırının önlenmesi ya da saldırıya son verilmesi davalarını açması mümkündür.

Zilyetlik davalarının fiil ve failin öğrenilmesinden itibaren iki ay ve her hâlde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde açılması gerekmektedir (TMK m. 984).

¹²⁷ SİRMEN, Eşya, s. 70; ERMAN, s. 18; ERTAŞ/CUMALIOĞLU/SERDAR, s. 49; ÜNAL/BAŞPINAR, s. 152; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 104.

Nihayet bir manzara kapatma durumunda 3091 sayılı Taşınmaz Mal Zilyedliğine Yapılan Tecavüzlerin Önlenmesi Hakkında Kanun vasıtasıyla ve şartları uygun düştüğü ölçüde, mahallin en büyük mülkî idari amirinden koruma talep edilmesi mümkündür.

Bir komşu taşınmazın kullanılmasına bağlı olmaksızın ortaya çıkan manzara kapatma hâllerinde yerine göre TMK m. 683'e ya da zilyetlik davalarına göre mevcut uyumsuzluğa uygunluk taşıdığı ölçüde koruma talep edilmesi mümkündür. Aynı çözüm tarzı komşu olmayan kimselerin yaptığı ihlaller açısından da geçerlidir.

VII. MANZARA KAPATMANIN İMARA AYKIRI YAPI VASITASIYLA GERÇEKLEŞMESİ

Komşu taşınmazın manzarasının kapanmasına yol açan yapı, aynı zamanda bulunulan bölgede imar kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Böyle bir durumda manzarası yapıdan zarar gören kimsenin açmış olduğu özel hukuk davasında, imara aykırılığı ileri sürüp süremeyeceği, Yargıtay'ın eski ve yeni tarihli kararları birlikte değerlendirildiğinde net değildir.

Bir yerleşkenin imarı hakkındaki kurallar o bölgenin yapısını, özelliğini ve bulunduğu yerin hangi idarenin düzenleyici kurallarına tâbi olduğunu ilgilendirdiğinden, ülkedeki her yapı için uyulması gereken ortak bir imar kuralı verilemez¹²⁸. Çalışma açısından da esas önemli olan nokta hangi yere hangi imar kuralının uygulandığı değil, herhangi bir imar kuralına aykırı yapının manzara kapatması durumunda, bunun özel hukuk talepleri ile olan ilişkisidir.

Yargıtay'ın nispeten eski tarihli kararlarına göre imara aykırı bir yapının manzara kapatması durumunda sırf imara aykırılıktan dolayı yapının yıkılmasına karar verilemez: *“Davalının kendi taşınmazında imar hükümlerine aykırı olarak bina yapması komşusu olan davacıya bu durumu ileri sürerek dava açma yetkisi vermez. İmar Kanununa aykırı olan tasarrufun ayrıca davacıyı zarara sokması da gereklidir. Olayda böyle bir sonucun varlığı*

¹²⁸ İmar kurallarının belirleyicileri ve imara aykırı yapı kavramı ile ilgili ayrıntılı bir çalışma için bkz. ZEVKLİLER, s. 163 vd.

ileri sürülmediğine göre davanın görev yönünden reddedilmesi doğrudur"¹²⁹. Böylece söz konusu Yargıtay kararında imara aykırılık dolayısıyla yapının yıkılmasına karar verilebilmesi için bu yapının davacı açısından zarara yol açması gerektiği kabul edilmiştir. Şu karar da mahkemenin aynı yöndeki görüşünü açık bir şekilde doğrulamaktadır: “Bir kimsenin kendi mülkünde İmar Kanununa aykırı olarak yaptırdığı binanın, bitişik parsel mâliklerine zarar verdiği saptandığı takdirde yıkılmasına karar verilmesi gerekir”¹³⁰. Buna karşılık Mahkeme bazı kararlarında imara uygun olan bir yapının ışık, hava, rüzgâr gibi enerji kaynaklarını kestiğinden bahisle TMK m.737'e aykırılık taşıdığı için ileri sürülemeyeceği yönünde hüküm kurmuştur¹³¹. Yakın tarihli verdiği bazı kararlarda ise Mahkeme imara aykırılığın özel hukuk davasında ileri sürülmesinin, her ne kadar imara aykırılık mahkemenin konusu olmasa da el atmanın önlenmesi talebinin incelenmesine engel teşkil etmeyeceği yönünde karar vermiştir¹³². Yine bir başka olayda Mahkeme, idari yargıda görülmekte olan yıkım kararının iptali şeklindeki uyuşmazlığın, özel hukuk mahkemesinde el atmanın önlenmesi ve kal isteminin incelenmesine engel olmayacağı yönünde hükme ulaşmıştır¹³³.

Hukukta yapılması yasaklanan bir fiilin, aynı anda birden fazla alanda farklı hukukî yararları ihlâl etmesi mümkündür. Ancak bu durum ihlâl fiilinin farklı merciler önünde, farklı hukuk alanlarıyla ilgili olarak ileri sürülmesine engel olmamalıdır. Bu doğrultuda imara aykırı bir yapının da bir yandan idarî yargıda hukuka aykırılığı incelenirken, adlî yargıda da özel hukuka ilişkin hak sahiplerinin talepleri gündeme gelebilmelidir. Ancak bu elbette özel hukuk mahkemesinin idarî uyuşmazlığı incelemeye yetkili olduğu ya da tam tersinin mümkün olabileceği anlamına gelmez. Özel hukuk mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta ihlâl fiilinin özel hukuka ilişkin boyutunu incelemeli, idarî boyutu

¹²⁹ 1. HD. T. 03.11.1978, E. 11587, K. 11600, karar için bkz. ZEVKLİLER, s. 121. Aynı yönde görüş için, ULUSAN, s. 171.

¹³⁰ 1. HD. T. 08.12.1978, E. 12810, K. 12902, karar için bkz. ZEVKLİLER, s. 125.

¹³¹ Bu yöndeki kararları ve görüş için bkz. TEKİNAY, Takyitler, s. 75. Aksi yönde görüş için, GİRİTLİOĞLU, s. 25.

¹³² Erzurum BAM 1 HD. T. 14.05.2018, E. 2017/1236, K. 2018/576. Aynı yönde, EREN, Mülkiyet, s. 373.

¹³³ 14. HD. T. 02.03.2015, E.2014/11769, K.2015/2266.

hakkında da görevsizlik kararı verebilmelidir. Bu kapsamda davacı da bir el atmanın önlenmesi davasında imara aykırı yapıdan dolayı örneğin el atmanın önlenmesini talep edebilir¹³⁴. Ancak yapı ruhsatının iptali ve bu iptalin icrası olarak bir yıkım kararı talep edilemez¹³⁵. Dolayısıyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta mahkeme talep sonucu olarak neyin istendiğine dikkat etmelidir. Davacı ise talebini dayandırdığı hususlar hakkında dikkatli davranmalıdır.

VIII. HAKSIZ FİİL DAVASININ MANZARA KAPATMAMA İLE İLGİSİ

Gerek komşuluk hukukunda hoş görülebilecek derecenin üzerindeki mülkiyet kullanımlarda gerekse böyle bir kullanımla ilgisi olmadan yapılan müdahalelerde taşınmazın manzarasının kapatılması esasında bir haksız fiil teşkil etmektedir. Çünkü burada da hukukun tasvip etmediği fiil ile bir kimsenin malvarlığına zarar verilmektedir. Ancak haksız fiil davasının amacı, hukuka aykırı ve kusurlu bir surette başkasının malvarlığında ya da şahıs varlığında oluşturulan zararların tazmin edilmesine yöneliktir. Diğer yandan TMK m. 730 hükmü taşkın kullanım sonucu zarara uğrayan mâlike zararının tazmini için tazminat davası açma hakkı da tanımaktadır. O hâlde söz konusu bilgiler doğrultusunda şöyle bir sonuca ulaşılabilir: Manzaranın kapanmasına yol açan fiil bir komşuluk hukuku kuralının ihlâli tarzında gerçekleşmiş ve komşu taşınmaz mâliki de bundan zarar görmüşse, söz konusu zararının giderilmesini TMK m. 730'a göre talep edebilir. Bunun dışında ayrıca genel hükümlere göre bir haksız fiil davasının açmasının önünde de bir engel yoktur¹³⁶. Ancak belirtmek gerekir ki TMK m. 730'da zarar tazmini için kusurun ispatı gerekli görülmemiştir¹³⁷. Dolayısıyla söz konusu dava ile zarar talebi daha avantajlıdır. Buna karşılık zarar gören mâlik talebini komşuluk hukuku kurallarının ihlâli dışında bir gerekçeye da-

¹³⁴ Aynı yönde ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 165.

¹³⁵ SİRMEN, Eşya, s. 427.

¹³⁶ Çevre sorunlarından doğan zararların haksız fiil vasıtasıyla giderilmek istenmesi hâlinde kusur ispatı dolayısıyla tazminin zorlaştığına dair, TURGUT, s. 537.

¹³⁷ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 219, 236; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, s. 596; İNAL, s. 103.

yandırmışsa artık genel haksız fiil hükümleri gereğince zararının karşılanmasını istemelidir¹³⁸.

IX. HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASININ MANZARA KAPATMA İLE İLGİSİ

Türk Hukukunda bir hakkın kötüye kullanıldığından bahsedebilmek için öncelikle hukuk düzeninin tanıdığı bir hakkın varlığı gerekir. Sonrasında ise hakkın sınır ve amaç dışı bir kullanımından söz edilmelidir¹³⁹. Kötüye kullanma için önceden bir hakkın varlığı gerektiğinden, manzara kapatma kapsamında hakkın kötüye kullanılması kabul edilse bile bunun çoğunlukla komşu taşınmaz mâlikinin ihlâlleri dolayısıyla gerçekleşeceği bir gerçektir. Komşuluk hukukunun ihlâllerinde ise mülkiyet hakkının kullanımından doğan dolaylı müdahaleler söz konusudur. Doğrudan ve kasıtlı yapılan ihlâllerde hukukî sebep TMK m. 730 olamaz. Hakkın kötüye kullanılmasında da kasıtlı bir durum vardır. O hâlde hakkın kötüye kullanımı uygulamaları komşuluk hukuku ihlâllerinin dışında değerlendirilir¹⁴⁰.

SONUÇ

Hukukî anlamada manzara, bir taşınmazın sahip olduğu ve taşınmaza ışık, hava ya da enerji girişini sağlayan, yerine göre bakanlarda estetik duygular uyandırabilen görünüştür. Bir manzaranın hukuken korunabilmesi için estetik bir güzelliğe sahip olması zorunlu değildir. Bununla birlikte korunmasında mutlaka hukukî yarar olmalıdır.

“Manzara”nın hukukî niteliği konusundaki vasıflandırma, somut olaydaki durumuna göre yapılmalıdır. Mülkiyet hakkı sahibi açısından manzara, başkaca bir şekle bürünmediği sürece mülkiyet hakkına hiz-

¹³⁸ GİRİTLİOĞLU, s. 128.

¹³⁹ DURAL, M./SARI, S.; Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016, s. 256 vd.; ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 248; ANTALYA/TOPUZ, s. 398; SEROZAN, s. 280; HELVACI, S./ERLÜLE, F.; Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 45; KILIÇOĞLU, A. M.; Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016, s. 112 vd.

¹⁴⁰ ÇÖRTOĞLU, Komşuluk, s. 48, 49. Aksi yönde SİRMEN, Eşya, s. 445; Sorumluluk, s. 291; BADUR, s. 857; GÜRSOY/EREN/CANSEL, s. 696; EREN, Mülkiyet, s. 475; Borçlar, s. 686. Duruma komşuluk hukuku ihlâl şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ile ilgili bakılması konusunda, İNAL, s. 114 vd.

met eden bir yan hak ya da sadece hukukî bir menfaat olarak nitelenebilir. Bunun dışında manzara kapatmamayı konu alan bir irtifak hakkı kurulursa, bu durumda artık bir aynî hakkın varlığından bahsedilir. Manzara konusundaki hukukî yarara uygun davranması gereken kişi açısından ise manzara, şayet bu kişi komşu ise bir yükümlülüktür. Diğer kimseler açısından da manzara kapatma sonuçları çeşitli alanlarda doğabilen hukuka aykırı bir fiildir.

Taşınmaz sahibinin manzarasının korunması, yalnız günümüzde var olan değil, Roma Hukukundan bu yana önemini koruyan bir durumdur. Servitus olarak ifade edilen irtifaklar arasında manzara kapatmama irtifakı, ServitusLuminum olarak anılmıştır.

Günümüz Türk Özel Hukukunda manzara kapatmamanın önemini koruduğu en geniş alanlardan birini komşuluk hukuku oluşturmaktadır. TMK m. 737’de genel hatlarıyla yer verilen komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde mâlik mülkiyet hakkını kullanırken komşu taşınmazın manzarasını kapatmamakla da yükümlüdür. Çünkü bu durum TMK m. 737 anlamında taşınmazın taşkın kullanımı teşkil edebilir. Böyle bir taşkın kullanım ortaya çıktığında ise manzarası kapanan mâlik TMK m. 730’da yer verilen el atmanın önlenmesi vasıtasıyla koruma talep edebilir. Hemen ifade etmek gerekir ki özü itibariyle bu maddede yer alan dava, TMK m. 683’te hükme bağlanan el atmanın önlenmesi davasının özel bir şeklidir. Doktrinde ağırlıklı olarak özel hüküm olduğu için komşuluk hukuku hükümlerinin ihlâli olarak manzara kapatıldığında bu davanın açılması gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte talebin madde olarak gerekçelendirilmediği ya da TMK m. 683 ile temellendirildiği durumlarda da talep reddedilmemelidir.

Manzara kapatmama konusunda bir resmi sözleşme ve akabinde tapu sicilinde bir tasarruf işlemi yapılmışsa artık hukukî yarar bir aynî hakka dönüşmüş olur. Bu durumda da irtifak hakkı eşya üzerindeki mutlak hakkın yararlandığı koruma vasıtalarından yararlanır.

İmar mevzuatı da manzara kapatma davalarını yakından ilgilendiren bir davadır. Uygulamada adlî yargı davalarında mahkemeler imara aykırılık gerekçeleriyle karşılaşabilmektedirler. Bir adlî yargı merciinin imar mevzuatına aykırılık uyuşmazlığını çözüme kavuşturma yetkisi

yoktur. Bununla birlikte önüne gelen talep örneğın el atmanın önlenmesini içeriyorsa bu talebi incelemelidir. Zira bir hukuka aykırılığın birden fazla alandaki normu ihlâl etmesi, talebi yapılan uyuşmazlık yönünü çözmeye engel değildir.

Taşınmazın manzarasının kapatılması, kimi zaman haksız fiil ve zilyetlik davalarına da konu olabilir. Niteliğine uygun düştüğü ölçüde manzara konusundaki hukukî yararın bu davalar ile korunmasına da bir engel yoktur. Ancak TMK m. 730' da yer alan tazminat davasının açılması, kusur ispatı gerekmediği için daha avantajlıdır.

Bir manzara kapatma olayının hakkın kötüye kullanılması teşkil edip etmediği, manzara kapatmanın gerçekleştiği hukukî biçim içerisinde değerlendirilmelidir. Şayet komşuluk hukuku kuralları çerçevesinde bir taşınmazın aşkın kullanımı ile manzara ihlâl ediliyorsa burada hakkın kötüye kullanılması yoktur. Çünkü hakkın kötüye kullanılmasından bahsedebilmek için hak sahibinin hakkını bilerek ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak amacı dışında kullanması gerekir. Dolaylı bir müdahale sayıldığı için de TMK m. 730 buna imkân vermez. Buna karşılık diğer müdahaleler hakkın kötüye kullanımı oluşturabilir. Yine de doktrindeki ağırlık görüşü hakkın kötüye kullanımının TMK m. 730 içerisinde değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz., bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
Nr.	: Numara
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: yıl

KAYNAKLAR

- ABİK, Y. : “Taşınmaz Malikinin Olumlu Müdahaleler Nedeniyle Komşulara Karşı Sorumluluğu”, EÜHFD, Y. 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 145-186.
- AKÇAAL, M. : Sözleşme Sonrası Sorumluluk, İstanbul 2018.
- AKINTÜRK, T. : Eşya Hukuku, 1. Basım, İstanbul 2009.
- ANTALYA, O. G./TOPUZ, M. : Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, 1. Baskı, İstanbul 2015.
- AYBAY, A./HATEMİ, H. : Eşya Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2014.
- BADUR, E. : “Gayrimenkul Malikinin Sorumluluğu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Y. 2001, S. 3, s. 835-880.
- BERKİ, Ş. : Aynî Haklar, Ankara 1965.
- BULUT, E. : “Türk Hukukunda Kişilik Hakları”, Legal Hukuk Dergisi, Y. 2007, C. 5, S. 54, s. 1833-1844.
- ÇELEBİCAN, Ö. K. : Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, Ankara 2015.
- ÇÖRTOĞLU, İ. S. : Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara 1982, (ÇÖRTOĞLU, Komşuluk).
- : Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, Ankara 1988, (ÇÖRTOĞLU, Aşkın Kullanım).
- DURAL, M./SARI, S. : Türk Özel Hukuku Temel Kavramlar, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2016.
- ERDOĞMUŞ, B. : Roma Eşya Hukuku, 5. Basım, İstanbul 2012.
- EREN, F. : Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016 (EREN, Mülkiyet).
- : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, (EREN, Borçlar).
- : Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (EREN, İlliyet Bağı).
- ERMAN, H. : Eşya Hukuku Dersleri, 6. Basım, İstanbul 2016.
- ERTAŞ, Ş./CUMALIOĞLU, E./SERDAR, İ. : Eşya Hukuku, 12. Baskı, İzmir 2015.
- GİRİTLİOĞLU, N. : Müdahalenin Men’i (Elatmanın Önlenmesi) Davası, İstanbul 1984.
- GÖKTÜRK, H. A. : Aynî Haklar, Ankara 1949.
- GÖZLER, K. : Hukuka Giriş, 14. Baskı, Bursa 2017.

- GÜNAL, N. : Roma Hukukunda Günümüze Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyet İktisabı (Usucapio), Ankara 2006.
- GÜRİZ, A. : Hukuk Felsefesi, 11. Baskı, Ankara 2015.
- GÜRSOY, K. T./EREN, F./CANSEL, E. : Türk Eşya Hukuku, Ankara 1978.
- HELVACI, S./ERLÜLE, F. : Medeni Hukuk, Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2018.
- İNAL, T. : “Taşınmaz, Malik veya Malik gibi Davranan Tarafından Taşkın Surette Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun, Fransız Hukuku ile Karşılaştırılması ve Sonuçları”, Coşkun Kırca’ya Armağan, İstanbul 1996, s. 99-124.
- KABASAKAL, F. : “Hak Zilyetliği”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2016,C. 11, S. 118, s. 57-65.
- KASER, M./KNÜTEL, R. : Römisches Privatrecht, 18. Auflage, München 2005.
- KAYA KIZILIRMAK, C. : “Baz İstasyonları ve Komşuluk Hukukundan Doğan Elatmanın Önlenmesi Davası”, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları, Cilt I Eşya Hukuku, (Editörler: Prof. Dr. Tufan Öğüz/Prof. Dr. Baki İlkay Engin), 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 239-270.
- KILIÇOĞLU, A. M. : Medeni Hukuk, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükmüleri, Kişiler Hukuku, Ankara 2016.
- KOSCHAKER, P./AYİTER, K. : Roma Hususî Hukukunun Anahatları, Ankara 1975.
- KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S. : Sınırlı Aynî Haklar, İstanbul 1972-1973.
- MARZO, S. : (Çev. Ziya Umur), Roma Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1959.
- OĞUZ, C. : “Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Mâlikinin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu-2009, s. 209-217.http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/sorumluluk/s_9.pdf (Erişim Tarihi: 12.04.2019)
- OĞUZMAN, M. K./SELİÇİ, Ö./OKTAY-ÖZDEMİR, S. : Eşya Hukuku, 18. Baskı, İstanbul 2015.

- ÖZALP YANCI, N. : “Çevresel Haklara İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yaklaşımı”, Anayasa Hukuku Dergisi, Y. 2013, C. 2, S. 3, s. 53-93.
- ÖZLÜK B. : “Mülkiyet ve Zilyetlik Üzerine Düşünceler”, SÜHFD, Y. 2019, C. 27, S. 1, s. 139-166.
- SCHMID, J./HÜRLIMANN-KAUP, B.: Sachenrecht, 2. Auflage, Genf 2003.
- SEROZAN, R. : Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.
- SİRMEN, A. L.: Eşya Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2017, (SİRMEN, Eşya).
- : “Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasında Çevre Etkileri Yaratılan Müdahalelerden Dolayı Malikin Sorumluluğu”, AÜHFD, Y. 1988, C. 40, S. 1, s. 281-282 (SİRMEN, Sorumluluk).
- ŞAHİN, T. : “Türk Medeni Kanununun 730. Maddesi Kapsamında Taşınmaz Malikin Sorumluluğu”, Terazi Hukuk Dergisi, Y. 2018, C. 13, S. 143, s. 43-54.
- TEKİNAY, S. S. : Taşınmaz Mülkiyetinin Takyitleri, II/1, İstanbul 1988 (TEKİNAY, Takyitler).
- : Menkul Mülkiyeti Sınırlı Aynî Haklar, II/3, İstanbul 1994, (TEKİNAY, Sınırlı Aynî Haklar).
- TURGUT, N. : Çevre Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001.
- ULUSAN, İ. : Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977.
- ÜNAL, M./BAŞPINAR, V. : Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015.
- ZEVKLİLER, A.: İmar Kurallarına Aykırı ve Zarar Verici İnşaat, Ankara 1982.

İnternet Kaynakları

- http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MANZARA (Erişim Tarihi: 05.04.2019).
- <https://www.emsal.co/ictihatlar/komsuluk-hukukundan-kaynaklanan-elatmanin-onlenmesi-istemi/> (Erişim Tarihi: 20.04.2019).
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/> (Erişim Tarihi: 17.04.2019).
- <http://www.lebibyalkin.com.tr/mevzuat/diger/yargitay-kararlari/komsuluk-hukuku-el-atmanin-onlenmesi-mulkiyet-hakkinin-kisitlanmasi.html> (Erişim Tarihi: 20.04.2019)

https://legal.com.tr/Book/NsSFduawIkOCVJD_82pnaQ/b7ef3f4707814821943eb79795081aab (Erişim Tarihi: 10.04.2019).

MEMUR DİSİPLİN İŞLEMLERİNDE AMAÇ UNSURU

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet HATİPOĞLU*

Ahmet Cahit SARICALAR**

Öz

Disiplin cezaları özelde kurum ve kuruluşlarda düzenin sağlanması, genelde ise kamu yararı için kanunlarda öngörülmüş idari işlemlerdir. Soruşturma neticesinde tesis edilen disiplin cezalarının hukuka uygunluğunun denetimi idari yargı mercileri tarafından işlemin unsurları dikkate alınarak yapılmaktadır. Soruşturma boyunca, ceza verilene kadar ortaya çıkan disiplin işlemlerinin unsurlarından birinde sakatlık bulunması halinde işlemin hukuka uygunluğu tartışmalı hale gelecektir.

İdari işlemin unsurlarından en soyut olanı ve belirlenmesi en zor olanı ise, amaç unsurudur. Amaç unsurunda idarenin işlemi tesis ettiği sıradaki düşüncesi tespit edilmekte ve bu düşüncenin de kanunlarda öngörülmüş olan amaç ile örtüşmesi gerekmektedir. İdari işlemlerde amaç unsuru genel olarak kamu yararının sağlanmasıdır. Ancak bazı durumlarda özel amaçlar kanunlarda öngörülebilmektedir. Bir idari işlem olan disiplin işlemlerinde de bu hususlar göz önüne alınmalı, amaç unsuru tespit edilebilir olmalıdır. Zira bir zor kullanma aracı olarak disiplin işlemleri, çoğu zaman kötüye kullanılabilen, hukuki olmaktan daha çok kişisel, ideolojik, siyasi birtakım amaçlara dönüşebilmektedir.

Anahtar Kelimeler

Disiplin • İdari İşlem • Amaç Unsuru • İdare • Hukuka Aykırılık

* Dr. Öğr. Üyesi, Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, Afyon, Türkiye | Asst. Prof., Afyon Kocatepe University, Faculty of Law, Department of Administrative Law, Afyon, Turkey.

✉ mhatipoglu@aku.edu.tr • ORCID 0000-0002-5570-8554

** Ankara 15. İdare Mahkemesi Hâkimi | Judge, 15th Administrative Court, Ankara, Turkey.

✉ ahmetcahitsaricalar@gmail.com • ORCID 0000-0003-2518-1568

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: HATİPOĞLU, Mehmet / SARICALAR, Ahmet Cahit, "Memur Disiplin İşlemlerinde Amaç Unsuru", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 675-711.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE JURIDICAL PURPOSE FACTOR IN DISCIPLINARY ACTION OF CIVIL SERVANT

Abstract

Disciplinary punishments are foreseen in codes with the purpose to ensure order in specific and public interest in general. During the administrative investigation, in the case where flaw of one of the disciplinary act element occurs until the punishment is decided compliance with laws of the administrative act would be controversial.

The most abstract and the hardest to determine element of administrative act is the element of purpose. In terms of the element of purpose, the idea behind the administrative act is determined and it should be in conformity with the purpose envisioned in the codes. Generally, the element of purpose in administrative acts is public interest. However, in some cases some special purposes can also be envisioned by codes. These explanations shall be keep in mind in disciplinary actions that is an administrative act besides the detectability. Because, disciplinary acts as a way of forcing could be abused in general.

Key Words

Discipline • Administrative Actions • Element of Purpose • Administration • Compliance of Laws

I. GİRİŞ

Kanunilik ilkesi çerçevesinde kamuda görev yapan memurların uyması gereken disiplin hükümleri ve çalışma esasları kanunlarda ayrıntılı bir şekilde öngörülmüştür. Memurlar göreve başlarken bu kuralları bilmek ve görev yaptıkları süre boyunca da bunlara uymak zorundadırlar. Fakat bazı memurlar bu kuralları bilmesine rağmen uymayarak amirlerine, iş arkadaşlarına ve hizmet verdikleri kişilere karşı olumsuz hareketlerde bulunarak ve görevlerini aksatmaktadırlar. Bu nedenle disiplin hukukunun öncelikli amacı, devletin saygınlığını muhafaza edebilmek için kamu görevlilerinin kurum içinde belirli görev ve yükümlülüklerine uymasını sağlayarak çalışma ortamında sükûnetinin sağlanmasıdır ¹.

İdari düzenin ve çalışma ortamının korunması için düzene aykırı davranışlara kanunlarda disiplin cezaları öngörülmüştür. Disiplin cezaları, ceza hukukunda düzenlenen cezalardan farklı olsalar da ceza

¹ ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 746.

hukukunda düzenlenen cezalar gibi bir hukuk kuralına dayanmalıdır². Disiplin cezaları ile korunmak istenen hukuki değer ceza hukukundakin-den farklı olarak, kamu hizmetlerinin sağlıklı ve verimli bir şekilde yürütülebilmesi için çalışma düzeninin muhafaza edilmesidir³.

Disiplin yaptırımları amaç unsuru bağlamında, “kamu hizmetlerinde verimi, sürati, etkinliği sağlayan, Devletin onur ve saygınlığını koruyan, amir ve memur ilişkilerini düzenleyen yaptırım ve kurallar” şeklinde tanımlanmaktadır⁴. Disiplin yaptırımlarının amacının temeli kamu hizmetlerinin devamlı bir şekilde yürütülmesi için ihlalden önce ve sonra kurum düzeninin sağlanmasıdır⁵. İhlal gerçekleştiğinde, neden olduğu olumsuzlukları bertaraf etmek ve ilgili kişileri duruma dahil etmek amaçlanmaktadır. Disiplin yaptırımları, işte bu bahsedilen genel ve özel amaçları sağlamak için getirilmişlerdir. Ancak bu genel ve özel amaçların gerçekleşebilmesi için yaptırımlar gerektiği zaman ve doğru bir şekilde uygulanmalıdır. Aksi takdirde yaptırımların bir işlevi kalmayacaktır⁶.

Disiplin yaptırımlarının amacı Anayasa Mahkemesi kararlarında da ayrıca belirtilmiştir⁷: *“Disiplin yaptırımlarının özel teşkilat veya bir kamu düzenini devam ettirmek, onun verimli, süratli ve yararlı bir biçimde çalışmasını sağlamak, anılan teşkilatın onur ve saygınlığını korumak amacıyla tesis edildiği açıktır. Özellikle kamu görevi yürüten bireyler açısından disiplin cezalarının amacı kamu görevlisini görevine bağlamak, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesini ve bu suretle kurumların huzurunu temin etmektir. Disiplin cezaları*

² GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi Ankara 2009, s. 338., BOZ, Selman Sacit, ‘Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler’, SÜHFD, C.25, S.2, 2017, s. 20.

³ LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara, 2003, s. 8; TAŞKIN, Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 125.

⁴ KUTLU, Muammer, “Disiplin Suç ve Cezaları”, Türk İdare Dergisi, Y.61, S.385, Aralık 1989, s. 63.

⁵ SAĞLAM, Mehmet, Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin Esaslar ve Uygulaması, Mahalli İdareler Derneği Yayını 59, 2003, s. 70.

⁶ IŞIKLAR, Celal, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 96.

⁷ Anayasa Mahkemesi Genel Kurul Kararı, “G.G. Başvurusu”, Başvuru No: 2014/16701, Karar Tarihi: 13.10.2016, (Resmî Gazete, Tarih: 02.11.2016, Sayı: 29876).

kamu hizmetlerinin gereği gibi yapılması ve memurların hiyerarşik düzen içinde uyumlu hareket etmeleri amacıyla uygulanmaktadır.”.

Diğer yargısal içtihatlarda da disiplin hukukunun amacına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Danıştay disiplin cezalarının amacını bir kararında şu şekilde belirtmiştir⁸: “... disiplin cezaları kamuda görev yapan memurlara önceden belirlenmiş hukuk kurallarının öngördüğü konularda uygulanan idari yaptırımlardır. Bu cezalar kamu hizmetinin düzenli ve en iyi biçimde yürütülmesi konusunda memurun verimli ve yararlı şekilde çalışmasını sağlama amacı taşır.”.

Yargı kararlarından da anlaşılacağı üzere disiplin işlemlerinin öncelikli amacı kamu hizmetlerinin etkin ve verimli bir şekilde yürütülmesini sağlayarak, kurumsal işleyişi ve düzeni tesis etmektir. Kamu yararına ilişkin kısımda da bahsedileceği üzere tüm bu amaçlar tek bir nihai amaca ulaşmak içindir. Bu amaç ise kamu yararıdır.

Disiplin hukukunun amaçları bağlamında dikkat edilmesi gereken diğer bir hususta, disiplin cezası ile ulaşılmak istenen amacın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için memurun kendisine verilen cezanın neden ve sonuçlarını değerlendirebilecek nitelikte olmasıdır⁹. Disiplin cezası verilecek kişi cezanın sonuçlarını anlayabilecek zihin yapısına sahip değilse cezalandırırken güdülen disipline etme amacı gerçekleşmeyecektir.

Ulaşılmak istenen amacın belirlenmesinde ayrıca disiplin hukukuna hakim olan temel ilkeler de önem taşımaktadır. Nitekim Danıştay bir kararında, “Elverişlilik ilkesi, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, zorunluluk ilkesi öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve orantılılık ilkesi ise, öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir.” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur¹⁰.

Bu değerlendirmeden hareketle ölçülü ve elverişli bir cezalandırma işlemi tesis edilemezse, işlem yargı mercileri tarafından iptal edilme ihtimaliyle karşı karşıya kalacağından dolayı hedeflenen amaçlara ulaşmak

⁸ Danıştay 12. Daire, Tarih: 26.03.2014, E:2013/10060, K:2014/2050.

⁹ Danıştay 5. Daire, Tarih: 26.10.2017, E:2016/17919, K:2017/21797.

¹⁰ Danıştay 12. Daire, Tarih: E:2013/6667, K:2016/6358.

zorlaşacaktır. Burada işlemi tesis eden makam ve mercilerin yetkinlik ve tecrübeleri etkili olacaktır.

2. DİSİPLİN İŞLEMLERİNDE AMAÇ UNSURUNUN ÖNEMİ

İnsanların toplu bir şekilde yaşamaları, yaşamlarını belirli kurallar halinde sürdürmeleri ve kamu düzeninin iyi bir şekilde işlemesi için disiplin gereklidir. Aksi takdirde kanuna aykırı davranışlar nedeniyle kamu hizmetleri de aksamaktadır.

Disiplin işlemlerinin en genel ve kapsamlı amacı toplumun faydasına olacak şekilde kurumlarda düzen ve verimlilik tesis edilerek, kamu yararının sağlanmasıdır. Kamu yararı sağlandığı takdirde koruma, eğitime gibi amaçlar da kendiliğinden gerçekleşecektir.

Bir disiplin işleminin, soyut bir kavram olan kamu yararı amacıyla yapıp yapılmadığının tespiti oldukça zordur. Bu zorluk nedeniyle, kamu yararı amacıyla hareket edilip edilmediğinin tespiti için işlem tesis edilirken disiplin cezası vermeye yetkili amir ve kurulların yapmış oldukları birtakım işlemler göz önünde bulundurulur. Örneğin, disiplin cezası tesis edilmeden önce soruşturma yapılması gerekmektedir. Fakat soruşturmaya başlamadan önce yetkili makam veya merci, ön inceleme yaptırarak disiplin cezasına konu olan eylem ya da işlemin tespit edilmesi ve sonucuna göre soruşturmaya başlanması yolu da izlenebilir. Bu durumda, yetkili makam veya merci tarafından ön inceleme yaptırılarak veya buna benzer bazı usuli veya şekli detaylara dikkat edilerek işlem yapılması öncelikli amacın kamu yararı olduğuna yani yetki saptırması olmadığına ilişkin ipuçları vermektedir. Tabi ki sadece bu hususlar amaç unsurunda sakatlık olup olmadığını veya hangi saikle hareket edildiğini tespit etmede yeterli değildir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta amaç kamu yararı olduğunda işlem tesis ederken bütün yönlerinin dikkatli bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğidir.

Amaç unsurunun önemine yönelik bir diğer husus da kurumda disiplini sağlarken hangi metotların tercih edileceği hakkında yol gösterici olmasıdır. Kurumlarda disiplinin sağlanabilmesi için kamu görevlisinin birtakım yaptırımlarla karşı karşıya kalması disiplin yaptırımlarının otokratik yönünü teşkil etmektedir fakat ülkemizde karma sistem kabul edildiğinden dolayı demokratik disiplinin yapıcı işlevi ve eğitime amacı

da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu itibarla, disiplinin sadece cezalandırıcı yöntemlerle değil, personelin verimliliğini arttırabilecek bir ödüllendirme sistemiyle de sağlanabileceği kabul edilebilir.

Etkili ve verimli bir kamu hizmeti verebilmek için kamu görevlisinin motivasyonunun üst düzeyde olması gerekmektedir. Nitekim kamu görevlisinin motivasyonunun arttırılabilmesi için ücret artışı, iş güvencesi ve uygun çalışma ortamı gibi bazı özendirici faktörler, başka bir ifadeyle ödül sistemi kullanılmaktadır¹¹.

657 sayılı Kanun'un 122. maddesinde kamu görevlilerine uygulanacak bazı ödüller öngörülmüştür. Bunlar; başarı belgesi, üstün başarı belgesi ve para ödülüdür. Başarı belgesi ve üstün başarı belgesi, kamu görevlisinin çalıştığı kurumda olağanüstü çabası ve çalışmaları nedeniyle verilmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, kamu kaynağında büyük ölçüde tasarruf sağlanması, kamu zararının önlenmesi, önlenemeyecek kamu zararının büyük oranda azaltılması, kamusal faydanın arttırılması, sunulmakta olan hizmetin kalitesinin arttırılması gibi olaylara katkı sağlayan kamu görevlisi bu ödülde yararlanabilmektedir. Merkezde ilgili ya da bağlı bulunduğu bakan, illerde vali ve ilçelerde kaymakam tarafından başarı belgesi verilebilir. Başarı belgesi ile ödüllendirilen memur verimini artırarak daha fazla ödül alabilmek için hareketlerini disipline eder. Başarı belgesinin manevi yönü ağır basmakta ise de uzun vadede maddi olarak da yarar sağlamaktadır. Kamu görevlisi ilerleyen dönemlerde üst düzey görevlere getirilirken kendisine verilmiş olan başarı belgeleri diğer kişilerden ayrıştırıcı olabilmektedir.

657 sayılı Kanun'da yer verilen diğer bir ödül ise para ödülüdür. Kanun'un 122. maddesine göre, kendisine üstün başarı belgesi verilen kamu görevlilerine, yetkili kişilerce uygun görülmesi halinde, en yüksek Devlet memuru aylığının yüzde iki yüzüne kadar ödül verilebilir. Ödüllendirilen kamu görevlisi hem maddi hem de manevi anlamda yarar elde etmiş olduğundan, kişinin işine bağlanarak verimli bir çalışma sürdürmesi sağlanır.

657 sayılı Kanun'da öngörülen diğer ödül ise 37. ve 64. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, öğrenim durumu, hizmet sınıfı ve görev

¹¹ DURMUŞ, Alper, Memur Disiplin Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 80.

unvanı ile yükselebilecekleri en üst derecenin dördüncü kademesinden aylık almaya hak kazanan ve son sekiz yıl içerisinde bir disiplin cezası almamış olan kamu görevlilerinin kazanılmış hak aylıkları kadro şartı aranmadan bir üst dereceye yükseltilir. Bu madde hükmü ile, kamu görevlilerinin disiplin suçu işlemedikleri takdirde ödüllendirilerek bir üst dereceye yükseltileceği öngörülmektedir.

Tüm bu hususlar değerlendirildiğinde ödüllendirme sistemiyle, personelin kendisine sağlanan faydaları göz önüne alarak disiplin kurallarına uymayı bir görev olarak sayacağı, görevine olan bağlılığını artırarak, işini sahipleneceği bu sebeple verimli ve etkin bir çalışma yürüteceği sonucuna varılabilir.

Disiplin hukukunun hedeflerine giden yolda hangi yöntemlerin kullanılacağına, kamu görevlisinin yaptırımlarla mı, ödüllendirmeye mi disipline edileceğine amaç unsuru göz önünde bulundurularak karar verilecektir. Disiplin hukukunda cezalandırmak korkutma amacına, ödüllendirmek eğitime amacına hizmet eder. Yani disiplin işlemlerinin kamu yararı, eğitime, korkutma, caydırma gibi amaçlarından hangisine ulaşmak isteniyorsa uygulanacak yöntemler buna göre belirlenecektir. Tüm bu hususlar disiplin hukukunda amaç unsurunun anlayışlar üzerinde ne kadar etkili olduğunu ortaya koymaktadır.

3. DİSİPLİN İŞLEMLERİNDE AMAÇ UNSURU VE TAKDİR YETKİSİ

İdare bir durum karşısında istediği şekilde karar almakta serbestse, diğer bir ifadeyle hareket tarzı kısıtlanmamışsa idarenin takdir yetkisinin bulunduğu söylenmektedir. Takdir yetkisinin sınırını belirlerken idari işlemin amaç unsuru ile takdir yetkisinin ilişkisi ortaya çıkmaktadır. İdarenin takdir yetkisinin sınırını verilen hizmetin gerekleri ve kamu yararı oluşturmaktadır.

3.1. GENEL OLARAK

İdarenin serbest alanını ve seçme özgürlüğünü ifade eden takdir yetkisinin doktrinde birden çok tanımı bulunmaktadır. Günday'a göre,

“İdare, belli şart ve durumların ortaya çıkması halinde belli bir karar alıp almamak veya Kanun'da öngörülen çeşitli çözümler arasında bir tercih yapma konusunda serbestiye sahip ise ya da belli bir konuda bir

karar alabilmek için hangi şart ve durumların ortaya çıkması gerektiğini belirlemek imkanına sahip ise takdir yetkisinden söz edilir.”¹².

Giritli/Bilgen/Akgüner’e göre, “idarenin serbest hareket edebilme, serbest karar alma gücüdür, olanağıdır.”¹³. Gözübüyük’e göre, “yönetimin yetkiyi kullanıp kullanmamakta, ya da kullanılmasının gereklerini saptamada az, ya da çok serbest bırakılması”¹⁴ ve “yönetime, belli bir davranışta bulunurken, ya da belli bir görevi yerine getirirken az, ya da çok bir hareket serbestliği tanınmış olması”dır¹⁵.

Takdir yetkisinin hukuki niteliği doktrinde kabul edilen görüşe göre, objektivist teori doğrultusunda yapılmaktadır¹⁶. Bu teoriye göre, işlemin dayanağını oluşturan hukuk kuralında idarenin takdir yetkisi tespit edilirken, işlemin unsurlarının ne şekilde düzenlendiği dikkate alınır. Bir hukuk kuralında idareye serbest bir şekilde hareket etme imkânı tanınmış ise takdir yetkisi tanındığı kabul edilir¹⁷.

3.2. BAĞLI YETKİ VE TAKDİR YETKİSİ İLİŞKİSİ

Kanun koyucunun idareye verdiği yetki, bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İdarenin belirli durumlarda vereceği karar kanunlarda öngörülmüşse bağlı yetki söz konusudur. Böyle bir durumda idare kararını verirken, muhtemel kararlar arasından seçim yapmak yerine kanunda öngörülmüş olan kararı uygulamaktadır¹⁸.

Bağlı yetki halinde amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık halinden söz edilemez. Bağlı yetkinin bulunması halinde işlemin konusu kanunlarda öngörülmüş olduğundan idare o yönde işlem yapacaktır.

¹² GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2015, s. 249.

¹³ GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, İdare Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2015, s. 84.

¹⁴ GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2013, s. 241.

¹⁵ GÖZÜBÜYÜK, Yönetim Hukuku, s. 330.

¹⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003, s. 175.

¹⁷ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi. İstanbul, 1966, s. 307.

¹⁸ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku (Cilt I-II), Ekin Kitabevi, Bursa, 2009, s. 814.

Böylelikle belirli durumlarda kanunlar tarafından öngörülmüş belli sonuçlar doğacağı için amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık da oluşmayacaktır.

Bağlı yetkide kanun tarafından idareye o işlemi yapmaya dair mutlak bir zorunluluk öngörüldüğü Danıştay'ın bir kararında¹⁹ şu şekilde değerlendirilmiştir: *“Devlet memurluğundan çıkarma cezasıyla cezalandırılan davacının, disiplin cezasına ilişkin işleme karşı açılan davada verilen 5525 sayılı Yasa uyarınca karar verilmesine yer olmadığına ilişkin karar üzerine makul süre içerisinde başvurması halinde göreve iadesinin zorunlu olup olmadığına ilişkindir. Hükmü yukarıda aktarılan 5525 sayılı Memurlar ile Diğer Kamu Görevlilerinin Bazı Disiplin Cezalarının Affı Hakkında Kanun ile, Devlet memurluğundan çıkarma cezası alan ve anılan yasa kapsamında bulunan kişilerle memuriyet statüsü arasında doğrudan bir bağlantı kurulmadığı, idarelerin bu kişileri göreve başlatma konusunda mutlak bir zorunluluk içerisinde olduğundan söz etmeye imkan bulunmadığı, bu konuda idarelerin bağlı yetki içerisinde olmadığı, dolayısıyla bu kapsamdaki göreve iade istemlerinin açıktan atama koşulları içerisinde kadro ve ihtiyaç durumunun yanı sıra hizmet gerekleri de gözetilerek değerlendirileceği sonucuna varılmıştır.”*

Takdir yetkisi ise, birden çok karar ya da davranış arasında idarenin seçim yapma hakkını ifade etmektedir. İdare belirli bir konuda karar alırken seçim yapabiliyorsa ya da aynı konu hakkında iki farklı karar alabiliyorsa idarenin takdir yetkisinin varlığından söz edilir. Onar'a göre, takdir yetkisini tanıyan kanun koyucunun amacı, önceden öngörülmesi mümkün olmayan birden çok ve çeşitli ihtiyaçlara cevap vermek durumunda olan idarenin, işlemin sebebi, konusu, zamanı ya da yeri konusunda bir serbestlik tanıyarak, adil bir kamu hizmetinin verilmesidir. Elbette ki idareye tanınmış olan takdir yetkisiyle keyfilik aynı anlama gelmemektedir. Takdir yetkisi kullanılırken bazı kurallara uyulması gerekmektedir. Öncelikle idare kanunlar tarafından belirlenmiş sınırlar içerisinde kalarak eşitlik ilkesine uygun, kamu yararı amacıyla takdir yetkisini kullanmalıdır. Bunun yanı sıra gerekçeli bir şekilde kullanılması gereken takdir

¹⁹ Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, E:2013/2164, K:2015/1994, Karar Tarihi: 25.05.2015.

yetkisi için özel şartlar öngörülmüşse idarenin bu şartlara uyması gerekmektedir.

Danıştay takdir yetkisinin sınırsız olmadığını bir kararında şu şekilde belirtmiştir: *“Bir kamu görevine açıktan veya yeniden atama yapmak konusunda idarelere takdir yetkisinin tanınmış bulunduğu, idarenin bu konuda yargı kararı ile zorlanamayacağı, diğer bir ifadeyle idari işlem niteliğinde yargı kararı verilemeyeceği, ancak bu takdir yetkisinin de mutlak olmayıp, kamu yararı ve hizmet gerekleriyle sınırlı olduğu, takdire dayanan işlemlerin sebep ve maksat bakımından yargı denetimine tabi bulunduğu hususu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Bir başka ifadeyle bu takdir yetkisi açıktan atamaya ilişkin bir işlemde kullanılmış ise, bunun kadro, ihtiyaç, hizmet gerekleri ve atama isteminde bulunan kişinin kişisel konumu gibi durumlar dikkate alınarak kullanılıp kullanılmadığının yargı merciince incelenmesi, idari eylem ve işlem niteliğinde karar vermeyi değil, idari işlemin sebep ve maksat yönünden yargı denetimi işlevini sağlamak olarak kabulü gerekir.”*

3.3. DİSİPLİN İŞLEMİNİN UNSURLARI VE TAKDİR YETKİSİ

İdari işlemin yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurlarından oluştuğu 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun²⁰ 2. maddesinde belirtilmiştir. İdari işlemin unsurlarında takdir yetkisinin varlığı tartışmalıdır. Takdir yetkisinin varlığının tespiti işlemlerin unsurlarını incelerken yetkisini nasıl kullanacağı açısından oldukça önemlidir ve belirlenmesi gerekmektedir. Eğer idare, işlemi yaparken takdir yetkisini kullanamayacağı bir unsurunda takdir yetkisini kullanırsa, idarenin tesis etmiş olduğu işlem yargı organlarınca iptal edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir²¹.

Yetki unsuru açısından takdir yetkisi incelendiğinde; idari makamın bir yetkiye sahip olabilmesi, ancak ve ancak o yetkinin ona kanunla verilmiş olması halinde olanaklıdır. Yetki, ancak kanunla idareye tanındığından, takdire o yetkisini kullanmama olanağı idareye verilmediği gibi, o yetkiyi değiştirmek imkânı da idareye tanınmamış demektir. Bu nedenle, idari işlemin yetki unsuru ile ilgili olarak da idarenin takdirinin

²⁰ Resmî Gazete, Tarih: 20.01.1982, Sayı: 17580.

²¹ KIRIŞIK, Fatih/AYDIN, Nizamettin, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 7, S. 2, ss. 331-344.

geçerli olması olanaksızdır. Aksi takdirde, idari işlemin yetki unsuru ile ilgili olarak, onu kullanmak, kullanmamak alternatiflerinin yanı sıra, değiştirmek, başkalaştırmak, hatta başka nitelik ve nicelikte bir yetkiyi onun yerine koymak imkânı idareye verilmiş olur ki, bu idarenin kendinden menkul yetkiyi kullanması demek olur. Böyle bir durumda ise, hukuk devletinden, hukuka bağlı bir idari işlemde söz etmek mümkün olmaz²². Nitekim disiplin işlemlerinin tesis edilmesinde yetkiyi kullanacak kişi ve kurullar kanunlarda belirtilmiştir. Bu kişi ve kurullar kendilerine verilen yetkiyi kullanıp kullanmama hususunda takdir yetkisine sahip değildir.

Disiplin hukuku kapsamında yetkili amire açıkça takdir yetkisi tanınan bir başka husus ise 657 sayılı Kanun'un 137. ve 145. maddeleri arasında hüküm altına alınan görevden uzaklaştırmadır. Hakkında disiplin soruşturması yapılan memur kamu hizmetinin gerektirdiği hallerde 3 ay geçmeyecek şekilde görevden uzaklaştırılabilir. Kamu hizmetinin gerektirdiği haller Kanun'da belirlenmemiş olup yetkili amir tarafından takdir yetkisi uyarınca değerlendirilecektir. Bunun dışında, görevden uzaklaştırma tedbiri soruşturmaya konu fiilin kamu hizmetinin devamına engel olmadığı takdirde, tedbirin her zaman kaldırılabilceği düzenlenmiştir. Aynı şekilde, kamu hizmetinin devamına engel olmayan haller de Kanun'da açıklanmamış ve disiplin cezası vermeye yetkili amirin takdirine bırakılmıştır.

Disiplin işlemlerinin şekil unsurunda ise takdir yetkisi olmaz. Zira, disiplin işlemleri kural olarak yazılı şekle tabidir. Eğer kanun bir idari işlem için belli bir şekil şartı öngörmüş ise, idare bu şarta uymak zorundadır. İdarenin Kanun'un öngördüğü şekle uyup uymama konusunda bir serbestisi yoktur. Bu sebeple bir idari yaptırım uygularken, o yaptırım için gerekli şekil şartları tamamlanmalıdır.

Disiplin hukuku kapsamında şekil unsuru açısından değinilmesi gereken bir husus da disiplin soruşturması yapılıp yapılmayacağı ya da savunma alındıktan sonraki ilerleme şekli hakkında ise idareye takdir yetkisi tanınması hakkındadır. Soruşturma yapılıp yapılmamasına dair Danıştay'ın çelişkili kararları da bulunmaktadır. Bazı kararlarında

²² ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku (Cilt 1), Yetkin Yayınevi, Ankara, 2012, s. 368.

savunma alınmasının soruşturmanın yapıldığı anlamına geldiği ve karşılığında verilen cezanın da hukuka uygun olduğuna kanaat getirirken, bazı kararlarında da soruşturma yapmadan ceza verilmesinin hukuka aykırı olduğunu belirtmektedir²³. Bu noktada asıl dikkat edilmesi gereken husus disiplin suçunun kanıtlanabilir nitelikte olmasıdır. Soruşturma yapılmasına karar verilmesi ya da savunmanın alınması hakkında yetkili amire takdir yetkisi tanınmasının daha pratik olduğu savunulmaktadır²⁴.

Takdir yetkisi, idari işlemin konu unsurunda olabilen bir yetkidir. Diğer bir deyişle kanunlar idareye takdir yetkisi tanımışlarsa, bu yetkiyi idari işlemin konu unsurunda tanımışlardır. Konu idari işlemin kendisi, içeriği, bu işlemin hukuk alanında yarattığı değişikliklerdir. İşte kanunlar bazı durumlarda belli bir kararı alıp almama, alacaksa hangi kararı alma konusunda idareye bir seçme olanağı tanımaktadır. Böyle durumda, kanun idari işlemin sebep unsurunu belirtmiş olsa bile, idare işlemin konu unsuru bakımından serbesttir. Daha açık bir ifadeyle, idare, Kanun'un öngördüğü sebep gerçekleşmiş olsa bile, alınması muhtemel olan kararı almayabilir veya o karar yerine bir başka karar alabilir. Dolayısıyla idarenin yetkisi, sebep unsuru bakımından bağlı yetki, konu unsuru bakımından takdir yetkisi olabilir.

Disiplin cezası vermeye yetkili amirlerin disiplin cezasının türünü belirlerken fiillerin ağırlığına ve niteliğine göre suça verilmesi gereken cezanın bir alt derecesindeki cezayı verme konusunda takdir yetkisinin bulunduğu 657 sayılı Kanun'un 125. maddesinde düzenlenmiştir. Yetkili amirler takdir yetkisini kullanırken memurun hizmet durumu, sicil durumu, olayın gerçekleşme biçimi ve kendi kanaatlerini de göz önüne alması gerekmektedir²⁵. Bu hususta idareye takdir yetkisi tanınırken birtakım şartlar da öngörülmüştür. Bu şartlar idarenin takdir yetkisini gerektiği şekilde kullanıp kullanmadığı ve bunun gerekçesinin yargı denetimine tabi olacağıdır²⁶. Açıklandığı şekilde yetkili amirin memur hakkında bir derece alt ceza uyguladığı disiplin suçunun tekerrürü halinde amire

²³ LİVANELİOĞLU, s. 68; TAŞKIN, s. 270.

²⁴ TAŞKIN, s. 70.

²⁵ ATAY, s. 762; LİVANELİOĞLU, s. 51.

²⁶ TAŞKIN, s. 162.

takdir yetkisi tanınmamış ve bir derece ağır ceza verileceği hüküm altına alınmıştır.

İdari işlemin sebep unsurunda takdir yetkisi olup olamayacağı hususunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır. Birçok yazara göre, idari işlemin sebep unsurunda da takdir yetkisi olabilir. Diğer görüşe göre ise, idari işlemin sebep unsurunda idarenin sahip olduğu şeye takdir yetkisi denemez. İdari işlemlerin sebep unsuru kanunlarda bazen açık ve sarih; bazen de kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık, ihtiyaç, lüzum gibi belirsiz kavramlarla belirtilir. İdari işlemin sebep unsuru Kanun'da açık seçik bir şekilde belirtilmiş ise, idarenin bu konuda bir takdir yetkisi olamayacağı açıktır. Sebep unsuru belirsiz kavramlar ile belirtilmiş ise veya sebep unsuru hiç belirtilmemiş ise idarenin sebep unsuruna ilişkin az ya da çok bir değerlendirme yetkisi vardır. Birçok yazar idarenin sebep unsuruna ilişkin sahip olduğu bu değerlendirme yetkisine de takdir yetkisi adını vermektedir²⁷.

Disiplin hukukunda yaptırımların sebep unsuru disiplin suçlarıdır. Bu konuda kanun koyucular bazı suçları genel olarak ifade ederek fiilin bu cezaya girip girmediğini belirleme konusunda yetkili mercii ya da kurullar takdir hakkı vermiştir. İdareye tanınmış olan genişletici yorum yetkisi yeni bir hukuk kuralı olmamakla birlikte kanun koyucunun iradesine uygun bir şekilde disiplin suçuna neden olacak benzer nitelikte olan ancak Kanun'da sayılmamış fiillerin cezalandırılması amacıyla getirilmiştir. Nitekim Danıştay'ın düşüncesi de bu şekildedir²⁸. Tüm bu açıklamalar ışığında, disiplin suçu tanımlanırken idareye kısmi bir takdir yetkisinin de verildiği görülmekte ancak kanunilik ilkesine aykırılık olduğu nedeniyle de eleştirilmektedir²⁹.

3.4. AMAÇ UNSURU VE TAKDİR YETKİSİ İLİŞKİSİ

İdari işlemin amaç unsurunda idarenin takdir yetkisinin bulunup bulunmadığı tartışmalıdır. Bazı görüşlere göre, idari işlemin amaç

²⁷ ONAR, s. 427; ÖZAY, İl, Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 377.

²⁸ LİVANELİOĞLU, s. 28.

²⁹ AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, s. 249.

unsurunda idarenin takdir yetkisinin söz konusu olmadığı kabul edilmektedir³⁰. Disiplin hukukunda da amaç unsuru bakımından idare hukukundakinden farklı bir durum söz konusu değildir. Disiplin yaptırımlarının genel ve çeşitli özel amaçları olmakla birlikte sonuç anlamında hepsi kamu yararına hizmet eder. Bu nedenle takdir yetkisinin varlığı söz konusu değildir. Kamu yararı dışında kullanılan bir yetki de meşru olmadığı için hukuka uygun olarak kabul edilemez. İdarenin de yetkisini kamu yararı dışında bir amaç için kullanması mümkün olmadığından, idare tercih veya seçim yetkisine sahip değildir. Fakat ağırlıklı görüş, sebep ve konu bakımından takdir yetkisinin bulunduğu; yetki, şekil ve amaç bakımından takdir yetkisinin bulunmayacağı yönündedir.

Takdir yetkisinin kanunla belirlenmiş bir kullanım şekli bulunmaması nedeniyle tesis edilen idari işlemlerin amaç unsuru yönünden yargı denetimine tabi tutulacağı muhakkaktır.

Takdir yetkisi, Anayasa Mahkemesi kararlarında şu şekilde açıklanmaktadır³¹: *“İdare hukukunda idarece tesis edilen bütün işlemler her ne şekilde olursa olsun hukuka uygun bir sebebe dayanmak zorundadır. İdarenin sebepsiz hiçbir davranışı olamaz ve bütün davranışlarının her sebebi de mutlaka hukuka uygun olmak zorundadır. Bilindiği üzere, idareye tanınan takdir hakkı (yetkisi) hiçbir zaman mutlak ve sınırsız değildir. Kamu hizmetinin verimliliği, etkinliği ve kamu yararı ile kişi yararı arasında bir denge kurulması zorunluluğu, bu hak ve yetkinin sınırını oluşturmaktadır. Takdir hakkının, idarece takip edilen amaca uygun olarak kullanıldığı, keyfilikten kişisel ve duygusal, sübjektif değerlendirmelerden kaçınıldığı ve uzak olduğu, objektif ve gerçek kıstaslara bağlı kaldığı sürece, yargı denetimi dışında tutulması gerektiğinde kuşku yoktur. Ne var ki, idarenin takdir hakkını yerinde kullanmadığının iddia edilmesi halinde, bu sınırların aşılmış olmadığı idari yargı organınca denetlenmesi de kaçınılmaz olmaktadır. Diğer bir deyişle Anayasa’nın 125’inci maddesinin 3 ncü fıkrasında düzenlenmiş bulunan “İdarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı verilemez” tarzındaki hüküm; idarenin sınırsız ve mutlak takdir hakkına sahip olduğu ve böylece takdir hakkının idari yargı denetimine tabi olmadığı yönünde*

³⁰ ONAR, s.426; GİRİTLİ, İsmet, Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1957, s. 73.

³¹ Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih:19.09.2000, E:1999/1103, K:2000/821; Anayasa Mahkemesi Kararı, Tarih:27.05.1997, E:1996/942, K:1997/405.

yorumlanması ve uygulanması, yine Anayasa ile öngörülen “Hukuk devleti” ilkesi ile bağdaşmaz. Bu nedenle, anılan yetkinin sınırlarının (takdir hakkının) özellikle “Yüksek Mahkemelerce” olmak koşuluyla yargı yerlerince çizilebileceği ve hatta bu konuda hiçbir yasal sınırlamanın kabul görmeyeceğinin benimsenmesinde kamu yararı bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan taktir yetkisinin söz konusu olduğu, hallerde bile idare yargıcı, idari işlemi amaç unsuru yönünden de denetleme yükümlülüğü altındadır. Gerçekten idare her idari işlemi tesis ederken, işlemin amaç ögesi açısından kamu yararı ile bağlıdır ve bu husus esasen idare hukukunun “Finalist” özelliğinin yansımından ibarettir. Bunun doğal sonucu olarak da idarenin sahip olduğu taktir yetkisini Kanun’un amacına aykırı bir biçimde kullanması hali, başlı başına bir hukuka aykırılık sebebi teşkil eder ve işlem amaç ögesi açısından sakat doğmuş bir işlem mesabesinde olur. Bu durum ise takdir yetkisinin amaç unsuru bakımından sakatlandığını ortaya koyar.”.

İdare tarafından bir konu hakkında hukuk kuralları çerçevesinde karar alınırken belirli saikle hareket edilmesi idari işlemin amaç unsurunu oluşturur. İşlemin yapılmasıyla idarenin ulaşmak istediği gayeyi ifade eden amaç unsuru, yapılacak olan işlemin nedeni gösterilmiş ise sebep unsuruyla birleşmiş sayılır. Böyle bir durum gerçekleştiğinde yalnızca sebep unsurunda denetim yapılması yeterlidir. Ancak bazı durumlarda da amacın belirtilmeyerek soyut ifadeler kullanıldığı görülmektedir³².

Amaç unsuru genel ve özel amaç şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir. Mevzuat hükümlerinde idari işlemin amacı açıkça ifade edilmişse genel amaç; mevzuat hükümlerinde açık bir şekilde idari işlemin amacı belirtilmişse özel amaçtan bahsedilir³³. Amaç açık bir şekilde gösterilmezse idarenin takdir yetkisi bulunmamaktadır, bu nedenle istediği gibi işlem yapamaz. Ancak idare bütün idari işlemlerinde genel amaç olarak belirtilen kamu yararını gözetmek zorundadır. İdari işlemin özel

³² KIRIŞIK/AYDIN, s.339; ALPAR, Erol, Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları, Ankara, 1990.

³³ ALPAR, Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları. Ankara 1990.

amacının açık bir şekilde belirtildiği hallerde idarenin bir serbestisi yoktur, söz konusu özel amaca uymak zorundadır³⁴.

Memurların disiplin hukukuna dair hükümler genel olarak 657 sayılı Kanun'da hüküm altına alınmıştır. Disiplin suçları da Kanun'un 125. maddesinde sayma yoluyla düzenlenmiştir. Söz konusu suçlara uygulanacak olan disiplin cezaları da ağırlık derecelerine göre aynı maddede; uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olarak belirtilmiştir. Kanunilik ilkesi gereği, disiplin cezasına neden olacak fiiller ve bu fiillere uygulanacak olan cezalar Kanun'da öngörülmüştür. 657 sayılı Kanun'un 126. maddesinde memurlara verilebilecek olan cezaların yetkili amirleri hakkında düzenlemeler bulunmaktadır. Uyarma, kınama ve aylıktan kesme cezaları disiplin amirleri tarafından; kademe ilerlemesinin durdurulması cezası memurun kurumundaki disiplin kurulunun kararı alındıktan sonra yetkili amiri tarafından; devlet memurluğundan çıkarma cezasına ise yetkili amirin bu yöndeki isteği üzerine, memurun bağlı olduğu kurumun yüksek disiplin kurulunca karar verilir. Disiplin cezasını gerektiren fiillerin değişken ve çeşitli olması nedeniyle tümü kanunlarda öngörülmez. Bu nedenle de 657 sayılı Kanun'da bazı durumlarda suç tanımlarına yer verilirken suçun tanımlanması hususunda idareye takdir yetkisi verdiği de görülmektedir. Kanun'un 125. maddesinde Kanun'daki tanımlarda bulunmayan "benzer" fiillerin de disiplin suçu kapsamına alınması idareye tanınan geniş yorum yetkisiyle sağlanmıştır³⁵.

4. DİSİPLİN İŞLEMİNİN AMAÇLARI

İdari işlemin amaç unsuru, işlem den beklenen nihai sonucu, gayeyi ifade eder. Bütün idari işlemlerin değişmez nihai amacı, kamu yararadır.

Kamu yararı amacının yanı sıra disiplin işlemlerinin başka amaçları da bulunmaktadır. Bu amaçlar; idari düzenin sağlanması, caydırma, koruma, eğitme, ayıklama ve özel önleme amacı olarak ifade edilmektedir.

³⁴ KIRIŞIK/AYDIN, s.340.

³⁵ LİVANELİOĞLU, s. 26.

4.1. KAMU YARARI AMACI

İdare hukuku “finalist” bir hukuk dalıdır. Yani idarenin hiçbir faaliyeti hiçbir zaman ve hiçbir şart altında kamu yararı dışında bir gayeye yönelik olamaz. Bu durum ispatına gerek olmadan kabulü zorunlu bir husustur. Bu kabule aykırı olarak tesis edilecek idari işlemlerin hukuka aykırı olacağı açıktır³⁶.

Kamu yararı kavramı ilk olarak 1789 Fransız Devriminden sonra ortak iyilik kavramı şeklinde ortaya çıkmıştır. Kamu yararı kavramı çeşitli bilim alanları tarafından incelenerek, kavrama belirli esas veya anlamlar katılsa da hukuk bağlamında incelenme zorunluluğu ortadan kalkmamaktadır.

Kamu yararı, geniş, bulanık ve sübjektif bir kavram olması nedeniyle genel olarak herkesin üzerinde anlaşığı veya birleştiği bir kavram değildir³⁷. Bu belirsizlik idareye işlem yaparken keyfi şekilde hareket etme imkânı sağlamamaktadır. Bu nedenle idare, objektif ölçülere bağlı kalarak aynı hukuki durumda bulunan kişileri aynı disiplin işlemlerine tabi tutmalıdır.

Anayasa Mahkemesi kamu yararını, “kişinin ve toplumun huzur ve refahını sağlamak”³⁸ şeklinde tanımlamaktadır. Hem doktrin hem de yargısal içtihatlarda ortak olarak kamu menfaati şeklinde ifade edilmektedir.

Gül’e göre;

“Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir unsurdur. Kural olarak, Avrupa Mahkemesinin kararlarından izlediği genel şema uyarınca, kamu yararının Sözleşme ile bağdaşır biçimde uygulanıp uygulanmadığının, ilk önce somut olayda kamu yararının mecbur olup olmadığı saptanmalı, daha sonra da genel yarar ile birey yararı arasındaki adil dengenin

³⁶ ÖZAY, s.374.

³⁷ DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1982, s. 25.

³⁸ GÜL, İbrahim, “Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı”, Ankara Barosu Dergisi, Y.2014, S. 2, s.537; AKILLIOĞLU, Tekin, “Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler”, Amme İdaresi Dergisi, Y. 1991, C.24, S.2, s. 11.

sağlanıp sağlanmadığı incelenmelidir. Kamu yararının objektif bir tanımı bulunmamakta, anılan kavram “zamana ve yere göre farklılık” göstermektedir”³⁹.

Akyılmaz/Sezginer/Kaya’ya göre ise;

“Duygusal, siyasi ve şahsi nedenlerin kamu yararı dışında olduğu düşünülmüş ve idarenin bir kişiyi hedef alarak, onu yararlandırmak veya belli bir usulün korumasından mahrum bırakmak için ya da üçüncü kişileri koruma amacına yönelik, dolayısıyla duygusal veya siyasi işlemlerin amaç unsuru yönünden hukuka aykırı olduğu kabul edilmiştir.”⁴⁰.

Takdir yetkisi ile kamu yararı kavramları birbirleriyle her zaman ilişki içerisinde. Anayasa ve kanunlar tarafından idareye görev olarak verilen kamu hizmetlerinin sağlanabilmesi için idarenin serbest bir alana da ihtiyacı vardır. İdare değişen tüm koşulları dikkate alarak takdir yetkisini kullanmalı ve kamu yararının en yüksek düzeyde sağlanacağı seçeneği uygulamalıdır.

İdari işlemlerin amacı genel ve değişmez olarak nitelendirilebilir. İdare kendisine tanınmış olan yetkiyi sadece kamu yararı için kullanabilir. Kanunlarda idari işlemin amacı hakkında belirleme yapılmış olsa dahi kamu yararı düşüncesiyle idari işlem tesis edilmelidir. Tüm idari işlemlerde ortak bir amacın olması ise amaç unsurunda takdir yetkisinin bulunmadığına işaret etmektedir. Aksi halde, idari işlemlerin kamu yararı dışında başka amaçlarla da tesis edilebileceği sonucuna varılmaktadır. Bu da yetkinin niteliğine açıkça aykırı olmaktadır. Disiplin hukukunda da yapılan her işlem kamu yararına hizmet etmelidir. Yapılan disiplin işlemi kamu yararı sağlama amacına hizmet etmiyorsa hukuka aykırı olacaktır.

Yasama organı, kamu yararının somutlaştırılmasına, nerede ve nasıl uygulanacağına karar vermekle yetkilidir. İdarenin bir işlem yapması için yasama organı tarafından görevlendirilmesi halinde, yasama organının gerçekleşmesini istediği amaç ve isteği düşünülerek kamu yararının ne olduğu yorum yoluyla da tespit edilebilir. Yargı mercileri de bu yöntemle kendilerine gelen uyuşmazlıklarda, kuralları yorumlayarak kamu yararını tespit etmektedirler.

³⁹ GÜL, s.537.

⁴⁰ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2017, s.402.

Danıştay'ın bir kararında kamu yararına ilişkin şu değerlendirmeler yer almaktadır⁴¹: “İdari faaliyetlerin temel ve ortak amacı kamu yararını gerçekleştirme, İdarenin bu amacı sağlamak için yapacağı işlem ve eylemlerin türünü, zamanını ve yöntemini belirlemede sahip bulunduğu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı ve yetki, şekil, sebep, amaç ve konu yönlerinden yargı denetimine tabi bulunduğu idare hukukunun bilinen ilkelerindedir. Anayasanın 125. maddesinin 4. fıkrasının ilk cümlesinde yer aldığı ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde de açıkça ifade edildiği gibi idari işlemler üzerindeki yargısal denetim, bu işlemlerin hukuka uygunluğunun saptanmasıyla sınırlıdır. İdarenin takdir yetkisinin denetimine yargı organları yönünden getirilen ve idari işlemlerin yalnızca hukuka uygunluk açısından denetlenebilecekleri biçiminde ifade edilen kural aynı zamanda idarenin, takdir yetkisinin kullanılmasında uyması gereken sınırları da koymuş olmaktadır. Başka bir anlatımla, idarelerin belirli bir kamu hizmetinin etkili ve verimli bir biçimde yürütülmesi, kamu yararının daha somut bir biçimde ortaya konulması için birden çok seçenekten birisini tercihte takdir yetkisiyle donatıldıkları durumda idari yargı organlarının idareyi bu seçeneklerden birisini tercihe zorlayacak ya da belirli bir yönde işlem veya eylem tesisine zorunlu kılacak biçimde yargı kararı vermeleri Anayasa ve yasa kurallarıyla ve idare hukuku ilkeleriyle bağdaştırılamaz. Olayda, idarenin davacıyı kız meslek lisesi bulunan herhangi bir yere atama yapma konusunda takdir yetkisi bulunmakta olup, Mahkemece davacının kızının Çubuk Kız Meslek Lisesinde okuduğu ve Ankara... fabrikasında staj yapacağından bahisle durumunun değerlendirilmesinde ve idarenin takdir yetkisi kaldırılarak davacının Çubuk'a veya istemiyle sınırlı olan yerlere atamasının yapılması sonucunu doğuracak biçimde hüküm tesis edilmesinde isabet görülmemiştir.”.

4.2. İDARİ DÜZENİN SAĞLANMASI AMACI

Disiplin işlemlerinin kamu yararı amacının yanı sıra işlemin kendi özelliğinden dolayı etki ve sonuca ilişkin değişik amaçları bulunmaktadır. Uyarma ve kınama cezalarında kişinin ıslah edilmesi amacı ön plandadır. Bu cezalar faili düzeltmeyi ve verimliliği arttırmayı amaçladığı gibi kurum içinde disiplini sağlama amacı taşır. Memuriyetten veya meslekten çıkarma cezaları tasfiye edici özellikte olduğundan dolayı kişiyi

⁴¹ Danıştay 5. Daire, Tarih:20.10.1993, E:1993/4248, K:1993/3874.

yeniden kazanma amacı değil, kurum ile olan ilişkisini keserek mesleğin itibarını ve idari düzeni sağlamak amaçlanmaktadır.

Disiplin cezalarının yanı sıra görevden uzaklaştırma ve bunun gibi geçici disiplin tedbirlerinde de idari düzeni sağlama amacı kendini göstermektedir. Bu tedbirler soruşturmanın usule uygun bir şekilde devam etmesini sağlarken diğer taraftan kurum düzeninin bozulmasının da önüne geçmektedir⁴².

Danıştay 5. Dairesinin bir kararında disiplin işlemlerinin idari düzeni sağlama amacı şu şekilde vurgulanmıştır⁴³: *“Disiplin cezaları, kamu hizmetinin gereği gibi yürütülmesi bakımından kamu görevlilerinin mevzuat uyarınca yerine getirmek zorunda oldukları ödev ve sorumlulukları ifa etmemeleri veya mevzuatta yasaklanan fiillerde bulunmaları durumunda uygulanan yaptırımlar olup, memurların özlük hakları üzerinde doğrudan ve önemli sonuçlar doğurmaları sebepleriyle sübjektif ve bireysel etkileri bulunduğu gibi, kamu görevinin gereği gibi sürdürülmesi ve kamu düzeninin sağlanması bakımından objektif ve kamusal öneme sahiptirler. Buna göre, disiplin cezası verilebilmesi için öncelikle kusurlu halin tespiti gerekmektedir.”*

4.3. CAYDIRMA AMACI

Otokratik disiplin sistemini kabul etmiş ülkelerde disiplin hukukunun personeli korkutma ve suçun tekrarlanmasını önleme amacı önceliklidir. Korkutma yoluyla çalışanlar üzerinde en üst düzeyde caydırma hedeflenir. Korkutma amacında sadece kişinin değil, onu cezalandırarak diğer kişilerin de disiplin suçu işlemlerini önlemek gayesi bulunmaktadır. Disiplin yaptırımlarının ağırlaşmasıyla caydırma amacının hem fail hem diğer çalışanlar üzerinde etkisinin arttığı görülmektedir.

Ülkemizde korkutma amacı mevzuattaki açıklar, üst yöneticilerdeki keyfi davranışlar ve bazı yargı kararları nedeniyle işlevini yerine getirememektedir. Disiplin mevzuatının güncelliğini yitirmesi nedeniyle güncel bazı disiplin suçlarının karşılığı bulunamamakta veya üst yöneticiler tarafından disiplin yaptırımları şahsi amaçlarla kullanılmaktadır. Böylelikle yargı mercileri tarafından disiplin cezalarının iptal edilmesi kolaylaşmakta ve disiplin cezalarının büyük çoğunluğu iptalle

⁴² IŞIKLAR, s. 98.

⁴³ Danıştay 5. Daire, E:2016/26628, K:2017/11769, Karar Tarihi: 26.04.2017.

sonuçlanmaktadır. Bu durum memurların üzerindeki disiplin cezası alma korkusunun ortadan kalkması sonucunu doğurur.

4.4. KORUMA AMACI

Disiplin yaptırımlarının kamu görevlileri üzerinde kötü sonuç ve etkileri olduğu düşünülse de ayrıca kişileri disipline ederek korumaktadırlar. Disiplin cezaları kişileri dolaylı olarak meşru zemine yönelterek hukuk düzeninin dışına çıkılmasını önlemektedir. Disiplin tedbirlerinde de koruma amacı bulunmaktadır. Özellikle geçici olarak kontrol altına alma tedbiri disiplinsiz hareketlerde bulunan kişinin başkalarına veya kendisine zarar vermesinin önüne geçmektedir⁴⁴.

4.5. EĞİTME AMACI

Eğitim amacıyla disiplin yaptırımları ihlalde bulunan kişinin neler yapması ve yapmaması gerektiğini hatırlatır. Bu sayede kamu görevlisi yetiştirilirken performansı da sürekli hale gelmektedir. Eğitim amacıyla hedef verimliliği, etkinliği ve en üst düzey niteliği sağlamaktır. Disiplin yaptırımları, diğer disiplin cezası alan personel dışındakilere de mesleklerinde verimli ve özenli olmaları gerektiğini hatırlatır. Yani, her ceza bir ibret vesikası olarak kamu görevlisinin işinde daha verimli olmasını sağlar.

4.6. AYIKLAMA AMACI

Ayıklama amacına matuf en belirgin disiplin cezası meslekten çikarmadır. Bu ceza sayesinde hizmette ağır kusuru bulunan, meslek itibarına zarar veren kusurlu ve verimsiz kişiler ayıklanarak kurum düzeni sağlanmakta ve hizmetin kalitesinin düşmesine engel olunmaktadır. Her ne kadar 657 sayılı Kanun'da böyle bir disiplin cezası öngörülmemişse de bazı meslek gruplarında yer değiştirme cezası bulunmaktadır. Bu ceza sayesinde o bölgedeki kuruma zarar veren personel geçici olarak ayıklanmakta, aynı zamanda eğitilmesi hedeflenmektedir. Özetle, yer değiştirme cezasında ayıklama ve eğitim amacı bir aradadır.

4.7. ÖZEL ÖNLEME AMACI

Disiplin cezalarının, önceki bölümlerde anlatılan amaçlarının dışında, özellikle önleme amacı söz konusudur. Disiplin cezaları disiplinin

⁴⁴ IŞIKLAR, s. 99.

sağlanması ve korunmasına faydalı olsa da daha çok disiplinsizliğin gerçekleşmesinden sonra anlam ifade etmektedir.

Özel önleme amacıyla asıl olan disiplinin tesisi değil, disiplinsizlik veya zarar ihtimalini ortadan kaldırmaktır. Bu amaca yönelik 657 sayılı Kanun'un 137. maddesinde düzenlenen görevden uzaklaştırma tedbirine ilişkin şu ifadeler kullanılmaktadır: *"Görevden uzaklaştırma, devlet kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde görevi başında kalmasında sakınca görülecek devlet memurları hakkında alınan bir ihtiyati tedbirdir."*. Bu ifadelere göre, görevden uzaklaştırma tedbirinin uygulanmasıyla birlikte, yapılan soruşturma sonucunda disiplinsizliğin tespiti veya disiplin işlemi tesis edilmesi gerekmez. Yani, disiplinsizlik ihtimali ve tehlikesinin olması yeterli görülmektedir. Fakat bu tedbir, sadece ihtimal ve tehlike durumlarında değil, aynı zamanda kamu hizmetinin gerektirdiği veya personelin görevinin başında kalmasında sakınca görülen durumlarda uygulanır⁴⁵.

5. AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIK HALLERİ

Kamu görevlileri bir idari işlemi tesis ederken birtakım kurallara ve hedeflere uymalıdır. İdari işlemlerin amacı, kamu yararını sağlamak, düzenli, verimli ve istikrarlı bir şekilde kamu hizmetlerini yerine getirmektir⁴⁶. İdare Devletin yetkilerini özel yararlar, kişisel çıkarlar ya da siyasi amaçları gerçekleştirmek için araç olarak kullanamaz. Bu yetkilerin kamu yararı dışındaki herhangi bir amaç için kullanılması idari işlemi amaç yönünden sakatlar ve bu nedenle işlemin iptal edilmesi gerekir.

5.1. GENEL OLARAK

Sübjektif bir unsur olan amaç unsuru yönünden hukuka aykırılığın tespit edilebilmesi için işlemi tesis eden kamu görevlisinin niyetini bilmek gerekmektedir⁴⁷.

Her idari işlemin, genel amacı kamu yararı olsa da idari işlemle ulaşılmak istenen amaç bazı durumlarda açık bir şekilde ifade edilir, bu da özel amaçtır. Özel amaç da bir anlamda kamu yararını sağlamaya yöneliktir.

⁴⁵ IŞIKLAR, s. 100.

⁴⁶ GÖKALP, Ali Sıtkı, İptal Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara, 1968, s. 464.

⁴⁷ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, s.400.

Waline, idari işlemlerde amaç unsuru bakımından hukuka aykırılık hallerini, “*şahsi amaç*” ve “*siyasi amaç*” olarak ikiye ayırmaktadır. Waline’e göre, şahsi amaçlar kendisinin veya üçüncü kişilerin menfaatini sağlamak, kin ve düşmanlık olabilir. Siyasi amaçlar ise gösteri, hasımlara zarar verme veya kanuni bir reformu hukuka aykırı bir şekilde yapmak olabilir⁴⁸.

Gerek tüm idari işlemler ve kararlar için genel ve değişmez nitelikte olan kamu yararı amacına, gerekse tüm idari işlem ve kararlar için öngörülmüş bulunan daha somut ve özel maksatlara aykırı olarak yapılmış işlemlerin, amaç unsuru bakımından hukuka aykırılığı gündeme gelecektir⁴⁹. Amaç unsuru yönünden hukuka aykırılık, Fransız idare hukukundan hukukumuzda geçen “yetki saptırması” kavramı ile açıklanmaktadır. 2575 sayılı Danıştay Kanunu⁵⁰ ile İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda da “maksat” olarak düzenlenmiş olan söz konusu iptal sebebi için “*selahiyetin yerinde kullanılması*⁵¹”, “*selahiyet saptırılması*⁵²” ve “*yetkinin saptırılması*⁵³” gibi ifadelerin kullanıldığı da görülmektedir. Yetki saptırması kavramındaki “yetki”yi yanlış yorumlamamak gerekecektir. Burada yetki saptırması kavramından amaç, idari işlemin amaç unsuru bakımından hukuka aykırı bulunmasıdır; aksi takdirde, “yetki” kavramından hareketle bu “saptırmanın” ya da sakatlığın yetki unsuru ile ilgili olduğu yönünde bir anlayışa yönelmemek gerekir. Yetki saptırması, doktrinde bazı hukukçuların ifade ettiği gibi, özel hukuktaki “hakkın kötüye kullanılması”na benzemektedir. Yetki saptırmasında, işlemi yapan idari makamın diğer bir ifadeyle işlem kurucusunun esas itibarıyla o işlemi yapmaya yetkili olduğu görülmektedir. Yetkili kişi ya da makam, üstelik yasanın öngördüğü usul ve şekle uyarak yetki saptırması ile malul işlemi kurmuş olabilir. Sakatlık, işlemin yasanın öngördüğü amaca (genel ve

⁴⁸ KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 226.

⁴⁹ GÜNDAY, s. 161.

⁵⁰ Resmî Gazete, Tarih: 20.01.1982, Sayı:17580.

⁵¹ CROZAT, Ch. “*İdari Salahiyetin Yerinde Kullanılmaması*”, Siyasi İlimler Mecmuası, Y.1936, S.61, s. 9.

⁵² ONAR, s. 209.

⁵³ GİRİTLİ, s. 8.

özel amaca) değil, bir başka ve kurucusunun zihnindeki düşüncelerin belirlendiği amaca yönelmiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Özetlemek gerekirse Kaya'ya göre, "*idari işlemin kamu yararı dışında, siyasal, kişisel, ideolojik, felsefi, üçüncü kişilerin korunması ve benzeri bir amaç için tesis edilmesi yetki saptırmasıdır*"⁵⁴. Yetki saptırması hakkında yaptırım olarak da iptal öngörülmüştür.

Amaç yönünden hukuka aykırılık hali hem bireysel işlemler hem de düzenleyici işlemlerde görülebilir.

İdari işlemlerin amaç yönünden iptali hali diğer iptal nedenlerinden ayrılır. Bu aykırılık ileri sürüldüğü takdirde yargı mercileri işlemi yapan kamu görevlisinin gerçek niyetini tespit etmek zorundadır. Ayrıca amaç yönünden hukuka aykırılığın taraflarca ileri sürülmesi gerekir, hakim re'sen dikkate alamaz.

Disiplin işlemleri için aynı hususlar söz konusudur. Yetkili kişi veya merci yetki saptırması yoluyla amaca aykırı bir disiplin cezası tesis ederse yargı mercileri bu durumu inceleyerek sakatlık tespit etmeleri halinde iptal edeceklerdir.

5.2. GENEL AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIK

Bir idari işlem olan disiplin işlemleri hakkında genel amaç yönünden hukuka aykırılık halleri üç şekilde karşımıza çıkmaktadır. Bunlar: kişisel amaç güdülmesi, üçüncü kişileri koruma amacı güdülmesi ve siyasi amaç güdülmesidir⁵⁵.

5.2.1. Şahsi Amaç Yönünden

İdarenin kimi zaman karar alırken kişisel bir amaç ve çıkar güttüğüne rastlanmaktadır. Bir idari kararın alınmasında veya bir idari işlemin tesis edilmesinde kişisel amaç güdülmüş ise, o idari karar ya da idari işlem amaç unsuru bakımından sakattır. Diğer bir ifadeyle yetki saptırması ile maluldür. Örneğin kamulaştırma işleminin amacı kamusal yararı gerçekleştirmektir. Bir belediye yönetimi, kamu hizmetlerinin görülmesinde gerekli olduğu ve kamusal yararı gerçekleştirmek için değil, belli bir

⁵⁴ KAYA, Metin, İdare Hukuku ve Türk İdare Teşkilatı, Temsil Kitap, Kocaeli, 2018, s. 50.

⁵⁵ GÜL, s.537.

kişinin taşınmazını kamulaştırmak suretiyle o kişiye zarar vermeyi veya ona yarar sağlamayı öngörmüş, amaçlamışsa, bu kamulaştırma kararı (işlemi) amaç unsuru açısından sakattır⁵⁶. Bir başka örnek olarak, kişinin belediye başkanı seçildiğinde aralarında anlaşmazlık bulunduğu bir görevlinin işine son vermesi de gösterilebilir.

Danıştay bir kararında; *“Kamulaştırma dolayısıyla kanunsözcüsü şu görüşü ileri sürmüştür:*

“Tetkik edilen hadisede idarenin bu takdir yetkisini kamu ihtiyaç ve menfaati gözönünde tutularak tamamiyle maksattan inhiraf edilmek ve şahsi hedef tutmak gibi bir gaye ile hilafı kanun kullandığı anlaşıldığından ittihaz olunan kararın selahiyeti saptırma illetiyle malul bulunduğu aşıkardır. Altıncı Daire, kanunsözcüsünün görüşüne uygun olarak; ...hukuki icaptan ziyade muayyen bir şahsın gayrimenkulünü kamulaştırmak gibi bir kasıt ve gayenin gözetildiği... his ve izleniminde olduğu...” gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını iptal etmiştir.”⁵⁷.

Disiplin hukukunda şahsi amaç güdülmesi durumu; disiplin amirlerinin maiyetinde çalışan kişilerin ilerleyen zamanlarda yükselerek kendisine rakip olmasını engellemek maksadıyla disiplin cezası vermesi, amirin arasında husumet bulunduğu bir çalışanına disiplin cezası vermesi, disiplin amirlerinin veya disiplin kurullarını oluşturan üyelerin düşünsel anlamda bağlı olduğu toplulukların ve oluşumların çıkarını sağlamak amacıyla topluluk dışından memurlara disiplin işlemi uygulaması olarak karşımıza çıkabilir. Kısacası bir disiplin işlemi kurumsal düzenini veya kamu yararını amaçlamadan kişisel saiklerle yapılmışsa burada işlem hukuka aykırı olacaktır.

5.2.2. Üçüncü Kişileri Koruma Amacı Güdülmesi

İdari makamların, sadece kendilerine yarar sağlamak amacı ile değil, üçüncü kişilere yarar sağlamaya yönelik işlemleri de yetki saptırması ile maluldür. Örneğin salt belli bir kişiye yarar sağlamak amacı ile bir idari görev ihdası, kadro verilmesi, atama yapılması olayında, bir ev

⁵⁶ ZABUNOĞLU, s. 381.

⁵⁷ Danıştay 6. Dairesi, Tarih: 11.06.1947, E: 1946/2889, K: 1947/1338, Danıştay Kararlar Dergisi, S:36-37, s. 218.

sahibini tatmin için evin bulunduğu sokağın trafiğe kapatılmasında yetki saptırması vardır⁵⁸.

Yargı mercilerine konu olmuş bir olayda; Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, bir görevliyi bir makama getirmek için şartlarında değişiklik yapılmamasını amaç yönünden hukuka aykırı olduğuna hükmederek işlemleri iptal etmiştir⁵⁹.

Disiplin hukukunda üçüncü kişileri koruma amacı şu şekilde karşımıza çıkabilir. Emniyet ve jandarma gibi sıkı hiyerarşik kurallara tabi teşkilatlarda, amirin yaptığı bazı uygulamaların eleştirilmesi veya şikâyet edilmesi halinde mevzuatlarında ceza verilmesi öngörülmüştür. Bir polis memuru tarafından emniyet amiri şikâyet edildiğinde üst rütbeliler tarafından şikâyetin doğruluğunun araştırılması gerekirken polis memuruna soruşturma başlatılarak haksız yere amirlerini şikâyet etmekten ceza verilmesi, üst rütbelilerin emniyet amirini koruması durumunu oluşturur. Böyle bir saikle ceza verilmesi de işlemi amaç yönünden sakatlamaktadır.

5.2.3. Siyasi Amaç Güdülmesi

Siyasal amaçla kurulmuş idari işlemler de yetki saptırmasından ötürü sakattır. Kamu görevinde, valilik, elçilik gibi bazı görevlerin dışında, kural olarak kamu görevlilerinin tayininde, özlük işlemlerinde ve disiplin işlemlerinde görevlinin siyasal düşünceleri, siyasal eğilimi, vs. önemli değildir. Kamu görevlisi hakkında siyasal maksatlarla alınmış işlemler yetki saptırmasını doğurur. Örneğin bir hiyerarşik amirin, astına sicil notu verirken veya disiplin işlemini uygularken onun siyasal eğilimini dikkate alması durumunda maksat bakımından hukuka aykırılık hali oluşacaktır.

Danıştay'a intikal etmiş bir dosyaya ilişkin olayda davacı öğretim üyesinin hükümetin siyasetine muhalif bir dergiye yazı vadettiğinden bahisle Bakanlık emrine alınmasını Danıştay Beşinci Dairesi şu gerekçeyle iptal etmiştir⁶⁰: *"Bakanlığın yazısı da okul içinde cereyan etmiş bir vakıadan*

⁵⁸ ZABUNOĞLU, s. 382.

⁵⁹ Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Daireler Kurulunun, 16.7.1976 gün ve E. 76/179, K. 26/240.

⁶⁰ Danıştay 5. Daire, Tarih: 26.4.1946 ve E. 45/2363, K. 46/722, Danıştay Kararlar Dergisi, sayı 32, s.41.

bahis olmayıp, sadece davacının siyasi bir dergiye yazı vaatetmiş olmasının muvafık olmayacağını belirtmekten ibaret bulunduğundan, kendisini hizmetten ayırmak için idari lüzumun sübutuna kafi sayılacak bir delil teşkil etmez.”.

Bu kararın gerekçesi göz önüne alındığında disiplin işlemlerinde salt siyasi nedenlerden dolayı hareket edilemeyeceği, bu şekilde hareket edilmesi durumunda işlemin amaç unsuru yönünden sakat olacağı anlaşılmaktadır.

5.3. ÖZEL AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIK

İdareye tanınmış olan yetkiler, genel amaca bağlı kalmakla birlikte özel bir amacın daha gerçekleştirilmesi için verilebilir. Böyle durumlarda, kanunlarda öngörülmuş olan amaç dışında, başka bir amaç güdülmesi idari işlemi amaç yönünden sakatlar. Kimi zaman özel amaç, kanunlarla açıkla belirtilebilir ya da yargı mercileri idari işlemin özel amacını kanunları yorumlama yoluyla çıkartmaya çalışır.

Özel amaç, genel amacın somutlaşmış, özel bir biçimdir. Ancak bazı durumlarda idari mercii ya da makamlar, özel amacın özel olma ölçüsünü arttırmakta onun genel yararın bir parçası olarak özelliğinin dışında, kendilerine göre “özel” bir amaç yaratabilmektedir. Özetle, idarelerin özel amacı, genel amaca hizmet eden özel amaç niteliğinden çıkartıp, kendilerine özgülemek anlamında özelleştirmeleri halinde de yetki saptırması vardır⁶¹. Örneğin benzinlik açmak için valilik ve belediyeye tanınan yetkinin, vergi kaçakçılığını önlemeye matuf olmak üzere kullanılması sonucunda kurulan benzinlik açma izninin verilmemesi kararı Danıştay tarafından iptal edilmiştir⁶².

Özel maksadın aşılması nedeniyle yetki saptırması haline çoğu kez kolluk yetkilerinin idareye gelir sağlamak amacıyla kullanılması durumunda rastlanmaktadır⁶³. İdareye gelir sağlanmasında da kamu yararı vardır. Ancak kolluk yetkilerinin özgülendiği amaç bu değil, kamu düzeni yani güvenlik, huzur ve genel sağlıktır. İşte kolluk yetkisinin bu amaçla değil de bir başka amaçla kullanılması durumunda yetki saptırması vardır. Örneğin belediyenin kamulaştırmayı düşündüğü bir

⁶¹ ZABUNOĞLU, s. 382.

⁶² Danıştay 6. Daire, Tarih: 14.05.1954, E:1953/1005, K:1954/753.

⁶³ ZABUNOĞLU, s. 382.

gayrimenkulün değerini düşürmek amacıyla önce imar planını değiştirilmesi, yolun bakım masraflarından kurtulmak için belediyenin bir yoldan geçilmesini yasaklaması, sırf mali bir maksatla bir kamulaştırma yapılması durumunda mali maksatlı yetki saptırması hali vardır.

Disiplin hukukunda özel amaç yönünden hukuka aykırılık hali görevden uzaklaştırma tedbirinde karşımıza çıkabilmektedir. Soruşturmanın her aşamasında verilebilen görevden uzaklaştırma kararında amaç, kamu hizmetlerinin gerektirdiği hallerde görevi başında kalmasında sakınca görülen personelin soruşturma bitene kadar görevinden uzak tutulmasıdır. Ortada bir sebep yokken sadece görevi başında kalması sakıncalı diye personelin uzaklaştırılması ve soruşturma tamamlandığı halde görevine başlatılmaması durumlarında amirin özel amaca aykırı davranmış olacağı açıktır.

5.4. AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIĞIN SINIRLARI

İdari işlemlerde amaç yönünden bütün hukuka aykırılıklar işlemin iptaline neden olmaz. Söz konusu durum daha çok bağlı yetki alanında ve çok amaçlı işlemlerde karşımıza çıkmaktadır.

Bağlı yetki halinde amaç yönünden hukuka aykırılık gündeme gelmez. Bağlı yetkide idari işlemin konusu kanun ile öngörülmüştür. İdari işlemi yapan kişinin seçme hakkı yoktur, yapacağı işlemin konusunu kanun ile daha önceden belirlenmiştir ve o yönde karar almak zorundadır. Bu nedenle de işlem kamu yararı dışındaki bir amaç için tesis edilmiş olsa dahi amaç bakımından işlem iptal edilemez. İşlemi yaparken güdülmekte olan amaç hukuka aykırı olsa dahi bağlı yetkide amaç yönünden hukuka aykırılık ile işlem iptal edilemez.

İşlemi yapanın birden fazla amaç gütmesi halinde ise çok amaçlı işlemlerden söz edilir. Güdülen birden fazla amaçlardan en az birinin yasal olması ve karar alınırken etkili olması halinde işlem iptal edilemez. Ancak yasal olmayan amaç, idari işlemin yapılmasına asıl neden olan amaç ise bu durumda idari işlem iptal edilmelidir. Kısacası önemli olan husus, karar alınırken etkili olan amacın yasal olup olmaması noktasındadır. Eğer amaç yönünden hukuka aykırılığı iddia edilen sebep diğerlerine göre kararda etkili değilse, işlem iptal edilemez. Bu iptal edilemezlik sadece amaç

unsuru bakımından geçerlidir. Başka bir hususta hukuka aykırılık varsa idari işlem elbette iptal edilebilecektir.

5.5. AMAÇ YÖNÜNDEN HUKUKA AYKIRILIĞIN KANITLANMASI

İdare hukukunda daha çok imar, bayındırlık, kamulaştırma ve ruhsatlandırma konularında sıkça karşımıza çıkan amaç unsuru yönünden sakatlıklar, memurlarla ilgili olarak da özellikle naklen atanma, görev yeri değişiklikleri, göreve son verme, disiplin işlemleri gibi konularda hukuken mesnetsiz sebeplerle ortaya çıkabilmektedir. Konumuz itibarıyla özellikle disiplin işlemlerinde işlemin tesisi aşamasında maksat unsurunun kanıtlanması, sübjektif bir durum olması hasebiyle diğer unsurların ispatından biraz daha güçtür.

Öznel bir durumun kanıtlanması gerektiği için amaç yönünden disiplin işlemlerindeki hukuka aykırılığın tespit edilmesi diğer iptal nedenlerine göre daha zordur⁶⁴. Kesin kanıt bulma ihtimali oldukça düşüktür. Bunun sebebi ise, cezalandırılan tarafın işlemi yapanın aklından geçen sebebi ve idarenin hukuka aykırı bir nedenle işlem yaptığını kanıtlayacak olmasıdır. Fakat disiplin işleminin amaç unsurunun imkânsız olduğu da iddia edilemez. Bazı durumlarda soruşturma konusu olaya ilişkin bilgilerden yola çıkılarak ya da idarenin çelişkili tutumlarından dolayı amaç yönünden hukuka aykırı işlemin tesis edildiği tespit edilebilir. Bazı durumlarda ise yargı mercileri, idareden kararına dayandığı işlemi açıklamasını talep eder. İdare bu soruya yanıt vermez ya da belirtmiş olduğu neden gerçeğe uymaz ise sebep bakımından yapılan sakatlığın amaç unsurunu da etkilemesinden yararlanılabilir. Böylece idarenin işlemi yaparken kamu yararı dışında başka bir amaç güttüğü söylenebilir⁶⁵.

Diğer taraftan işlemin amaç unsuru, idarenin işlemi tesis ettiği andaki niyetine ilişkin olduğundan buradaki hukuka aykırılık konusunu,

⁶⁴ 'İdari tasarrufun maksadı, tasarrufu tesis edenin şahsına bağlı olduğundan sübjektif bir unsurdur. Bu sebeple maksat unsurunun hakikate uygunluğunu tespit etmek suretiyle yargı denetimine tabi tutmak, yani idari tasarrufu kendisinden beklenen amaca uygun olarak tesis edilip edilmediğini anlamak güçtür. Maksat denetiminde sübjektif unsurunun ortaya çıkarılması bahis konusudur.' DİBK, E. 1966\74, K. 1972\14, KT. 03.06.1972, DD, 1973, S. 9-10, s. 195

⁶⁵ GÖZÜBÜYÜK, Yönetmelik Yargısı, s. 236.

disiplin sürecinde ve öncesinde memur ile idare arasında yaşanan karşılıklı ilişkilerden ortaya koyabiliriz⁶⁶. Yasanın öngördüğü özel amaç ya da genel amaç olan kamu yararı dışında⁶⁷, kamu gücünü kişisel kin ve nefret uğruna kullanmak, memur üzerinde psikolojik baskılar oluşturarak bir şeyler yapmaya zorlamak ya da yıldırım⁶⁸, siyasi ve ideolojik bazı ayrılıkların sonucu olarak ceza verme yetkisine başvurmak, yetkinin hizmet gerekleri göz ardı edilerek, yeter ve haklı bir nedene dayanmaksızın kötü niyetli olarak kullanılması⁶⁹ gibi haller yetki saptırmasını ortaya

⁶⁶ IŞIKLAR, Celal, İÜHF C. LXIX, S.1 -2, 2011 s. 850, "...Uyuşmazlıkta; dosyada bulunan bilgi ve belgelerin, davacı hakkında 2006 yılı sonrasında tesis edilen disiplin, atama, geçici görevlendirme ve sicil işlemlerinin, bu işlemlere karşı açılan davalarda verilen yargı kararlarının ve davacı ile davacı hakkında işlem tesis eden kamu görevlileri arasındaki şahsi davaların ve manevi tazminat hükümlerinin bir bütün olarak değerlendirilmesinden, davacının kendisine psikolojik taciz (mobbing) uygulandığı iddiasının gerçek olduğu ve dava konusu disiplin cezasının da söz konusu uygulamanın bir parçası olduğu sonuç ve kanaatine ulaşılmıştır. Disiplin işlemlerinin kamu hizmetinin iyi işlemesi için kurum iç disiplininin sağlanması amacının dışına çıkılarak, kişisel sebeplerle kötüye kullanılmasına hukuken imkan bulunmadığı, bu tür uygulamaların idari işlemin maksat unsuru yönünden hukuka aykırılığı sonucunu doğuracağı da açık olup, davalı idarece Medeni Kanun'un 2. maddesindeki iyiniyet kuralı ihlal edilerek maksat yönünden hukuka aykırı olarak verildiği anlaşılan dava konusu işlem nedeniyle davacının duyduğu elem ve üzüntünün seviyesi, zarara uğrayan kişinin toplum içindeki konumu ile hizmet kusurunun ağırlığı ve hukuka aykırılığın derecesi dikkate alınarak; takdiren, 3.000,00-TL manevî zararın davalı idare tarafından tazmin edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır....", Çanakkale İdare Mahkemesi, 2016\712 E. 2016\661 K.

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK, Şeref, TAN, Turgut, İdare Hukuku (Cilt I Genel Esaslar), Turhan Kitabevi, Ankara, 2014, s. 369

⁶⁸ Tıp Fakültesi öğretim üyesi olan davacıya verilen üç ayrı disiplin cezasının yargı kararı ile iptal edilmesi üzerine, bu işlemler, göreve yargı kararı ile atandığı tarihten itibaren kendisine karşı yürütülen taciz (mobbing), bıkırma ve yıldırıma yönelik eylem ve işlemler, manevi yapısını olumsuz olarak etkileyecek ağırlıkta bulunduğu anlaşıldığından, idarenin hukuka aykırı eylem ve işlemleri nedeniyle üzüntü ve sıkıntı yaşayan davacının manevi zararının tazmini gerekmektedir., D. 8. Daire, 2008\10606 E., 2012\1736 K., K.T. 16.04.2012,

⁶⁹ "Medeni Kanun'un, idare hukuku alanında da uygulanma imkânı olan 'Dürüst davranma' başlıklı 2. maddesinde: herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorunda olduğu, bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumayacağı kuralı bulunmaktadır. Disiplin işlemlerinin kamu hizmetinin iyi işlemesi için kurum iç disiplininin sağlanması amacının dışına çıkılarak, kişisel sebeplerle kötüye kullanılmasına hukuken imkân bulunmadığından, bu tür uygulamalar Medeni Kanun'un yukarıda hükmüne yer verilen 2. maddesine aykırılık teşkil edeceği gibi, idare Hukuku Öğretisinde 'yetki

koyabilecektir. Bu bağlamda işlemin sebep unsurundan faydalanılarak, dosyadaki bilgi ve belgelerden hareket ederek, yukarıda ifade edildiği üzere özel amaca da atıf yaparak bu unsurdaki sakatlık kanıtlanabilir.

Amaç unsurunun ispatında dosyadaki yazılı belgelerin önemi büyüktür. İdari yargı organları yargılama sırasında dosyadaki yazılı belgeler üzerinde araştırma ve inceleme yapabilirler. Aslında bu anlamda idari işlemin maksadını ortaya koymak üzere yapılacak araştırma ve incelemeler, sadece dosyadaki belgeler ile sınırlı kalmaktadır. İdari yargıç, işlemi yapan kamu görevlisine o işlemi yaparken hangi düşüncelerle hareket ettiğini soramaz. Zaten kamu görevlisinin niyetini itiraf gibi doğrudan bir delille açığa çıkarması da düşük bir ihtimaldir. Aşağıda sayacağımız ve Fransız Danıştay'ının ortaya koymuş olduğu bazı hususlar, yetki saptırmasının ispatı noktasında kolaylık sağlayabilmektedir. Bu hususlar iptali istenen işlemin amaç unsurunun bizatihi yapılan işlemin metninden anlaşılması, dosyanın içinde bulunan bir belge ile ortaya konulabilmesi, idare tarafından yalanlanamayan davacının iddiaları ile ispat edilebilmesi ve nihayetinde işlemin dışında kalıp özellikle de işleminden sonra ortaya çıkan olaylardır. Örneğin, ruhsat talebinde bulunmuş bir kişinin talebinin reddedilmesinden sonra aynı olaya ve yere ilişkin aynı şartlarda başka bir şahsa ruhsat verilmiş olması söz konusu amacın kamu yararından saptığını rahatlıkla ortaya koyabilmektedir⁷⁰.

Son olarak şunu da ifade etmeliyiz ki; maksat unsurunun hukuka uygunluğunu sağlayan anayasal ilkeler olan kanuni idare ilkesi, eşitlik ilkesi ve ölçülülük ilkesi de unsurun ispatı konusunda bize yardımcı olacaktır. Örneğin Danıştay bir kararında, "disiplin suçu olarak hakaret eyleminin cezası bir yıl süre ile okuldan uzaklaştırma olduğu halde, sırf hüküm giydiği gerekçesiyle bu süreyi aşan bir ceza uygulanarak öğrencinin ilişkisinin kesilmesi suçla ceza ve yönetmelikteki iki kural arasında adil bir denge bulunmadığını açıkça göstermektedir. Bu durum gözetilmeden

saptırması' olarak tanımlanan ve idari işlemin maksat unsuru yönünden hukuka aykırılığı sonucunu doğuracağından, bu tür işlemler için bir iptal sebebi teşkil edeceği açıktır". D12D, KT. 27.12.2013, E. 2011/5197, K. 2013/12977

⁷⁰ GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku Cilt 1, Ekin Yayınevi, Bursa, 2003, s. 861-863

davayı reddeden idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” şeklindeki yorumuyla ölçülülük ilkesine dikkat çekmiştir⁷¹.

SONUÇ

Disiplin denildiğinde akla ilk olarak disiplin cezaları gelmektedir. Bu durum zihinlerde disiplinin olumsuz olduğuna dair çağrışımlar uyardırmakta ise de modern toplumlar disipline, sosyal hayata uyum ve kurallara riayet olarak bakmaktadır. Disiplin, kişilerin doğru davranışlarda bulunmasına yönelik olarak getirilen talimatların organize edilmiş şeklidir. Disiplin sayesinde kişiler belirli alışkanlıklar kazanmakta, kazanılmış bu alışkanlıklar çerçevesinde hukuk kuralları oluşmaktadır. Eğer bir toplumun belirli kurallara kendiliğinden uyma alışkanlığı mevcutsa, hukuk da etkili ve sorunsuz bir şekilde işlemektedir. Toplumun içinden gelen bu disiplinin, uygun ve kabul gören bir disiplin anlayışı olduğu düşünürler tarafından da dile getirilmektedir.

Her ne kadar uygun olan toplumun içinden gelen disiplin anlayışı ise de toplumda herkes aynı bilinç düzeyinde olmadığı için disiplinsizlik olması durumuna karşı belirli müeyyidelerin getirilmesi kaçınılmazdır. Bu sebeple toplumun yansıması olan kamu görevlileri hakkında gerektiği zamanlarda uygulanmak üzere disiplin tedbirleri öngörülmüştür. Öngörülen bu tedbirler ile kamu personelinin mesleki yaşantısı ile görev anındaki davranışlarının, disiplin kurallarına uyumu sağlanarak kamu yararının tesis edilmesi amaçlanmaktadır. Memurların, mevzuatta öngörülen ödevleri yerine getirmemesi, yasaklanan işleri yapması ve mevzuatın zorunlu kıldığı hususlara uymaması halinde söz konusu fiilleri işleyenler hakkında disiplin cezalarının uygulanacağı öngörülmüştür.

Disiplinin korunması adına disiplin cezalarının önemi kabul edilmekle birlikte suçun önlenmesi ve disiplinin sağlanması için birçok faktör etkili olmaktadır. Çağdaş disiplin anlayışına göre, disipline başvurulması disiplinin bastırıcılık ya da cezalandırıcı özelliği nedeniyle değil, bireyin ya da grubun olumlu taraflarını güçlendirmek için olmalıdır. Bu anlayışa göre, disiplinin baskı mekanizması olarak çalışmasını önlemek amacıyla, memurları teşvik edici ve eğitici yönü ön plana çıkarılmaktadır. Diğer bir

⁷¹ D8D, KT. 05.02.1990, E. 1988/820, K. 1990/145

ifadeyle, disiplin yalnızca kanunlar ve sıkı düzen kuralları ile tesis edilemeyeceğinden disiplini tamamlayan motivasyonların da bulunması gerekmektedir. Böylelikle kişilerin, istekli ve hevesli bir şekilde uyum göstermesi sağlanarak, amirleri tarafından disiplin cezalarına başvurulmasının da önüne geçilmiş olacaktır. Bu noktada motivasyon sağlayan etken olarak ödül sistemi karşımıza çıkmaktadır.

Kamu yararı hedefi doğrultusunda ödül ve cezalandırma tercihini yalnızca liderlik yeteneğine sahip iyi idarecilerin yapabileceği yadsınmaz bir gerçektir. Felix A. Nigro'ya göre; olumlu bir lider, disiplin yaptırımlarına sürekli başvurmayı teşkilatta başarıyı sağlamanın tek yolu olarak görmez. Bir amirin sürekli olarak disiplin yaptırımlarına başvurması onun kişisel yetersizliğinin bir göstergesidir. Kurum içindeki disiplini sağlarken idari yaptırımlara başvurmak en son çözüm olmalıdır. Personelin motivasyonunu düşüren bu yaptırımlar, kişiyi zamanla kurumdan uzaklaştırıp çalışma verimini azaltmaktadır. Verimi azalan personel, çalışma arkadaşlarının motivasyonunu da etkileyerek kurum içinde olumsuz bir ortamının oluşmasına neden olmaktadır. Bu aşamada iyi bir yönetici verimli bir çalışma ortamını kurmak adına, gereken önlemleri alarak memurların motivasyonunu yüksek tutmak için çeşitli yöntemler geliştirmelidir. Korku ile personelin verimliliği artırlamayacağından dolayı yöneticiler, astlarını başkaları önünde eleştirmemeli ve personeli ıslah etmek amacıyla tehdide başvurmamalıdır. Personelinin sorunlarıyla ilgilenen, değer veren ve çözüm üreten bir idareci kurum içindeki disiplini sağlarken her zaman daha başarılı olmaktadır.

İdari düzeni sağlamak adına amirlerin üç seçeneği bulunmaktadır. Bunlar; inandırmak, ödüllendirmek ve cezalandırmaktır. Bu üç yöntem arasında en güvenilir ve etkili olanı inandırmak iken; en olumsuz ve başvurulmaması gerekeni ise cezalandırmaktır. Elbette, başarılı bir amir, işinde ve davranışlarında yeterli olmayan astlarını uyarmalı, gerektiğinde cezalandırma yöntemine başvurulmalıdır. Söz konusu cezalandırma yöntemine başvurulması durumunda idari işlem olan disiplin yaptırımları karşımıza çıkmaktadır.

Yaptırımlar, disiplin işleminin amaçlarına yönelik olarak, fiilin niteliğine ve ağırlığına göre değişmektedir. Disiplin işlemleri tesis edilirken, hedeflenen amaçlara sağlıklı bir şekilde ulaşılması için uyulması

gereken birtakım ilkeler bulunmaktadır. Bu ilkelerin bir kısmı ceza hukuku alanıyla ortak iken; bir kısmı ise, hukukun genel ilkeleri arasında yer almakta olup Anayasa'da da ayrıca öngörülmüştür. Bunların dışındaki ilkeler ise yasal düzenlemelerle ve içtihatlarla kabul edilmiş olan ilkelere dir. Çalışmamızda disiplin hukukuna hakim olan ilkeler; kanunilik, ölçülülük, savunma alınmadan disiplin cezası verilemeyeceği, şüpheden sanık yararlanır, aynı fiile birden fazla ceza verilememesi, geçmişe yürümezlik, eşitlik, şahsilik, aleyhe düzeltme yasağı, disiplin cezasının geri alınmazlığı, zaman bakımından lehe olan hükmün uygulanması, yetki devri yasağı, gerekçe, başvuru yollarının gösterilmesi, yargı yolu güvenesi ve kanunu bilmemek mazeret sayılmaz ilkesi şeklinde açıklanmıştır.

Bu ilkeler, çalışanların haklarını ve özgürlüklerini koruyucu niteliktedir. Söz konusu ilkelere uyulması gerektiği, uyulmaması durumunda idari işlemin iptal edileceği yargı mercileri tarafından da kabul edilen bir durumdur.

Disiplin işlemlerinin hukuka uygun bir şekilde tesis edilebilmesi için uyulması gereken yetki, şekil, sebep, konu ve amaç unsurları mevcuttur. Bu unsurlar uygulanarak disiplin yaptırımlarının sakatlanması önlenemez ve işlemlerin yargı mercileri tarafından iptal edilmesinin önüne geçilecektir. Disiplin amirinin ya da disiplin kurulunun verdiği cezaların mahkemeler tarafından sürekli iptal edilmesi amirin veya kurulun meşruiyetini sorgulanabilir hale getirecektir. Bu da memurların veya kuruluştaki çalışanların üstlerine karşı saygısını yitirmesine neden olacak, kurumlardaki işleyiş ve düzen kaybolacaktır.

Kamu yararı amacını gözetirken tek taraflı olarak idarenin çıkarları değil, memurların çıkarlarının da dikkate alınması gerekmektedir. Her ne kadar yöneticiler, ilkelerin ve unsurların kendilerini sınırlayarak düzeni bozan memurları ıslah etmelerine engel olduğunu belirtse de aslında yöneticilerin, kurumların ve Devletin itibarını korumak için ilkeler ve unsurlar önemli bir yere sahiptir.

Disiplin yaptırımını uygulamak en son başvurulması gereken durum olmakla birlikte liyakatli disiplin amirleri veya disiplin kurulları kurumun işleyişini bozan memurların kişisel durumlarını, davranışlarını ve hangi disiplin yaptırımının memurun durumuna uygun olduğunu

gözetmelidir. Çalışma düzenini koruyacağı, kamu hizmetlerinde etkinliğin ve verimliliğin sağlanacağı, cezalandırmanın kamusal yarar anlamında daha faydalı olacağı inancının oluşması durumunda disiplin yaptırımlarına başvurulması gerekir. Bu itibarla ülkemizin memur hukuku ve personel rejimleri anlamında günümüzün değişen koşullarını da dikkate alarak gerekli değişikliğe gidilmesi, otokratik tedbirlerin yanında etkinliği ve verimliliği arttıracak demokratik tedbirlerin de hukukumuzda dahil edilerek kurumlarımızın ve memurlarımızın liyakatli yöneticilerle kamu yararını temel amaç olarak gerçekleştirmeye çalışmaları esas olmalıdır.

KAYNAKLAR

- AKILLIOĞLU, Tekin, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler", Amme İdaresi Dergisi, Y. 1991, C.24, S.2.
- AKYILMAZ, Bahtiyar, "Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 6, S. 1-2, ss. 239-262.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil, Türk İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2017.
- ALPAR, Erol, Yönetimin Hareket Serbestisi Alanının Yargısal Denetimi ve Sınırları, Danıştay Yayınları. Ankara 1990.
- ATAY, Ender Ethem, İdare Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2014.
- BOZ, Selman Sacit, 'Memur Disiplin Hukukuna Hakim Olan İlkeler', SÜHFD, C.25, S.2, 2017, s. 15-41
- CROZAT, Ch. "İdari Salahiyetin Yerinde Kullanılmaması", Siyasi İlimler Mecmuası Y.1936, S.61.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan, "Türk Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisinin Yargısal Denetimi" Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 3-4, Aralık 2003.
- DURAN, Lütfi, İdare Hukuku, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 1982.
- DURMUŞ, Alper, Memur Disiplin Hukuku Adalet Yayınevi Ankara 2014.
- GİRİTLİ, İsmet, Türk Devlet Şurası İçtihatlarına Göre İdarenin Yetkisini Saptırması, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1957.
- GİRİTLİ, İsmet/ BİLGİN, Pertev/ AKGÜNER, Tayfun/ BERK, Kahraman, İdare Hukuku Der Yayınları, İstanbul 2015.
- GÖKALP, Ali Sıtkı, İptal Davaları, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1968.
- GÖZLER, Kemal, İdare Hukuku (Cilt I-II), Ekin Kitabevi, Bursa 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Turhan Kitabevi Ankara 2009.
- GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref, Yönetimsel Yargı, Turhan Kitabevi Ankara 2013.
- GÜL, İbrahim, "Danıştay Kararlarında Kamu Yararı Kavramı" Ankara Barosu Dergisi, Y.2014, S. 2, ss. 533-552.
- GÜNDAY, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yayıncılık, Ankara 2015.
- İŞIKLAR, Celal, Teoride ve Uygulamada Kamu Disiplin Yaptırımları, Adalet Yayınevi, Ankara. 2019.

- KAYA, Cemil, İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi, Oniki Levha Yayıncılık İstanbul 2014.
- KAYA, Metin, İdare Hukuku ve Türk İdare Teşkilatı, Temsil Kitap, Kocaeli 2018.
- KIRIŞIK, Fatih/AYDIN, Nizamettin, “İdari İşlemin Unsurlarında Takdir Yetkisinin Varlığı” Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2002, C. 7, S. 2, ss. 331-344.
- KUTLU, Muammer, “Disiplin Suç ve Cezaları”, Türk İdare Dergisi, Y.61, S.385, Aralık 1989.
- LİVANELİOĞLU, Ömer Asım, Memur Disiplin Hukuku, Türk Hukuk Enstitüsü Yayınları-1, Ankara 2003.
- ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, Hak Kitabevi. İstanbul 1966.
- ÖZAY, İl, Han, Günışığında Yönetim, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- SAĞLAM, Mehmet, Türk Personel Hukukunda Disiplin Suç ve Cezalarına İlişkin
- TAŞKIN, Ahmet, Kamu Görevlileri Disiplin Hukuku Seçkin Yayıncılık, Ankara 2006.
- ZABUNOĞLU, Yahya Kazım, İdare Hukuku (Cilt 1), Yetkin Yayınevi, Ankara 2012.

ÇALIŞANLARIN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ AÇISINDAN EĞİTİLMELERİ

Dr. Zehra Gizem ATEŞ*

Öz

İş sağlığı ve güvenliği alanında en önemli konulardan biri eğitimidir. Çünkü iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşması ancak buna ilişkin eğitim ile gerçekleşir. Bu çalışmada, İş sağlığı ve güvenliği eğitimine ilişkin olarak İş Sağlığı Güvenliği Kanunu md. 17 ve Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik incelenmiştir. İş sağlığı güvenliği hem işveren hem de işçi açısından yükümlülüktür. Eğitimlerde işin çeşidine göre program yapılması, yer, araç gereç temin edilmesi gerekmektedir. Eğitim konusunda işverenin yükümlülüğü daha fazladır. İşveren hem eğitim sağlamakla, hem de işçilerin eğitime katılımlarını, eğitimin etkinliğini denetlemekle yükümlüdür. İş sağlığı ve güvenliği eğitimi neticesinde iş güvenliği bilincinin oluşması ile iş kazalarının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler

İş Sağlığı ve Güvenliği • İşveren • İşçi • Eğitim • İş kazası

TRAINING OF EMPLOYEES IN TERMS OF OCCUPATIONAL HEALTH AND SAFETY

Abstract

Education is one of the most important issues in the field of occupational health and safety. Because the awareness of occupational health and safety occurs only with the training related to it. In this study, article 17 of Occupational Health and Safety Code and The Regulation on the Occupational Health and Safety

* Dr., Avukat, İstanbul, Türkiye | Dr., Lawyer, Istanbul, Turkey.

✉ av.zehra@yahoo.com.tr • ORCID 0000-0002-3973-8630

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: ATEŞ, Zehra Gizem, "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Eğitimeleri", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 713-744.

📄 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Procedures and the Principles of the employees were examined. Occupational Health and safety is an obligation for both employer and employee. In the trainings, it is necessary to program according to the type of work, to provide place, tools and equipment. The employer has a high liability for training. The employer is obliged both to provide training and to control to participation of workers in training and the effectiveness of training. As a result of occupational health and safety training, it is aimed to create occupational safety awareness and prevent occupational accidents.

Key Words

Occupational Health and Safety • Employer • Employee • Training • Occupational Accident

GİRİŞ

Günümüzde iş kazası ve meslek hastalıklarının meydana gelmesinden önce tedbir alınması gerektiği konusunda gecikmeli de olsa bilinç oluşmuş ve bu yolda iş sağlığı ve güvenliği alanında düzenlemeye gidilmiştir. Toplumda sanayileşme ve teknolojik gelişmeler sonucu oluşan değişimlere işçilerin çalışma şartlarının da uyarlanması gereği ortaya çıkmıştır. İşçilerin çalışma ortamında daha güvenli, daha emniyetli çalışabilmeleri için, güvenlik konusunda birtakım kurallar getirilmesi, bu kurallara uyulması gerektiği konusunda da işçilere eğitim verilmesi gerektiği belirtilmelidir.

İş sağlığı ve güvenliği aynı zamanda iş verimini de etkileyen bir unsurdur. Hatta iş sağlığı ve güvenliğine dair önlemler, sadece iş yerinde alınması gereken önlemler olmayıp çevreyi, doğayı ilgilendiren, toplum ekonomisine de katkı sağlayacak olan bir konudur.

Sağlıklı ve güvenli bir ortamda çalışmak her işçi için, öncelikle insan sağlığı göz önüne alınarak önemsenmelidir. Bu anlamda iş ortamının risklerden arınmış olması gerekir. İş yerinde mevcut olan risklerin bertaraf edilebilmesi için öncelikle bu risklerin saptanması, ayıklanması ve tekrar oluşumunun engellenmesi gerekir. Bunun için de gerekli olan unsur, iş sağlığı ve güvenliği alanında eğitimidir.

Çalışmamızda çalışanların iş sağlığı ve güvenliği açısından eğitimleri konu alınırken, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu¹, Çalı-

¹ RG., T. 30.06.2012, S. 28339.

şanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik² (kısaca yönetmelik olarak adlandırılacaktır) hükümleri incelenecektir.

1. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİNİN ÖNEMİ

İşçi sağlığı ve güvenliği eğitimi, işçilerin iş yerinde iş dolayısıyla karşı karşıya oldukları riskleri en aza indirebilmek için düzenli aralıklarla yapılan, bu alanda bilinç ve bilgi kazandırma çalışmalarıdır³.

İşyerinde işçiye iş için araç gereç temin edilmesinden başka bunların nasıl kullanılacağına öğretilmesi, olası risklere karşı korunma yöntemlerine ilişkin eğitim verilmesi gerekmektedir. Bu noktada eğitimin önemi ön plana çıkmaktadır. İşverenler bu teçhizatın nasıl kullanılacağı, kullanırken oluşabilecek risklerin neler olduğu konusunda işçiye eğitim vermekle yükümlüdür.

İş sağlığı ve güvenliği açısından verilecek eğitimin öncelikli fonksiyonu iş kazalarını ve meslek hastalıklarını önlemektir. Eğitim iş görenin işi kavrama gücünü ve performansını geliştirmekte, hatalı davranışları ve zararları azaltmakta, iş kazaları olasılığını düşürmektedir⁴. Eğitim verilmeyen işçilerin dikkatsiz davrandıkları, verimsiz oldukları, bu sebeple de daha fazla iş kazasına uğradıkları araştırmalar neticesinde kanıtlanmıştır⁵. Eğitim verilen işçi daha güvenli ve daha verimli çalışacak, karşılaşılabileceği risklerin de bilincinde olduğundan tedbir alabilecektir. Eğitim sayesinde işçiler sürekli kendilerini yenileme, planlı çalışma imkanına sahip olacaklardır. Aynı zamanda iş kazalarının önlenmesi açı-

² RG., T. 15.05.2013, S. 28648.

³ AKPINAR, Teoman, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 2; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 361; SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, 1985, s. 8.

⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 362-363; SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 857; ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul, Beta, 2019; s. 373 vd; AKIN, Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İş Verenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 657.

⁵ NÜVİT, Gerek, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri", Sicil İHD, Yıl 7, Sayı 28, Aralık 2012, s. 13-14.

sından, eğitimden beklenen işlerliğin gerçekleşebilmesi için iş güvenliği personelinin görevinin önemini algılaması da önem taşımaktadır⁶.

İş sağlığı ve güvenliği alanında, doktrinde “önleme işyerinde başlar”⁷ şeklinde ifade edilen bir özdeyiş vardır. Bu anlamda, iş sağlığı ve güvenliği temini amacıyla alınacak önlemlerin belki de en önemlisi eğitimidir. Doktrinde, iş sağlığı ve güvenliği alanında ne kadar fazla düzenleme olursa olsun, konunun öneminin kavranabilmesi için öncelikle “iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşması gerektiği”⁸ belirtilmektedir. Öncelikle, işyerlerinde alınacak tedbirler neticesinde insan sağlığı ve hatta insan hayatının korunmasının temel amaç olduğunun farkına varılmalıdır. Toplumda iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması için bu konuda öncelikle yetkililerin, her düzeyde eğitimi sağlanmalıdır⁹. Sadece işçilerin değil, mühendislerin, teknik elemanların, işyeri hekiminin, iş güvenliği müfettişlerinin, ilgili işveren vekilinin iş sağlığı ve iş güvenliği eğitimine tabi tutulmaları gerekir. Nitekim İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17/f.2’de çalışan temsilcilerinin özel olarak eğitileceği hükme bağlanmıştır. Böylelikle işveren yönünden güvenli ve sağlıklı çalışma ortamı oluşturulmasının önemi kavrandıktan sonra işçilerin eğitime geçilecektir.

İşçilerin sağlık ve güvenlikten yoksun bir ortamda çalışmaları, dolayısıyla sağlıksız birey haline gelmelerinin toplumsal maliyeti de büyük

⁶ NÜVİT, s. 14; KABAKÇI, Mahmut, “6331 Sayılı Kanun’un İş Sağlığı ve güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma (md.5) İlkelerinin İşlevi”, Sicil İHD, Yıl 8, Sayı 29, Mart 2013, s. 63 vd.

⁷ SÜZEK, Sarper, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Hakları ve Yükümlülükleri”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005, s. 613.

⁸ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 382; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 378; SÜZEK, İş Hukuku, s. 873; EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2005, s. 48; BAYRAM, Fuat, “Yeni İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatımıza Hakim Olan İlkeler”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı 7, 2005, s. 1119.

⁹ SÜZEK, Sarper, İşçi Sağlığı ve İş Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000, s. 306.

olacaktır¹⁰. Bu nedenle işyerinde sağlık ve güvenliğin temin edilmesi işçinin sosyal yaşamı bakımından da önem taşımaktadır. Ayrıca iş sağlığı güvenliği önlemlerini almak esasen işverenin de yararına. Çünkü iş kazası veya meslek hastalığı oluştuktan sonra işverenin katlanması gereken tazminat miktarı, iş sağlığı ve güvenliği için eğitim, araç-gereç vs. masrafından çok daha fazladır¹¹.

2. İŞVERENİN İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ KONUSUNDA EĞİTİM VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN YASAL DAYANAKLARI

2.1. Anayasa

İşçilerin işyeri koşullarının iş sağlığı ve güvenliği açısından uygun hale getirilmesini isteme hakları sosyal devlet kavramının niteliğinden kaynaklanmaktadır. Bu hak, Anayasa'da açıkça belirtilmiş olmasa da birçok ilke ve kural ile korunmaktadır. Nitekim Anayasa'nın 17. maddesinin ikinci fıkrasında¹² yer alan düzenleme ile iş sağlığı ve güvenliği kavramının çerçevesi çizilmiştir.

Anayasa ile belirlenen iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin temeli, işverenin iş akdi içerisindeki borçlarından işçiyi koruma ve gözetme borcundan kaynaklanmaktadır. İşverenin işçiyi koruma ve gözetme borcunu içeren iş sağlığı ve güvenliği hükümleri emredici hukuk kurallarıdır¹³. Bu bağlamda iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümler

¹⁰ ARSLAN, Seda, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 771; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 362.

¹¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 362; SÜZEK, İş Hukuku, s. 858; ARSLAN, s. 769.

¹² Anayasa md. 17/f.2: "herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

¹³ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 374; ULUSAN, İlhan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul, Kazancı, 1990, s. 20 vd; DEMİR, Fevzi, "İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 675 vd; ŞEN, Murat, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 13.12.2012 tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 136; ARSLAN, s. 777.

kamu hukuku karakterlidir¹⁴. Yerleşik Yargıtay içtihatlarına göre de kanun, tüzük ve yönetmeliklerde açıkça gösterilmemiş olsa dahi işveren, İş Kanunu'nun emredici açık hükmü uyarınca iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri almakla yükümlüdür¹⁵.

2.2. TBK md. 417'ye Göre İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

İş sözleşmesinin, diğer akit çeşitlerinden farklı olarak, işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kurma niteliği, taraflara sadakat yükümü getirmektedir. Bu sözleşme çeşidinde işverenin ücret ödeme, eşit işlem yapma borçlarının yanında işçiyi gözetme borcu da bulunmaktadır. İşverenin işçiyi gözetme borcunu MK md. 2/1 anlamında dürüstlük kuralına uyarak yerine getirmesi, tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi iş sözleşmesinde de işverenden beklenen bir yükümlülüktür¹⁶. İşverenin işçiyi gözetme borcu kamu hukukuna ve özel hukuka dayanan iki kısımdan oluşmaktadır. İşçiyi gözetme borcunun özel hukuktan kaynaklanan kısmı TBK md. 417'de, kamu hukukundan kaynaklanan kısmı ise İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17'de belirtilmektedir.

Özel hukuk niteliğini taşıyan en önemli hüküm, TBK md. 417¹⁷'dir. TBK md. 417, işverenin iş sağlığı ve güvenliği açısından eğitim verme

¹⁴ URHANOĞLU CENGİZ, İftar, "İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, 2011, s. 1961; SÜZEK İş Güvenliği Hukuku, s. 179; TUNÇOMAĞ, Kenan/CENDEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, İstanbul, Beta, 2018, s. 136; NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014, s. 320-321; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 173; EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2020, s. 242-243.

¹⁵ Y. 21 HD. 06.03.2002, E. 2002/43, K. 2002/2483, Y. 10. HD. 18.11.1991, E. 1991/10815, K. 1991/9243, URHANOĞLU CENGİZ, s. 1967.

¹⁶ ULUSAN, s.5; EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1980, s. 142.

¹⁷ TBK md. 417: "İşveren hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek ve iş yerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren iş yerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak, işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür."

yükümlülüğünün dayanağıdır. İşveren, işçiyi koruma ve gözetme borcu kapsamında işçinin sağlık, yaşam ve beden bütünlüğünü korumakla yükümlüdür¹⁸. İşveren, işyerinde çalışma koşullarının gerektirdiği oranda tedbirleri almak, gerekli araç gereci sağlamakla, işe uygun çalışma ortamı sağlamakla yükümlüdür.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kapsamını önceden belirlemek belli olmadığından bu borcun kapsamı işin niteliğine ve TMK md. 2 çerçevesinde dürüstlük kurallarına göre belirlenecektir¹⁹. İşçiyi gözetme borcu, işvereni gerekli ise, tüzüklerde belirtilmemiş tedbirleri almak, araçları da bulundurmakla yükümlü kılmaktadır²⁰. Burada söz konusu olan yükümlülük, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini de kapsayan çerçeve denilebilecek anlamda bir yükümlülüktür. İşveren kanun ve yönetmeliklerde belirtilmemiş olsa dahi günümüz koşullarının gerektirdiği tüm iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. Önemli olan bilim ve teknolojik gelişmelerle iş kazası ve meslek hastalığının önlenebiliyor olmasıdır²¹. Yargıtay kararlarına göre işveren güncel gelişmelerin gerektirdiği her türlü önlemi almalıdır²². İşveren değişen şartlara göre aldığı önlemleri uyarlamakla yükümlüdür.

1475 sayılı İş K. md. 73²³ te, işverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması gerektiği belirtiliyordu. Ancak madde metninde açıkça işverenin eğitim yükümlülüğünden bahsedilmiyordu. İşverenlerin yükümlülükleri genel hatlarıyla belirlenmişti. Bu sakıncanın giderilmesi amacıyla 4857 sayılı İş K. md. 77/2' de işverenin eğitim verme yükümlülüğü açıkça hüküm altına alınmıştı. Daha sonra 6331 sayılı İş Sağlığı ve

¹⁸ SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, s. 178.

¹⁹ YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 519; SÜZEK, İş Hukuku, s. 386.

²⁰ SÜZEK, İş Hukuku, s. 398; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 265; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 349 vd; NARMANLIOĞLU, s. 320-321; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 135 vd.

²¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 386 vd; NARMANLIOĞLU, s. 321; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 135 vd.; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 265; ŞEN, s. 134-135.

²² Y. 10. HD, 01.12.2011, 2010/8217 E, 2011/16816 K, ŞEN, s. 134, dn.14' den naklen.

²³ 1475 sayılı İş K. md. 73 şöyledir: "Her İşveren, işyerinde işçilerin sağlığını ve iş güvenliğini sağlamak için gerekli olanı yapmak ve bu husustaki şartları sağlamak ve araçları noksansız bulundurmakla yükümlüdür."

Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle 4857 sayılı İş Kanunu md. 77 yürürlükten kaldırılmıştır.

Halihazırda işverenin iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim verme yükümlülüğünün yasal dayanakları 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik hükümleridir.

Her ne kadar Yargıtay kararları ile işverenin yükümlülükleri açıklanmış olsa da eğitim yükümlülüğünün kanun lafzında bulunması daha isabetlidir. Ülkemizde yaşanan iş kazası oranları göz önüne alındığında iş sağlığı ve güvenliği alanında eğitim yetersizliğinin ciddi boyutlarda olduğu ve eğitim verme zorunluluğunun yasal düzenlemeye kavuşturulması önemli bir gelişme olduğu kabul edilmelidir²⁴.

İşverenin işçiyi gözetme borcunun kamu hukukuna dayanan yanı, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17'de belirtilmektedir. Maddenin içeriği aşağıda açıklanacaktır.

İş Sağlığı Güvenliği Kanunu bakımından işverenin alması gereken önlemler, mevzuatta öngörülen ve iş sağlığı ve güvenliği bakımından önem arz eden önlemlerdir. Bu önlemlerin çeşidi, içeriği bilimin, teknolojinin, yaşanan güncel olayların gelişmesiyle birlikte biçimlenecek önlemlerdir²⁵. Örneğin 11 Mart 2020 tarihinden itibaren ülkemizi ve dünyayı etkisi altına alan ve Dünya Sağlık Örgütü tarafından "pandemi" ilan edilen yeni tip Corona Virüs (Covid-19) salgını nedeniyle işverenin iş yerinde alması gereken önlemler büyük değişiklik göstermiştir²⁶.

İşveren işçinin yaptığı işle ilgili olarak meydana gelebilecek riskler konusunda tedbir almalı, gerekli organizasyonu sağlamalı, araç gereç temin etmeli, bu hususta işçiye yaptığı işe uygun iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermelidir. İşverenin, iş güvenliği önlemleri alması hususunda teknik bilgi bakımından yetersiz olması ya da maddi engeller, benzer işyerlerinde de bu önlemlerin alınmadığına dair iddialar önem taşı-

²⁴ EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 265.

²⁵ EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 265.

²⁶ Pandemi ve işverenin alması gereken önlemler hakkında bkz. aile ve calisma.gov.tr/covid-19.

maz²⁷. Eğitimin verilmesinden sonra ise alınan tedbirlere işçiler tarafından uyulup uyulmadığını işveren denetleyecektir. Yargıtay'a göre iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmesinden sonraki aşama, iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemler alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir²⁸.

2.3. Mevzuatta Yer Alan Diğer Kaynaklar

Bu düzenlemelerden başka, iş sağlığı ve güvenliği konusunda düzenlemeler 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 173-180. maddelerinde, 5510 sayılı Sosyal sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13-23. maddelerinde yer almaktadır.

2.4. AB Yönergeleri Doğrultusunda Mevcut Kaynaklar

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemelerin temelinde şüphesiz 12.06.1989 tarih ve 89/391/EC sayılı AB direktifi²⁹, ILO sözleşmeleri³⁰ ve Avrupa Konseyi Belgeleri yatmaktadır.

3. İŞVERENİN ÇALIŞANLARA İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİ VERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

3.1. Genel Olarak

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin sorunların çözümünde eğitim, önemli bir yer tutmaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 4'de işverenin sağlaması gereken eğitim yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş, işverene her türlü tedbiri alma, organizasyonu sağlama zorunluluğu getirilmiştir³¹.

²⁷ NARMANLIOĞLU, s. 3221-322; TUNÇOMAĞ/CENTEL, s. 135; SÜZEK, s. 386 vd; ŞEN, s. 134-136.

²⁸ YHGK. 16.06.2004, 21-365/369, SÜZEK, s. 876, dn. 15'den naklen.

²⁹ URHANOĞLU CENGİZ, s. 1958.

³⁰ ILO sözleşmeleri için bkz. ERGİN, Berin, " İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, s. 132.

³¹ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 4/f.1: "İşveren çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar."

İşveren işçiye işin görülmesine ilişkin ödevlerini, sorumluluğunu, işe intibakını sağlayacak bilgileri vermek ve bu hususta açıklamalar yapmakla da görevlidir³². Yargıtay'ın³³ bu yönde kararları vardır.

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği alanında yapması gerekenler, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu haricinde yönetmeliğin 5. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmektedir³⁴. Bu düzenleme ile işverenlerin çalışanlara vereceği eğitimin kapsamı, içeriği, eğitim için malzeme ve yer temin etme zorunluluğu sınırları belirlenmiş olmaktadır.

Eğitimle esas alınan unsur işçilerin dikkatinin iş güvenliğine çekilmesi, bu konuda bilgilendirilerek güvenlik bilincini oluşturmaktır³⁵. Böylece işçiler güvenlik konusunda bilgi edinme hakkına sahip olmakla, kaza riskinden uzak çalışırken bir yandan da eğitim sayesinde performansları artmaktadır. Özellikle işe yeni başlayan işçiler açısından eğitimin önemi büyüktür. Çünkü işçi farkında olmadan kazanacağı güvenli olmayan alışkanlıkları, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi sayesinde terk edecektir³⁶.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 4/f.1-b uyarınca işveren yalnızca iş sağlığı ve güvenliği alanında tedbir almakla kalmayacak, önlemlerin alınmasının ardından bunlara uyulup uyulmadığını da denetleyecektir³⁷. İş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması noktasında işverene yüklenen sorumluluğun sınırı oldukça geniştir. Öyle ki, Yargıtay kararlarına göre "işveren, mevzuatta belirtilmese dahi, eğer alınması gereken bir

³² EKONOMİ, s. 144.

³³ "İş yerinde iş güvenliği önlemlerini alma, çalışanları eğitime tabi tutma, önlemlere uyulmasının sağlanmasına yönelik etkin bir denetim mekanizması oluşturma yetki, görev ve sorumluluğu işverene aittir.", Y. 10. HD. 12.12.2006, 2006/12058 E, 2006/16341 K, <http://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 15.05.2020.

³⁴ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 5/f.1: "İşveren çalışanların iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili; a) Programların hazırlanması ve uygulanmasını, b) Eğitim için uygun yer, araç ve gerecin temin edilmesini, c) Çalışanların bu programlara katılmasını ve katılımların eğitim katılım tutanağı ile kayıt altına alınmasını, ç) Program sonunda katılanlar için eğitim katılım belgesi düzenlenmesini sağlar."

³⁵ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 378.

³⁶ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 378.

³⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 382; SÜZEK, İş Güvenliği Hukuku, s. 251; AKIN, s. 658.

tedbir varsa onu almak zorundadır; süregelen kötü alışkanlıklar ve iş gelenekleri, tedbir alma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz”³⁸. Yargıtay’a göre ihtilaf halinde işveren, iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınması gereken önlemleri aldığını ispatlamakla yükümlüdür³⁹.

Kanaatimizce işverenlere eğitim yükümünün getirilmesi isabetli bir düzenlemedir. Ancak doktrinde bir görüşe göre⁴⁰ bireylere eğitim bilincinin kazandırılmasına çok küçük yaşlardan itibaren başlanmalı ve bu bilincin de devlet tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bir başka görüşe göre⁴¹, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması yalnızca işverenlerin görevi değildir. İşverenlerden başka üniversiteler, araştırma kurumları, basın yayın kuruluşları, gönüllü dernekler ve meslek kuruluşları da bu alanda çalışmalar, araştırmalar yapmalı, toplumun dikkati iş kazası ve meslek hastalığının kaynağı olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine çekilmelidir.

3.2. Eğitimin Yer İtibariyle Kapsamı

İş sağlığı ve güvenliği eğitimi verme yükümlülüğü, İş Kanunu kapsamında yer alan tüm işyerleri için geçerlidir. İşyerinin sanayiden sayılıp sayılmamasının ya da işyerindeki işçi sayısının bu konuda bir önemi yoktur⁴². İşverenin tedbir alma yükümü kural olarak “işyeri” ile sınırlıdır. Bu durum İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17 lafzında açıkça belirtilmektedir.

3.3. Eğitimin Kişi İtibariyle Kapsamı

İş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilecek işçilerin belirlenmesi bakımından öncelikle işverene iş akdi ile bağlı olarak çalışan tüm işçilerin bu kapsamda olduğu belirtilmelidir. Burada iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması da eğitim açısından işçiler arasında fark yaratmaz. Keza Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve

³⁸ Y. 21. HD. 13.11.2014, 2014/22264 E, 2014/23786 K, İNCİROĞLU, LÜTFİ, Kamu İşverenin İş Sağlığı ve güvenliği Bakımından Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 80, dn. 250’den naklen.

³⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 871 vd.

⁴⁰ EKMEKÇİ, Ömer, “İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları”, Mercek, Ocak, 2006, s. 101, dn. 5.

⁴¹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 857.

⁴² EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 51.

Esasları Hakkında Yönetmelik md.6/f.1'de tüm çalışanların eğitime tabi tutulacağı belirtilmiştir.

Yönetmelikte ayrıca asıl işveren-alt işveren ilişkisiyle ve geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler bakımından işverenin eğitim verme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir⁴³. Yönetmeliğe göre her işveren kendi işçilerini eğitmekle yükümlüdür. Alt işveren kendisi de bağımsız bir işveren olduğundan ve asıl işverenin işçilerine emir ve talimat veremediğinden dolayı asıl işverenin işçilerine doğrudan eğitim verme yükümlülüğünden bahsedilemez⁴⁴.

Asıl işverenin alt işveren işçilerine gerekli eğitim verilip verilmediğini denetleme yükümlülüğü vardır. Çünkü kendisi de eğitim vermemiş olmasından sorumlu tutulacaktır. Alt işveren ilişkisinde karşılaşılabilecek bir diğer durum iş yerleri arasında tehlike sınıfı farkının olmasıdır. Asıl işverenin iş yeri düşük tehlike sınıfına aitse ve işçilere bu sınıfa özgü eğitim veriyse bu eğitim yeterli olmayacaktır. Bu nedenle iş yerlerinin tehlikelilik sınıfları alt işveren tarafından karşılaştırılmalı ve uygun eğitimi almayan işçi çalıştırılmaktan kaçınılmalıdır⁴⁵. Doktrinde bir görüşe göre alt işveren ve asıl işveren ortak hareket etmelidirler⁴⁶. Uygulamada ise öncelikle asıl işveren-alt işveren ilişkisi olup olmadığı tespit edilmelidir⁴⁷.

⁴³ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 5/f.3: "İş Kanunu'nun 7. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen asıl işveren-alt işveren ilişkisi kurulan iş yerlerinde, her işveren kendi çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin verilmesinden sorumludur. Bu iş yerlerinde alt işverenlerin çalışanlarının eğitimleriyle ilgili asıl işveren alt işverence bilgilendirilir. Asıl işveren alt işverenin çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine dair belgeleri kontrol etmekle yükümlüdür. Ayrıca asıl işveren, alt işverenin çalışanlarına işe başlamadan önce iş yerine özgü risklere ilişkin bilgi verir."

⁴⁴ YİĞİT, Esra, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaşılması ve Asıl İşverenin Sorumluluğu", Sicil İHD, Sayı 41, Yıl 2019, s. 212; EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 51; SÜMER, s. 160.

⁴⁵ YİĞİT, s. 213.

⁴⁶ "NARMANLIOĞLU, Ünal, "Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde Doğan Sorumluluklar", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, Legal, 2008, s. 58.

⁴⁷ "Y firmasına bağlı olarak çalışan işçinin X fabrikasında çalıştığı sırada iş kazasına uğradığı olayda, X fabrikasında onarım işlerini yapmak üzere eser sözleşmesi kapsamında Y firması ile X firması anlaşma imzalamış olduğuna göre, X ve Y firmaları

Geçici iş ilişkisinde ise, işyerine gelen işçiyi emir ve talimatı altında çalıştıracak olan işveren, onun eğitiminden de sorumludur. Bu yükümlülük İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md.17/f.6'da belirtilmektedir⁴⁸⁴⁹. Ayrıca yönetmelik md.5/f.5'de⁵⁰ geçici iş ilişkisi ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi halinde eğitimin şartları düzenlenmiştir.

Geçici iş ilişkisinde, başka bir işverenin işçisini ödünç alan geçici işveren, geçici işçiye emir ve talimat verebilir. Geçici işverenin, ödünç alınan işçiyi kendi işyerindeki iş organizasyonuna dahil ederek onun emeğinden istifade etmesi ve işçiyi emir ve talimatı altında çalıştırması karşısında, eğitim verme yükümlülüğünün de kendisine yüklenmesi tabii bir sonuçtur⁵¹. Bu konuyla ilgili olarak çıkarılan 91/383 sayılı AB yönergesi doğrultusunda Türk hukukunda da Geçici veya Belirli Süreli İşlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmeliğin⁵² 7. maddesinde,

arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi olmadığından, işveren X, olaydan dolayı sorumlu değildir", Y. HGK 07.02.1996, E. 1995/9-901, K. 1996/44, GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara, Yetkin Yayınları, 2008, s. 624.

⁴⁸ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17/6: "Geçici iş ilişkisi kurulan işveren iş sağlığı ve güvenliği risklerine karşı çalışana gerekli eğitimin verilmesini sağlar."

⁴⁹ Caniklioğlu'nun görüşüne göre maddede sadece eğitim yükümlülüğünden bahsediliyor olsa da, hükmün işçinin sağlık ve güvenliği için gerekli tüm tedbirlerin alınması, bu önlemlere uyulmasının sağlanması şeklinde anlaşılması gerekir, CANIKLIOĞLU, Nurşen, "Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantılar II, Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, Legal, 2008, s. 136.

⁵⁰ Çalışanların İş Sağlığı ve güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 5/f.5: "Geçici iş ilişkisi ve asıl işveren-alt işveren ilişkisi kapsamında çalışanın yaptığı iş değişmeden yeni bir iş yerinde çalışmaya başlaması halinde 6. maddenin 7. fıkrasındaki hükümler uygulanır.", Yönetmelik md. 6/f.7 şöyledir: "Bir iş yerinde temel eğitimini tamamladıktan sonra yaptığı iş değişmeden yeni bir iş yerinde çalışmaya başlayan çalışan, Ek-1'de yer alan eğitim programının tamamı tekrarlanmaksızın yeni başladığı iş yerine özgü riskler ile korunma tedbirlerini içeren konularda üçüncü fıkraya hükümlerine uygun olarak eğitilir. Çalışanın daha önceki iş yerinde temel eğitimi tamamladığına dair belgelerinin kontrolünden işveren sorumludur. Bu çalışanların temel eğitimleri, çalışanın eğitimi tamamladığı tarihten itibaren yeni başladığı iş yerinin tehlike sınıfına göre dördüncü fıkrada belirtilen düzenli aralıklar süresince geçerlidir. İşveren bu çalışanları ikinci fıkraya hükümlerine uygun olarak ayrıca eğitir."

⁵¹ CANIKLIOĞLU, s. 136; AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 484.

⁵² RG., T. 23.08.2013, S. 28744.

eğitim yükümünün belirli süreli veya geçici hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler bakımından da geçerli olduğu belirtilmiştir⁵³. Geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler bakımından geçici iş yerinin özellikleri, tehlike sınıfı dikkate alınarak, işçinin geldiği iş yerinin tehlike sınıfına bakılmalı, buna göre iş sağlığı ve güvenliği eğitimi alıp almadığı araştırılarak en azından temel bilgilendirme bazında eğitim verilmelidir⁵⁴.

Eğitim verilecek işçilerin belirli-belirsiz süreli iş sözleşmesiyle veya deneme süresi içinde olmaları, büro gibi az tehlikeli sınıfta yer alan iş yerinde çalışmaları arasında bir fark yoktur⁵⁵. İş yerinin tehlike sınıfı ve çalışan sayısına bakılmaksızın, çırak ve stajyerler de dahil olmak üzere çalışanlara eğitim verme yükümlülüğü vardır⁵⁶.

3.4. İşçilerin Eğitime Katılma Yükümlülüğü

İş kazalarının meydana gelmesinde işverenin eğitim vermemesinin payı olduğu kadar, işçilerin alınan önlemlere uymamasının da payı bulunmaktadır. Çalışanlara iş sağlığı ve güvenliği eğitimi verilmesi, işverenin yükümlülüğü olmakla birlikte, bu eğitime katılımın sağlanması da işçiler açısından yükümlülüktür. İş sağlığı ve güvenliği konusunda çalışanların yükümlülükleri İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 19'da ayrıntılı şekilde belirtilmiştir⁵⁷.

⁵³ EKMEKÇİ, İşyeri Örgütlenmesi, s. 51; CANIKLIOĞLU, s. 137; Geçici veya Belirli Süreli işlerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hakkında Yönetmelik md. 6: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yönetmeliğinin 12. maddesi hükmü ile birlikte işveren, bu Yönetmeliğin 2. maddesinde belirtilen iş sözleşmeleri ile çalıştıracağı işçilerin, bilgi ve tecrübelerini de dikkate alarak, yapacakları işin niteliğine uygun yeterli eğitim almalarını sağlar."

⁵⁴ AKYİĞİT, s. 483-484.

⁵⁵ ARSLAN, s. 781; KABAKÇI, s. 69-70.

⁵⁶ SÜMER, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 158-159; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 266.

⁵⁷ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 19: "Çalışanlar iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili aldıkları eğitim ve işverenin bu konudaki talimatları doğrultusunda kendilerinin veya hareketlerinden veya yaptıkları işten etkilenen diğer çalışanların sağlık ve güvenliklerini tehlikeye düşürmemekle yükümlüdür. Çalışanların verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri şunlardır: a) İşyerindeki makina, cihaz, araç, gereç, tehlikeli madde, taşıma ekipmanı ve diğer üretim araçlarını kurallara uygun şekilde kullanmak, bunların güvenlik donanımlarını doğru olarak kullanmak, keyfi olarak çıkarmamak ve değiştirmemek, b) Kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımı doğru kullanmak ve korumak, c) İşyerindeki makina, cihaz,

İşverenin işçiyi gözetme borcunun karşısında işçinin de TBK md. 396 uyarınca özen borcu bulunmaktadır⁵⁸. Yönetmeliğin 9. maddesinde açıkça işçilerin eğitime katılmaları, kendileri açısından bir yükümlülük olarak belirlenmiştir⁵⁹. Yönetmelik hükümlerine göre, iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması yükümlülüğü, işverenle birlikte işçiye de yüklenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre⁶⁰ yönetmelikteki bu düzenleme iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşmasında işveren kadar işçinin de payının bulunması ve bilincin oluşmasının işçinin de yükümlülüğünü yerine getirmesine bağlı olduğundan isabetlidir. Bu itibarla, işçinin haklı bir mazereti olmaksızın eğitimlere katılmaması, işveren açısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirir⁶¹. İşçinin eğitime katılmaması hali, İş Kanunu md. 25/II, e bendinde belirtilen doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar arasında değerlendirilerek iş sözleşmesi feshedilir. Somut olayın durumuna göre haklı neden veya geçerli neden olduğu incelenmelidir. Şüphesiz burada da öncelikle fesihle ölçülülük ilkesi gözetilmelidir.

İş sözleşmesinde feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde, eğitime katılmayan işçi için işverenin başvurabileceği başka yol olup olma-

araç, gereç, tesis ve binalarda sağlık ve güvenlik yönünden ciddi ve yakın bir tehlike ile karşılaştıklarında ve koruma tedbirlerinde bir eksiklik gördüklerinde, işverene veya çalışan temsilcisine derhal haber vermek, ç) Teftişe yetkili makam tarafından işyerinde tespit edilen noksanlık ve mevzuata aykırılıkların giderilmesi konusunda işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak, d) Kendi görev alanında işveren ve çalışan temsilcisi ile işbirliği yapmak.”

⁵⁸ ATEŞ, Zehra Gizem, “İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016, s. 201 vd.

⁵⁹ Çalışanların İş Sağlığı ve güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 9: “Çalışanlar uygulamaya konulan eğitim programı çerçevesinde iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine katılır, eğitimlerde edindiği bilgileri yaptığı iş ve işlemlerde uygular ve bu konudaki talimatlara uyarlar.”

⁶⁰ EKMEKÇİ, İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları, s. 102-103; Aynı görüşte ODAMAN, Serkan, “İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Hak ve Yükümlülükleri İle Uluslararası Standart”, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, sayı 11, 2006, s. 884.

⁶¹ EKMEKÇİ, İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları, s. 103.

dığı düşünülebilir⁶². Örneğin eğer işçi verilen eğitime katılmadıysa, işçiye tekrar eğitim verilmesinin mümkün olduğundan bahisle iş sözleşmesinin feshedilmemesi gerektiği savunulabilir. Ancak bu durumda somut olayın durumuna bakmak gerekecektir. Kanaatimizce uygulamada, eğitim işveren açısından organizasyonu güç bir durum olduğundan tekrar eğitim verilmesi, sadece bir kişi için aynı organizasyonun tekrarlanması zahmetli ve masraflı olabilir. Bu nedenle somut olayın durumuna göre feshin son çare olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca belirtmeliyiz ki, işverenin bu durumda tekrar eğitim verme yükümlülüğü yoktur.

İşçiler, iş sağlığı ve güvenliği konusunda kendilerine verilen talimata uymakla yükümlü oldukları gibi, bu talimatlara uymamaktan veya ihmallerinden dolayı hem kendilerinin hem de çevrelerindeki sağlık ve güvenlik açısından uğrayacakları zararlardan sorumludurlar⁶³. Yargıtay'a göre iş sağlığı ve güvenliği bakımından dürüstlük kuralları gereği uyulması gereken bir talimat bulunmasına rağmen bu talimata uymayan ve böylelikle iş yerinde olumsuzluklara, iş kazası tehlikesine yol açan işçinin iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilmesi geçerlidir⁶⁴.

Bununla birlikte eğitim konusunda işçinin yükümlülükleri belirlenirken eğitimin doğru ve yerinde verilip verilmediğine de bakılmalıdır. Eğitim verilmeyen, usulüne aykırı verilen veya eksik verilen işçinin yükümlülükleri bu çerçevede daraltılmaktadır⁶⁵. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında, işçinin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüğünü ihlal edip etmediği belirlenirken, işçinin o konuda eğitim alıp almadığının, işçinin iş tanımının ne olduğunun incelenmesi, eğer o iş işçinin görevine girmiyorsa ve işçi o konuda eğitim almamışsa sorumluluğuna gidilmemesi gerektiğini belirtmiştir⁶⁶.

⁶² Feshin son çare olması ilkesi hakkında bkz. NARMANLIOĞLU, s. 517 vd; EKMEKÇİ/YİĞİT, s. 515 vd; SÜZEK, s. 580 vd; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 213 vd.

⁶³ BAYSAL, Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul, Beta, 2019, s. 54-56.

⁶⁴ Y. 9. HD. 29.22.2017, 2017/26995 E, 2017/19335 K, BAYSAL, s. 56, dn. 117'den naklen.

⁶⁵ BAYSAL, s. 54.

⁶⁶ Y. 22. HD. 11.10.2017, 2017/40417 E, 2017/21420 K, BAYSAL, s. 54, dn. 112'den naklen.

4. İŞ SAĞLIĞI VE GÜVENLİĞİ EĞİTİMİNİN UYGULANMASI

4.1. Eğitimin Amacı

İş sağlığı ve güvenliği eğitiminin amacı, yönetmelik hükümlerine göre, işyerinde sağlıklı ve güvenli ortamı temin etmek, işçilerin işyerinde yasal hak ve sorumluluklarını öğrenmelerini sağlamak, mesleki ve sağlık risklerine karşı alınacak önlemleri öğretmek, bu yolla iş sağlığı ve güvenliği bilinci oluşturarak tedbirli davranmayı alışkanlık haline getirmek ve nihayet iş kazası ve meslek hastalıklarını önlemektir⁶⁷.

İş sağlığı ve güvenliği eğitiminin amacı yönetmelik md. 12/f.5'de belirtilmiştir⁶⁸: "İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri çalışanlarda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik davranış değişikliği sağlamayı ve eğitimlerde aktarılan bilgilerin öneminin çalışanlarca kavranmasını amaçlar."

İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri, her şeyden önce işçinin çalışma ortamında karşı karşıya olduğu risklerin farkına varmasını sağlayarak daha güvenli işyeri temin edilmesine hizmet eder. Eğitim sayesinde işçilere tedbirli hareket etme alışkanlığı kazandırılmaktadır. Böylelikle iş kazası ve meslek hastalığı riski en aza indirilmiş olacaktır. Eğitim programlarının belirlenmesinde esas itibarıyla bu amaç göz önünde tutulacak ve amaç çerçevesinde eğitim programı, içeriği, kapsamı, hangi işçiye hangi eğitim türünün uygulanacağı hususları belirlenecektir⁶⁹.

Çalışanlara verilecek eğitimin yanında, iş sağlığı ve güvenliği hakkında hukuki bilgiler verilmesi, yasal hak ve sorumluluklarının hatırlatılması da önem taşımaktadır⁷⁰. Esasen iş sağlığı ve güvenliği alanında en çok zarara uğrayan ve mağdur taraf olan işçinin, bu konudaki yasal haklarının neler olduğunu bilmesi, bu doğrultuda haklarını işverenden talep etmesi de üzerinde durulması gereken bir noktadır. Ancak işçilere

⁶⁷ SÜZEK, İş Hukuku, s. 873-874; SÜMER, s. 158-159; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 362-363.

⁶⁸ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 12/f.5: "İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri çalışanlarda iş sağlığı ve güvenliğine yönelik davranış değişikliği sağlamayı ve eğitimlerde aktarılan bilgilerin öneminin çalışanlarca kavranmasını amaçlar."

⁶⁹ EKMEKÇİ, İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, s. 53.

⁷⁰ BAYSAL, s. 50 vd.

bu yönde hakları hatırlatılmadığından, yeterince bilgilendirilmediğinden mağduriyetleri daha fazla artmaktadır. Eğer işçiler işverenin iş sağlığı ve güvenliği eğitimini vermek zorunda olduğunu, eğitim verilmesi için her türlü imkanı sağlama yükümlülüğü bulunduğunu bilirlerse, buna göre işverenden gerekeni yapmasını talep edebileceklerdir.

4.2. Eğitimin Verilme Zamanı ve Türleri

İş sağlığı ve güvenliği eğitimleri bir defaya mahsus eğitimler değildir. Bu programların ihtiyaç hasıl oldukça tekrarlanması gerekir. Yönetmelik md. 6/f.2'ye göre işçi öncelikle işe başlamadan önce işe başlama eğitimi almalıdır. Yönetmeliğin 6. maddesinin 3. fıkrasında⁷¹ eğitimin zaman açısından, çalışma yeri veya iş değişikliği gibi farklı durumların ortaya çıkması halinde eğitimin tekrarlanması belirtilmiştir.

Yönetmelikte belirtildiğine göre işçiye verilecek eğitim için dört farklı zaman dilimi gösterilmiştir. Bunlar işe başlanmadan önce, çalışma yeri ya da iş değişikliğinde, iş ekipmanlarının değişmesinde ve yeni teknoloji uygulanması halinde verilecek eğitimidir. Söz konusu işe yeni alınan, işi bilmeyen işçinin eğitimi, riskleri öğrenmesi ve tedbirli davranış alışkanlığı kazanması bakımından önem arz eder. İşe başlama eğitimi hem çalışanlara hem de yöneticilere mutlak suretle verilmeli ve iş yerinin sağlık ve güvenlik politikaları ile işyeri misyonu anlatılmalıdır⁷². Teknolojinin ilerlemesi ile değişen çalışma şartlarına göre eğitim verilecektir. İş sağlığı ve güvenliği eğitimi değişen ve yeni ortaya çıkan risklere uygun olarak yenilenecektir⁷³.

Yönetmelikte değişen ve gelişen iş koşullarına göre verilecek olan eğitimin türleri üçe ayrılmıştır: 1-) Yeni Eğitim: Çalışanların işe başlamalarında ve yeni şartlara kolaylıkla uyum sağlamaları için yeni bilgiler vermek üzere düzenlenen programlardır. 2-) İlave Eğitim: Çalışanların

⁷¹ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 6/f.3: "çalışma yeri veya iş değişikliği, iş ekipmanlarının değişmesi, yeni teknoloji ekipmanlarının uygulanması gibi durumlarla ilgili ortaya çıkacak risklerle ilgili eğitimler ayrıca verilir."

⁷² AKPINAR, Teoman/BATUR, Necat/ÇAKMAKKAYA, Baki Yiğit, İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi, İstanbul, Ekin Yayınevi, 2014, s. 104.

⁷³ ARSLAN, s. 782; ÇELİK/CANIKLIOĞLU/CANBOLAT, s. 378; EYRENCİ/ TAŞKENT/ULUCAN, s. 383; AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 104.

iş güvenliği ve mesleki bilgilerinin eksikliklerini gidermek ve meslekteki niteliklerini geliştirmek için ilave bilgiler vermek üzere düzenlenen programlardır. 3-) İleri Eğitim: Çalışanların iş güvenliği ve mesleki düzeylerini yükseltmek ve meslekte eskimişliği gidermek için düzenlenen programlardır.

Yönetmelik md. 6/f.4'e göre, eğitimin değişen, gelişen iş koşullarına göre ortaya çıkacak risklere uygun olarak yenileneceği ve periyodik olarak tekrarlanacağı düzenlenmiştir.

İşveren devamlı surette değişen ve gelişen şartlara göre iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini güncellemelidir. İşveren bu amaçla, sağlık ve güvenlik önlemlerini değişen şartlara uyarlama amaç ve çalışması içinde olmalıdır⁷⁴. Bu düzenlemeye göre işveren, iş sağlığı ve güvenliği eğitimi konusu üzerine daha fazla eğilmeli, daha çok zaman ayırarak konuya verilen önemi arttırmalıdır.

İş kazası ya da meslek hastalığı geçirmiş olup tekrar işe başlayan işçilerin eğitimiyle ilgili olarak Yönetmelik md. 6/f.5'de⁷⁵ bu işçilerin tekrar işe başlamadan önce geçirdikleri kaza veya hastalıkla ilgili olarak eğitime tabi tutulacakları belirtilmektedir.

Böylece iş kazası ya da meslek hastalığına yakalanan işçilerin yaptıkları hataların tekrarlanmasının önüne geçilecek, bundan böyle gerekli tedbiri alması ve dikkat çalışması sağlanacaktır. İş hayatından her türlü uzak kalma halinde iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin tekrarlanması gerektiği yönetmelikte belirtilmektedir. Yönetmeliğin md. 6/6'da⁷⁶ altı aydan fazla süreyle işten uzak kalan işçilerin tekrar işe başladıkları zaman eğitime tabi tutulacakları hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme gerçekten işlerliği olan, yerinde bir hükümdür. Böylece işçinin işten uzak kalması nedeniyle ortaya çıkacak riskler ortadan kaldırılmak istenmiştir.

⁷⁴ SÜMER, s. 105 vd; KABAKÇI, s. 62.

⁷⁵ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 6/f.5: "İş kazası geçiren veya meslek hastalığına yakalanan çalışana işe dönüşünde çalışmaya başlamadan önce, kazanın veya meslek hastalığının sebepleri, korunma yolları, güvenli çalışma yöntemleri ile ilgili ilave eğitim verilir."

⁷⁶ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 6/f.6: "Herhangi bir sebeple altı aydan fazla süre işten uzak kalanlara, tekrar işe başlatılmadan önce bilgi yenileme eğitimi verilir."

4.3. Eğitim Konuları ve Konuya Göre Eğitime Katılacakların Belirlenmesi

Çalışanlara verilecek olan eğitim, onların çalıştığı işe uygun, işle bağlantılı olarak belirlenecek risklere göre farklı konularda olacaktır. Yönetmelik Ek-1’de belirtilmiştir. Buna göre eğitim konuları genel konular, sağlık konuları, teknik konular ve diğer konular olmak üzere 4’e ayrılır⁷⁷. Yönetmelik ekinde iş sağlığı güvenliği konuları ayrıntılı bir şekilde gruplara ayrılarak belirtilmiştir. Bundan sonra işverenin yapması gereken iş yerinin özelliklerine, işin niteliğine göre verilecek eğitimin içeriğini belirleyecektir. Özel risk taşıyan maddeler veya ekipman ile yapılan çalışma, kanserojen maddelerle yapılan çalışmalarda buna özel eğitim verilmelidir⁷⁸.

İşyerlerinin faaliyet alanına göre, işçinin yaptığı işe bağlı olarak eğitim konuları belirlenecektir. İşveren işin çeşidine göre belirli bir eğitim ve öğretimi gerektiren işlerde işçisine gerekli bilgiyi vermek ve onu gerekli şekilde eğitmek zorundadır⁷⁹.

⁷⁷ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik Ek-1: “*Genel konular*: a) Çalışma mevzuatı ile ilgili bilgiler, b) Çalışanların yasal hak ve sorumlulukları c) İşyeri temizliği ve düzeni, ç) İş kazası ve meslek hastalığından doğan hukuki sonuçlardır. *Sağlık konuları*: a) Meslek hastalıklarının sebepleri, b) Hastalıktan korunma prensipleri ve korunma tekniklerinin uygulanması, c) Biyolojik ve psikososyal risk etmenleri, ç) İlk yardım, d) Tütün ürünlerinin zararları ve pasif etkilenim, *Teknik konular*: a) Kimyasal, fiziksel ve ergonomik risk etmenleri, b) Elle kaldırma ve taşıma, c) Parlama, patlama, yangın ve yangından korunma, ç) İş ekipmanlarının güvenli kullanımı, d) Ekranlı araçlarla çalışma, e) Elektrik, tehlikeleri, riskleri ve önlemleri, f) İş kazalarının sebepleri ve korunma prensipleri ile tekniklerinin uygulanması, g) Güvenlik ve sağlık işaretleri, ğ) Kişisel koruyucu donanım kullanımı, h) İş sağlığı ve güvenliği genel kuralları ve güvenlik kültürü, ı) Tahliye ve kurtarma, *Diğer konular*: Radyasyon riskinin bulunduğu ortamlarda çalışma, kaynakla çalışma, özel risk taşıyan ekipman ile çalışma, kanserojen maddelerin yol açtığı olası sağlık riskleri ve benzeri.

⁷⁸ Örneğin genetiği değiştirilmiş organizmalarla ilgili faaliyette bulunulan bir iş yerinde bu organizmaların yapıları, olası zararları, bulaşma riskleri, yasal mevzuat vb. konular hakkında işçiler bilgilendirilmelidir, Genetiği değiştirilmiş organizmalarla ilgili geniş bilgi için bkz. ATEŞ, Zehra Gizem, “Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk”, İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020, s. 1 vd.

⁷⁹ SÜZEK, İş Hukuku, s. 874; AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 141-142.

Nitekim eğitime katılacakların nasıl belirleneceği yönetmeliğin 12. maddesinin 4. fıkrasında belirtilmiştir⁸⁰. Her işçinin işini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için sahip olması gereken bilgi, beceri ve tutumlar birbirinden farklıdır. İşçilerin eğitim öncesi bireysel seviye analizleri yapılarak bilgi ve beceri düzeyleri belirlenir ve buna göre verilecek eğitim düzenlenir⁸¹.

İşveren her işçinin çalıştığı yere ve yaptığı işe özel bilgi ve talimatları da içeren, sağlık ve güvenlik eğitimi sağlamak zorundadır⁸². Yargıtay'a göre işveren her bir işçinin yaptığı işe, o işe alınmadan önce yaptığı işe, çalışma koşullarına bakarak alacağı önlemleri, verilecek eğitimi belirlemelidir⁸³.

Eğitim konuları işçinin özel durumuna göre farklılık gösterebilir. Yönetmeliğin 7. maddesinde işyerinde çalışan gebe veya emziren kadınların, 15 yaşını bitirmiş 18 yaşını doldurmamış çalışanlar, yaşlı, engelli gibi özel politika gerektiren grupların özellikleri dikkate alınarak özel eğitim verileceği belirtilmiştir. Ayrıca destek elemanları ve çalışan temsilcileri de özel olarak eğitilecektir. Burada özel eğitim ile kastedilen hususun, kişilerin bedeni ve ruhi durumu ile yaptıkları işin özelliğine

⁸⁰ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 12/f.4: "İşverenin kendi belirleyeceği bir yöntem ile bireysel seviye tespiti yapılarak çalışanların eğitim öncesi seviyesi ve Ek-1'de yer alan konular dışında almaları gereken eğitim belirlenir."

⁸¹ AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 43-44.

⁸² SELEK, Hasan Selçuk, İş Sağlığı ve Güvenliği, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018, s. 120 vd; DEMİR, s. 684-685; AKIN, s. 670-671.

⁸³ "Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda, bilirkişi İş K. md. 77'nin öngördüğü koşulları göz önünde tutarak ve özellikle işyerinin niteliğine göre, işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliği tüzüğü'nün ilgili maddelerini incelemek suretiyle, işverenin, işyerinde olması gerekli önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı, davacıyı kimin ne şekilde görevlendirdiği, görevlendirenin sorumluluğu, görevlendirilmeden ne işi yaptığı, ayrıntılı bir biçimde incelemek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranı hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde, saptamadıkları anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, kusur raporunun, İş Kanunu'nun 77. maddesinin öngördüğü koşulları içerdiği gözetilerek hükme dayanak alınacak nitelikte olduğu söylenemez.", Y. 21. HD. E.2005/2228,K. 2005/4779, 09.05.2005, <http://www.corpus.com.tr>, Erişim Tarihi 15.05.2020.

uygun eğitim verilmesidir⁸⁴. Sağlık ve güvenlik açısından özel önlem alınmasını gerektiren alanlarda çalışanlara özel eğitim verilir.

İş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitim verilmesine ilişkin düzenlemelere ayrıca çeşitli yönetmeliklerde de yer verilmiştir. Bu yönetmelikler aynı zamanda eğitim konularını da içermektedir. Bunlar işyerinin faaliyet alanına göre belirlenen yönetmeliklerdir. Örneğin Yapı İşlerinde Sağlık ve Güvenlik Yönetmeliğine⁸⁵ göre (md. 12), “yapı işlerinde çalışanlar ve çalışan temsilcileri yapı alanında alanında sağlık ve güvenlikle ilgili alınan tedbirler hakkında bilgilendirilirler. Verilen bilgilerin kolay ve anlaşılır olması sağlanır.”

Kimyasal Maddelerle Çalışmalarda Sağlık ve Güvenlik Önlemleri Hakkında Yönetmelikte⁸⁶ (md. 9), tehlikeli maddelerle çalışan işçilerin bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Yönetmeliğe göre işveren, işçilerin her kimyasal veya tehlikeli her türlü maddeye/materyale maruz kalması nedeniyle ortaya çıkacak riskleri tespit ettirip, bunlara karşı işçilerin ne gibi önlemler alması, nasıl çalışmalarını gerektiği hakkında eğitim vermelidir.

Gürültü Yönetmeliğinin⁸⁷ 11. maddesinde de gürültüye maruziyetten kaynaklanan riskler, bu riskleri önlemek için alınan önlemler, gürültü maruziyet sınır değerleri ve maruziyet etkin değerleri, kulak koruyu-

⁸⁴ AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 140.

⁸⁵ RG., T. 05.10.2013, S. 28786.

⁸⁶ RG., T. 12.08.2013, S. 28733, md. 9: “İşveren 15.05.2013 tarihli ve 28648 sayılı Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelikte belirtilen hususlar saklı kalmak kaydıyla çalışanların ve temsilcilerin eğitimini ve bilgilendirilmelerini sağlar. Bu eğitim ve bilgilendirmeler özellikle aşağıdaki hususları içerir: İşverenin risk değerlendirmesi sonucunda elde edilen bilgiler ve çalışma koşullarında önemli bir değişiklik olması halinde gerekli yeni bilgiler, işyerinde bulunan veya ortaya çıkabilecek kimyasal maddelerle ilgili, bu maddelerin tanınması, sağlık ve güvenlik riskleri, mesleki maruziyet sınır değerleri ve diğer yasal düzenlemeler, işçilerin kendilerini ve diğer işçileri tehlikeye atmamaları için alınması gereken önlemler ve yapılması gereken işler, tehlikeli kimyasal maddeler için tedarikçiden sağlanan malzeme bilgi formları konusunda eğitim ve bilgi vermekle yükümlü bulunduğu, tehlikeli kimyasal madde bulunan bölümler, kaplar, boru tesisatı ve benzeri tesisatla ilgili mevzuata uygun olarak etiketleme, kilitleme ile ilgili bilgiler.”

⁸⁷ RG., T. 28.07.2013, S. 28721.

cularının doğru kullanılması, işitme kaybı belirtilerinin nasıl tespit edileceği, gibi konularda işçiler bilgilendirilecek ve eğitim verilecektir⁸⁸.

İşyerlerinde her işçinin çalışma koşulları, yaptığı iş göz önüne alınarak eğitim çeşidinin belirlenmesi şüphesiz eğitimden alınan verimi de arttıracaktır. Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları hakkında Yönetmeliğin 12. maddesine göre, eğitimin daha verimli olması amacıyla işçilerin ihtiyacı olan konuların seçilmesine özen gösterilmelidir. Ayrıca yine aynı maddeye göre, eğitim teorik ve pratik olarak uygulanacaktır. Eğitimin ve işçilere verilecek her türlü bilginin kolayca anlaşılabilir olması gerekir.

Eğitimin teorik veya pratik olarak uygulanmasının nasıl belirleneceği işyerinin ve işin özelliklerine göre saptanmalıdır. Örneğin daima ofis ortamında çalışan işçiler için bilgisayar üzerinden e-egitim verilmesi öngörülebilir. Ofis ortamında karşılaşılabilecek riskler, bunlara karşı alınacak önlemler çok ağır şartlar içermediğinden, e-egitim ile öğrenilecek niteliktedir. Ancak ağır işlerde çalışan işçiler açısından durum farklıdır. Örneğin inşaat işçilerinin karşılaşılabileceği riskler, alınması gereken önlemler daha fazladır ve şüphesiz inşaat işçileri daha ağır ve tehlikeli iş yaptıklarından eğitim onlar için adeta hayati öneme sahiptir. Bu itibarla inşaat işçilerine e-egitim verilmesi yerinde değildir. Eğitimin teorik ve pratik olarak uygulanması daha verimli olacaktır.

4.4. Yıllık Eğitim Programı Oluşturulması

İşyerinde oluşabilecek iş kazası ve meslek hastalıklarını önlemek, çalışanları karşı karşıya oldukları riskler konusunda uyarmak ve önlemler konusunda bilgilendirmek amacıyla yapılacak olan eğitimlerin, belirli bir program çerçevesinde yürütülmesi gerekir. Yönetmeliğin 10. maddesinde⁸⁹ eğitim programının nasıl oluşturulacağı düzenlenmiştir.

⁸⁸ LAÇİNER, Vedat, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Çalışanların Gürültü İle İlgili Risklerden Korunması", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 750 vd.

⁸⁹ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 10/f.1: "İşveren 6. maddenin 4. fıkrasında belirtilen düzenli aralıklar süresince eğitim faaliyetlerini gösteren yıllık, iki yıllık veya üç yıllık eğitim programlarının hazırlanmasını sağlar ve onaylar."

Eğitim programı yıllık olarak hazırlanacaktır. Bu program oluşturulurken öncelikle eğitim politikası belirlenmelidir. İşyerinde mevcut olan tehlikelerin neler olduğu işçi veya işçi temsilcileriyle görüşülerek belirlenmelidir. Bu görüşmeler yapılırken, örneğin işverenin işçilerin çalışma ortamında onlarla görüşmesi, ortaya çıkabilecek risklerin saptanması, işte kullanılan araç gerecin kullanımı hakkında ne kadar bilgili olduklarının anlaşılması, işyerinde daha önce kaza meydana geldiyse bunlarla ilgili kayıtların değerlendirilmesi yararlı olabilir⁹⁰.

Eğitim programlarının belirlenmesi açısından öncelikle işyerinde mevcut risklerin saptanması gerekmektedir. İş yerinde teknik bilgi ile risklerin belirlenmesi ve bunlara uygun tedbir planlamasının yapılması iş sağlığı ve güvenliğinin gereğidir⁹¹. Böylelikle eğitimde risklerin neler olduğu gösterilir ve bunlara karşı korunma yöntemleri işçilere öğretilir.

Mevcut kanun ve yönetmeliklerde eğitim konularının belirlenmesi açısından öncelikle işyerindeki risklerin saptanması gerekliliği belirtilmemiştir. Her ne kadar Yönetmelik md. 10/f.2'de çalışanların veya çalışan temsilcilerinin görüşlerinin alınacağı belirtilse de öncelikle yapılması gerekenin risklerin saptanması olduğu açıklanmamıştır. İşyerinde mevcut risklerin saptanması ve buna göre eğitim verilmesi gerektiği belirtilmelidir. Risk analizlerinin güvenli olabilmesi için işyerinde iş kazaları ve meslek hastalıklarına ilişkin kayıtlar incelenmeli, son üç yıl içinde meydana gelen olaylar değerlendirilmeli, bu yolla riskli bölgeler belirlenmeli ve çalışanlar bu risklere karşı bilgilendirilmelidir⁹².

İşyerlerinde yıllık eğitim programlarının hazırlanması, ileride çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat açısından faydalı olacaktır. Ancak bir görüşe göre⁹³ eğitim programlarıyla ilgili ayrıntılı bilgi verilmesi (eğitim

⁹⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 377; AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 137.

⁹¹ ULUSAN, s. 34; SÜZEK, İş Güvenliği, s. 61; TULUKÇU, Binnur, "İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 717.

⁹² TULUKÇU, s. 722 vd.

⁹³ EKMEKÇİ, İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, s. 58.

vereceklerin adı, eğitimin tarihi, katılanların sayısı vs.), daha sonra yıl içerisinde belirtilen detayların değişebileceği gerekçesiyle gereksiz birer ayrıntı olarak değerlendirilmektedir.

Eğitimin kişilerin hayatındaki yeri ve değeri düşünüldüğünde mesleki gelişim için eğitimin sürekliliğinin sağlanması gerektiği söylenebilir. İşçileri sürekli olarak eğitime yönlerecek yöntem ve uygulamalar geliştirilmeli, kongre, konferans ve seminerler, uzaktan eğitim, kurum dışı kurslar, hizmet içi eğitimler, mesleki yayınları izleme, kişisel okumalar, mesleki derneklere üyelik gibi faaliyetlere işçiler yönlendirilerek mesleki bilgi ve becerilerini geliştirmeleri sağlanmalıdır⁹⁴.

4.5. İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Masraflarının Karşlanması

Yönetmeliğin 8. maddesine göre "İş sağlığı ve güvenliği eğitimlerinin maliyeti çalışanlara yansıtılamaz." Böylece işveren, eğitimlerin masrafını işçilerden karşılayamayacağı gibi onlara dolaylı olarak dahi mali yük getiremeyecektir. Ancak işçilere mali yük getirmeyecek olan eğitimler yalnızca iş sağlığı ve güvenliği konusundaki eğitimlerdir. Diğer konularda yapılacak olan eğitimler için işverenin masrafları işçilerden karşılama imkanı vardır⁹⁵.

Yönetmeliğin 8. maddesinin devamında, eğitimlerde geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağı hüküm altına alınmıştır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu md. 17/7'ye göre iş sağlığı ve güvenliği alanında verilecek eğitimlerin, çalışanlara herhangi bir mali yük getiremeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddede eğitimlerde geçen sürelerin çalışma sürelerinden sayılacağı, eğitim sürelerinin haftalık çalışma sürelerinin üzerinde olması halinde bu sürelerin fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak sayılacağı düzenlenmiştir.

4.6. Eğitimi Verebilecek Kişi ve Kuruluşlar

İşveren çalışanlara sağlamak zorunda olduğu eğitimin verilmesi konusunda uzman kişilerden veya kuruluşlardan faydalanabilir. Yö-

⁹⁴ AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 101.

⁹⁵ EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, s. 58.

netmelik md. 13'ün birinci fıkrasında⁹⁶ ve ikinci fıkrasında⁹⁷ iş sağlığı ve güvenliği eğitimini verebilecek kişi ve kuruluşlar sayılmıştır.

İşveren uzmanlık alanlarına göre, işyeri dışından gelecek olan kurumlardan, uzman kişilerden faydalanabilecektir. Ancak İş Sağlığı Güvenliği Kanunu md. 4/f.2'ye göre işveren eğitim faaliyetinin dışarıdan gelen bir kurum vs. tarafından verildiğini ileri sürerek, eğitimin eksik ya da yetersiz olmasından dolayı sorumluluktan kurtulamaz. İş sağlığı ve güvenliği konusunda verilecek olan eğitimin çalışanları bilgilendirmek, meydana gelebilecek riskler ve bunların önlenmesi, kısaca iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması, tedbirli davranış alışkanlığının kazandırılması konusunda yeterli içeriğe sahip olup olmadığını işveren kontrol etmelidir. Yoksa dışarıdan gelecek olan uzmanlara eğitim faaliyetini terk ederek denetimsiz bırakmamalıdır. Bu hususta işverene yardımcı olacak doküman herhalde eğitim programlarıdır. Yargıtay da iş sağlığı ve güvenliği alanında eğitim verilmesiyle işverenin sorumluluktan kurtulamayacağını, eğitimin ayrıca eylemli olarak kavratılması gerektiğini vurgulamaktadır⁹⁸.

⁹⁶ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 13/f.1: "İşyerinde sağlık ve güvenlik hizmetini yürüten iş güvenliği uzmanları ile işyeri hekimleri, çalışma, sosyal güvenlik eğitim ve araştırma merkezi, üniversiteler ile kamu kurum ve kuruluşlarının eğitim birimleri tarafından eğitimcilerin uzmanlık alanının Ek-1'de yer alan konulara uygun olması kaydıyla verilir."

⁹⁷ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 13/f.2: "Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi, işveren ve kamu görevlileri kuruluşları veya bu kuruluşlarca kurulan eğitim vakıfları ve ortaklaşa oluşturdukları eğitim merkezleri, Bakanlıkça yetkilendirilmiş eğitim kurumları, çalışanlara ücretsiz eğitim hizmeti veren ve kamu yararına kuruluş statüsüne haiz, eğitim amaçlı kurulmuş vakıflar."

⁹⁸ "İşçi sağlığı, iş güvenliği ve yapılmakta olan iş nedeniyle işçinin eğitimi, bir kısım mevzuat hükümlerini içerir belgelerin kendisine verilmesini değil, eylemli olarak bu bilgilerin aktarımı ve öneminin kavratılması ile sağlanabilir. Eğitimden sonraki aşama ise, işçi sağlığı ve iş güvenliği ile ilgili önlemlerin alındığının ve uygulandığının denetlenmesidir. İşverenlerce iş güvencesi açısından hayati öneme haiz bulunan araç ve gereçlerin anılan kazalı tarafından kullanılması sağlandığında, kazalanma olasılığının tamamen ortadan kaldırılabilmesi yadsınamaz bir gerçektir. İşçinin aynı işi uzun yıllardır yapıyor olması, işvereni tüm bu yükümlülükleri almaktan başışık hale getirmez. Davalı işverenlerin kazalı işçiyi, işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda yeterli derecede eğitmedikleri, çalışma usul ve esasları konusunda ise yeterli denetim ve gözetim sağlamadıkları, bu doğrultuda kişisel koruyucu ve aletleri kullanıma sunmadıkları görülmekte olup, tüm bu nedenler, zararlandırıcı ola-

İş sağlığı ve güvenliği eğitimini, bu konuda uzman olan teknik elemanlar⁹⁹ verecektir. İş sağlığı ve güvenliği eğitiminin uzman kişiler tarafından verilerek etkinliğinin sağlanması için eğitimlerin üniversitelerde akademisyenler için zorunluluk haline getirilmesi, eğitimlere psikolog, avukat gibi farklı meslek gruplarından uzmanların katılımı sağlanarak işçilerin bakış açılarının genişletilmesi amaçlanmalıdır¹⁰⁰.

4.7. Eğitimin Değerlendirilmesi ve Belgelenmesi

İşyerinde verilen eğitimin ardından ölçme ve değerlendirme yapılır. Bu değerlendirme sonuçlarına göre, eğitimin faydaları saptanarak, yeni eğitime ihtiyaç olup olmadığına karar verilir¹⁰¹. Eğitimin belgelenmesi gerektiği yönetmeliğin 15. maddesinde belirtilmektedir: “İşyerlerinde düzenlenen eğitimler belgelendirilir ve bu belgeler çalışanın özlük dosyalarında saklanır. Temel eğitime ilişkin belgeler Ek-2’de yer alan örneğine uygun olarak düzenlenir.”

Eğitime katılan her bir işçi için eğitim katılım tutanağı düzenlenir. Yönetmelik md. 15/f.3’e göre eğitim katılım tutanağında “eğitimin düzenlendiği yer ve tarih, katılımcının adı, soyadı, imzası, eğiticinin adı, soyadı, imzası ile eğitimin konusu ve süresi yer alır.” Eğitime katılan her bir işçi için ayrı ayrı belge düzenlenecek ve sicil dosyasında saklanacaktır. Böylelikle ileride oluşabilecek ihtilaf halinde bu dosya, ispat aracı olacaktır. Gerçekten Yargıtay iş kazası nedeniyle açılan davada, işçinin konuya ilişkin olarak eğitim alıp almadığı ve eğitimin içeriğinin belirlenebilmesi için eğitim veren kuruluştan eğitim program ve belgelerinin ibrazını ve buna göre karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁰².

Uygulamada işverenlerin sırf teftiş korkusuyla eğitim vermeyip kağıt üzerinde eğitim verilmiş gibi gösterdikleri görülmektedir. Fiilen eğitim verilmeyip sadece eğitime katıldı belgesinin varlığı işvereni eği-

yın meydana gelmesinde ağırlıklı kusurun davalı (işveren) tarafa ait olduğunu göstermektedir.”, YHGK 14.06.2004, E. 2004/21-365, K. 2004/369, KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt 2, İstanbul, Legal, 2008, s. 828-831.

⁹⁹ EKMEKÇİ, 4857 Sayılı İş Kanununda İş Sağlığı ve Güvenliği, s. 59.

¹⁰⁰ AKPINAR/BATUR/ÇAKMAKKAYA, s. 143-144.

¹⁰¹ EKMEKÇİ, İş Kanunu’na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, s.59.

¹⁰² Y. 10. HD, 26.05.2003, 3641/4331, SÜMER, s. 163, dn. 441’den naklen.

tim verme yükümlülüğünden kurtarmaz¹⁰³. Yönetmelik md. 12/f.6'ya¹⁰⁴ göre eğitimin sonunda çalışanlara eğitim konularıyla ilgili olarak ölçme değerlendirme yapılır. Bu ölçme değerlendirme ile eğitimin etkinliği test edilir. Böylece işveren bundan sonraki eğitimde hangi konulara ağırlık vermesi gerektiğini tespit edebilecektir.

SONUÇ

İş kazası ve meslek hastalıklarının oranı göz önüne alındığında, iş sağlığı ve güvenliği eğitimine ilişkin esasların gereği gibi uygulanmadığı açıktır. Eğitimin etkin olması, yeterli ve gerekli düzeyde verilmesinin ilk koşulu öncelikle işverenlerin iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşmasıdır. İşçilerde iş sağlığı ve güvenliği bilincinin oluşturulması eğitimin öncelikli amacı olmalıdır. Bu nedenle eğitimde teknik eleman haricinde psikolog, avukat gibi uzmanların bulunması, konferans, seminer, harici kurslar gibi yollarla sürekliliğin sağlanması önemsenmelidir.

Güvenlik alanında eğitiminin etkisi, iş kazası ve meslek hastalıklarını azalttığı işverenlerce bilinmelidir. Ancak bu yolla, işverenin eğitim yükümünü yerine getirmesi mümkün kılınabilir.

İşverenin eğitim vermekten kaçınması, savsamasının bir diğer sebebi de eğitimin maliyetli görülmesi, masraftan uzak durulmasıdır. Ancak, risk meydana gelmesi halinde işverenin daha fazla maliyete katlanması gerekeceği unutulmamalıdır. Alınacak tedbirler, eğitim semineri düzenlenmesi gibi eğitim faaliyetleri, hem işçiye ödenecek tazminatın daha azdır hem de ne miktarda olursa olsun insan sağlığından ve yaşamından daha önemsizdir.

İş sağlığı ve güvenliği eğitimi ile ilgili olarak, işçilerin de hak ve yükümlülükleri konusunda bilgilendirilmeleri gerekir. İşçiler kendi hak ve yükümlülüklerinin farkında olmadığından gerekli taleplerde bulunamamaktadırlar.

¹⁰³ Y. 10. HD. 25.09.2017, 2016/7998 E, 2017/6039 K, AKYİĞİT, s. 484'den naklen.

¹⁰⁴ Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 12/f.6: "Değerlendirme sonuçlarına göre eğitimin etkin olup olmadığı belirlenerek ihtiyaç duyulması halinde eğitim programında veya eğitimcilerde değişiklik yapılır veya eğitim tekrarlanır."

Eğitim programlarının ciddi bir şekilde uygulanması sayesinde, iş kazaları ve meslek hastalıkları önlenecektir. Ancak ülkemizde maalesef, diğer birçok alanda olduğu gibi, iş sağlığı ve güvenliği konusunda eğitimin önemi kavranamamıştır. Bu nedenle, gerek kanunlarda gerekse uygulamada eğitim, ön plana alınmalı, işlerliği sağlanmalıdır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda eğitim konusunun daha ayrıntılı hükümlerle düzenlenmesi, işveren yanında işçilere de yükümlülükler getirmesi, bu alana daha fazla dikkat çekilmesini sağlayacaktır. Önemli olan eğitimlerin etkinliğinin sağlanması ve gerekli kontrollerin yapılmasıdır. Bu yolla iş kazalarının önüne geçilebilir. Ayrıca eğitim konularının değişen ve gelişen koşullara göre uyarlanması, her yıl eğitim konularına ilaveler yapılması faydalı olacaktır. Bunun için işveren teknolojik ve bilimsel gelişmeleri takip etmelidir. İşle ilgili ortaya çıkan yeni bir uygulama, modern cihazlar vb. işveren tarafından araştırılarak iş yerine adapte edilmeli ve eğitim konularına bu yeniliklerle ilgili ilaveler yapılmalıdır.

Dünyada yeni gelişen hastalıkların işe ve iş yerine etkileri (Covid-19 gibi) hakkında da işveren araştırmalar yaparak bunlardan korunma yöntemleri hakkında eğitimde işçilere bilgi verilmesini sağlamalıdır. İşveren eğitim kurumlarıyla işbirliği yapacağına göre eğitim programı oluşturulmadan önce eğitim kurumunun önerdiği eğitim konularını inceleyebilir. Bu çerçevede eğitimin modern teknolojik gelişmelere uygun olup olmadığını tespit etme ve eğitim konularını güncel tutma imkanına sahip olacaktır.

KAYNAKLAR

- AKIN, Levent, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun İşverenin Hukuki Sorumluluğuna Etkisi", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 657-673.
- AKPINAR, Teoman/BATUR, Necat/ÇAKMAKKAYA, Baki Yiğit, İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimi, İstanbul, Ekin Yayınevi, 2014.
- AKPINAR, Teoman, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- AKYİĞİT, Ercan, İş Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- ARSLAN, Seda, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'na Göre İşverenin Genel Yükümlülükleri", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 767-807.
- ATEŞ, Zehra Gizem, "Biyogüvenlik Kanunu Çerçevesinde Hukuki Sorumluluk", İstanbul Kültür Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2020.
- ATEŞ, Zehra Gizem, "İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları", Prof Dr. Turhan Esener'e Armağan, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayısı, C. 15, S. 1, Ocak 2016.
- BAYRAM, Fuat, "Yeni İş Sağlığı ve güvenliği Mevzuatımıza Hakim olan İlkeler", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 7, 2005.
- BAYSAL, Ulaş, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İstanbul, Beta, 2019.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen, "Geçici (Ödünç) İş İlişkinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları II, Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, Legal, 2008.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat, İş Hukuku Dersleri, 32. Bası, İstanbul, Beta, 2019.
- ÇENBERCİ, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara, Olguç Matbaası, 1986.
- DEMİR, Fevzi, "İş Sağlığı ve Güvenliği Önlemlerinin Alınmasında İşverenin Sorumluluğu", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 675-703.
- GÜNAY, Cevdet İlhan, İş Davaları, Ankara, Yetkin yayınları, 2008.

- EKMEKÇİ, Ömer/YİĞİT, Esra, Bireysel İş Hukuku, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2020.
- EKMEKÇİ, Ömer, 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda İşyeri Örgütlenmesi, İstanbul, Legal, 2005.
- EKMEKÇİ, Ömer, "İş Sağlığı ve güvenliği Eğitiminin Usul ve Esasları", Mercek, Ocak, 2006, s. 100-107.
- EKONOMİ, Münir, İş Hukuku, Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, Teknik Üniversite Matbaası, 1980.
- ERGİN, Berin "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Türkiye Geneli", Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, Legal, 2005.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 2019, s. 361.
- İNÇİROĞLU, Lütfi, Kamu İşvereninin İş Sağlığı ve güvenliği Bakımından Eğitilmeleri, 2. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017.
- KABAKÇI, Mahmut, "6331 Sayılı Kanun'un İş Sağlığı ve güvenliği Anlayışı ve Risklerden Korunma (md.5) İlkelerinin İşlevi", Sicil İHD, Yıl 8, Sayı 29, Mart 2013, s. 61-77.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal, İş Kanunu Şerhi Cilt 2, İstanbul, Legal, 2008.
- LAÇİNER, Vedat, "İş Sağlığı ve Güvenliği Hukukunda Çalışanların Güçlüğü İle İlgili Risklerden Korunması", MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 749-766.
- NARMANLIOĞLU, Ünal, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Baskı, İstanbul, Beta, 2014.
- NÜVİT, Gerek, "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun Düşündürdükleri", Sicil İHD, Yıl 7, Sayı 28, Aralık 2012, s. 10-19.
- ODAMAN, Serkan, "İş Sağlığı ve Güvenliği Açısından Tarafların Önemli Hak ve Yükümlülükleri", Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 11, 2006, s. 880-897.
- SELEK, Hasan Selçuk, İş Sağlığı ve Güvenliği, 2. Baskı, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2018.
- SÜMER, Haluk Hadi, İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- SÜZEK, Sarper, İş Güvenliği Hukuku, Ankara, Savaş Yayınları, 1985.

- SÜZEK, Sarper, “İş Sağlığı ve Güvenliği Konusunda Somut Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan, Ankara, 2000.
- SÜZEK, Sarper, “İşçilerin İş Sağlığı ve Güvenliği Hakları ve Yükümlülükleri”, Legal İş ve sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S. 6, 2005.
- ŞEN, Murat, İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçları (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 13.12.2012 tarihli Bir Kararı Çerçevesinde)”, MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 129-139.
- TULUKÇU, Binnur, “İşverenin Risk Değerlendirmesi Yükümlülüğünün Hukuki Boyutu”, MÜHFD, Prof. Dr. Ali Rıza Okur’a Armağan, Cilt 20, Sayı 1, 2014, s. 711-747.
- TUNCAY, Can, “ AB’ne Üyelik Sürecinde İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatının Uyumu ve Yeni Yönetmelikler”, Tisk ve Peryön Tarafından Düzenlenen İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatındaki Değişiklikler ve İşveren Yükümlülükleri, 24.02.2004.
- TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 2018.
- ULUSAN, İlhan, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, İstanbul, Kazancı, 1990.
- URHANOĞLU CENGİZ, İftar, “İşverenin İş Sağlığı ve güvenliği Yükümlülüklerine Aykırı Davranışının Yaptırımı Olarak İşin Durdurulması veya İşyerinin Kapatılması”, Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan, İstanbul, Beta, 2011.
- YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul, Beta, 2019.
- YİĞİT, Esra, “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkinde İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Paylaştırılması ve Asıl İşverenin Sorumluluğu”, Sicil İHD, Sayı 41, Yıl 2019, s. 206-220.



SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞMELERİN KESİLMESİ BAĞLAMINDA CULPA IN CONTRAHENDO SORUMLULUĞU VE OLUMSUZ ZARAR

Arş. Gör. Dr. Özkan ÖZYAKIŞIR* Arş. Gör. Muhammed K. GANBARİ**

Öz

Hukuki güvenlik, sosyal ve ticari hayatın en temel ihtiyaçlarından biridir. Sosyal ve ticari hayat, çoğu zaman kişilerin, muhataplarına güvenerek iş(lem) yapmalarını gerekli kılmaktadır. Aralarındaki güven ilişkisine dayanarak hareket eden kişi, güveni boşa çıkarıldığında uğradığı zararların tazminini bekler. Bu durum, hukuki güvenlik ilkesinin bir tezahürüdür. Tüm bunlar, güven ilişkisine hukuki bir statü kazandırılması gerekliliğini ortaya çıkarmıştır.

Güven ilişkisinin hukuken korunması, dürüstlük kuralının bir gereğidir. Buna göre, aralarında güven ilişkisi bulunan taraflar, birbirlerine karşı gerekli özeni gösterme; şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüğü altındadır. Sözleşme görüşmeleri kapsamında oluşan güven de bu noktada culpa in contrahendo sorumluluğunu doğurmaktadır. Bu sorumluluk hâlinde, kural olarak olumsuz zararın tazmini gerekmektedir.

* Arş. Gör., Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye | Asst., Ankara Hacı Bayram Veli University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Ankara, Turkey.

✉ o_ozyakisir36@hotmail.com • ORCID 0000-0002-1401-9891

** Arş. Gör., Tokat Gaziosmanpaşa Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Tokat, Türkiye | Asst., Tokat Gaziosmanpaşa University, Faculty of Law, Department of Civil Law, Tokat, Turkey.

✉ muhammed.ganbari@hbv.edu.tr • ORCID 0000-0001-7984-0333

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZYAKIŞIR Özkan, GANBARİ Muhammed K. "Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bağlamında Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Olumsuz Zarar", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 745-775.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Güven İlişkisi • Dürüstlük Kuralı • Culpa in Contrahendo • Zarar • Olumsuz Zarar

CULPA IN CONTRAHENDO LIABILITY AND RELIANCE DAMAGE IN THE CONTEXT OF TERMINATION OF CONTRACT NEGOTIATIONS

Abstract

Legal certainty is a basic need for social and commercial life. Social and commercial life often requires people to do business and transaction by trusting their interlocutors. The person, acting based on the trust relationship claims the legal compensation of the damages arising from his trust. This is a manifestation of the legal certainty principle. All these result in the necessity to give a legal status to the trust relationship.

The legal protection of the trust relationship is a requirement of the rule of good faith. Accordingly, the parties with a trust relationship between them are under the obligation to take the necessary care towards each other and not to damage material and immaterial rights. At this point, trust relationship in contract negotiations brings the liability of culpa in contrahendo. In such liability, as a rule, compensation for the reliance damage is required.

Key Words

Trust Relationship • The Rule of Good Faith • Culpa in Contrahendo • Damage • Reliance Damage

I. GİRİŞ

Sorumluluk hukukunda uzun zamandır yaşanan değişimin en temel özelliği, sorumluluk sebeplerinin genişlemesidir. Bu noktada sözleşme kaynaklı sorumluluğun sınırları da olabildiğine genişlemektedir. Sözleşme görüşmelerine başlayan kimseler, bu sürecin olumlu neticeleşeceği inancıyla bir güven ilişkisi kurmaktadır. Bu güven ilişkisinin ne zaman bir hukuki sorumluluğa sebebiyet vereceği, sorumluluğun dayanağının ve kapsamının tespiti; hukuk güvenliliği ve uygulaması açısından elzem meselelerdir. Çalışma, bu konuların irdelenmesi amacını taşımaktadır.

Çalışma sırasında hukuk doktrininin ve pozitif hukukumuzdaki kanun koyucunun tercih ettiği terminolojiye sadık kalınmıştır. Özel bir anlam ifade edecek surette terminoloji kullanılmamıştır.

Çalışma boyunca ilk olarak sorumluluk hukukundaki gelişmelerden biri olan edim yükümlülüğü kavramının içeriğinin nasıl genişlediği ve edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisinin neyi ifade ettiği anlatılacaktır. Akabinde, tarafların sözleşme görüşmeleri ile oluşturdukları ilişkinin niteliği ve buna bağlı olarak culpa in contrahendo sorumluluğundan hangi durumlarda bahsedilebileceği ortaya konulacaktır. Daha sonra ise, culpa in contrahendo sorumluluğunu gerektiren bir durumun varlığı halinde, sorumlu kimsenin, hangi tür zararlardan sorumlu olduğu meselesi irdelenecektir. Bu noktada özellikle olumsuz zarar üzerinde durulacaktır. Bununla birlikte doktrinde culpa in contrahendo halinde olumlu zararın tazmininin gerektiği yönündeki görüşe yalnızca değinilecektir. Ayrıca olumlu zararın tazminini öngören özel kanunî düzenlemeler ayrıntılı olarak tek tek ele alınmayacak yalnızca çalışma açısından gerektiği kadarıyla vurgulanacaktır.

II. BORÇ İLİŞKİSİ KAVRAMI, EDİMDEN BAĞIMSIZ KANUNİ BORÇ İLİŞKİSİ

A. Borç İlişkisi Kavramı: Edim Yükümlülüğü ve Koruma Yükümlülüğü Ayrımı

İktisadi ve sosyal ilişkilerin, zaman içerisinde olabildiğince genişlemesi ve farklılaşması, hukuk alanında bazı kavramların yeniden tartışılması ve ele alınması ihtiyacını doğurmuştur. Söz konusu bu gelişmeler, "borç ilişkisi" kavramı üzerinde de etkisini hissettirmiştir. Borç ilişkisi kavramı, anlam, unsurları ve çerçevesi bakımından zaman içerisinde önemli bir genişleme yaşamıştır. Bu genişleme, borç ilişkisinin içeriği hususunda yeni bir anlayışın hâkim olmasına vesile olmuştur¹. Modern hukuk doktrininde, borç ilişkisi, yeniden tanımlanmış ve bu ilişkinin edim yükümlülüğünden ibaret olmadığı; edim yükümlülüğünü de kapsayan fakat edim yükümlülüğünden daha geniş bir içeriğe sahip olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece doktrinde, borç ilişkisinin içeriğinin, edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinden oluştuğu genel bir kabul görmüştür².

¹ KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 73-75.

² MEDÍCUS, Dieter Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 1982, s. 27; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, N. 61; DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu

Edim yükümlülüğü ve koruma yükümlülüğü, birbirinden bağımsız ve farklı iki kavramdır³. Edim yükümlülüğü, tamamen ifa menfaatinin gerçekleşmesine yönelik yükümlülüğü ifade eder⁴. Bu yükümlülüğün ifası ile tarafların sözleşmeden bekledikleri değişiklikler meydana gelir. Edim yükümlülüğü, esas olarak sözleşme ile doğar ve sözleşmenin somut içeriğiyle alakalıdır. Bu durum, edim yükümlülüğünün doğması için, geçerli bir sözleşmenin hukuken kurulmuş olması zorunluluğunu beraberinde getirmektedir; çünkü kurulmamış ya da geçersiz hale gelmiş bir sözleşmeden herhangi bir edim yükümlülüğü doğmaz⁵.

Taraflarının, bir sözleşme ilişkisi içine girmek istediklerinde, bundan bekledikleri ilk menfaat, edim menfaatidir. Ne var ki, borç ilişkisi içine giren taraflar, aynı zamanda edim dışında ve ondan bağımsız olarak mal ve şahıs varlıklarına sahiptirler. Bu mal ve şahıs varlıkları, tarafların içinde buldukları borç ilişkisi nedeniyle zarar görebilir. Gerçekten de sözleşme ilişkisi içine girmek isteyen tarafların edim yükümlülüğünden kaynaklanan ifa menfaati haricinde; şahıs ve malvarlıklarının zarar görmemesine ilişkin menfaatlerinin korunması gerekmektedir. Bu gereklilik, koruma yükümlülüğü kavramını doğurmuştur⁶. Bu itibarla koruma yükümlülüğü, tarafların edim menfaati dışında, karşılıklı, birbirlerinin kişi

Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009, s. 120, 124; OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükmümler Cilt I, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul 2018, N. 17 dp.14; KIRCA, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk, Ankara 2004, s. 154,155; KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009, s. 59, 60; Michael Ernst – Kölbl, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 1. Auflage, Niederle Media, 2008, s. 11, 12.

³ POHLMANN, Andre, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflicht, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 268, Dunker und Humboldt/ Berlin 2002, s. 22; BROX, Hans ve WALKER, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schulrecht, Grundrisse des Recht, 34. Auflage, München 2010, s. 10; ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 112.

⁴ POHLMANN, s. 22, 23; EREN, N. 82; KIRCA, s. 156; KARABAĞ BULUT, s. 60.

⁵ BAYGIN, Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2 (2000), s. 355; EREN, N. 112, 115; KIRCA, s. 156-157; KARABAĞ BULUT, s. 60-61.

⁶ EREN, N. 105; KARABAĞ BULUT, s. 66; AKÇAAL, Mehmet, Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 1. Baskı, Mayıs 2018, s. 61.

ya da malvarlığı değerlerine özen gösterme, zarar vermeme yükümlülüğü altında olmasını ifade etmektedir⁷.

Edim yükümlülüğü ile koruma yükümlülükleri arasındaki farkı belirtmek gerekirse; edim yükümlülüğü esas olarak sözleşmeden, başka bir deyişle taraf iradelerinden kaynaklanmaktayken⁸, koruma yükümlükleri, TMK m. 2’de somut ifadesini bulan “dürüstlük kuralından” doğmaktadır⁹. Bu yönü ile koruma yükümlülükleri, kanuni bir borç ilişkisi meydana getirmektedir¹⁰. Yine edim yükümlülüğü ile koruma yükümlülükleri kaynakları itibariyle de farklılaşmaktadır. Edim yükümlülüğü, ancak hukuken geçerli bir şekilde kurulmuş olan bir sözleşmeden kaynaklanmaktayken, koruma yükümlülüğünün doğumu için bir sözleşmenin varlığı şart değildir. Bundan dolayı, herhangi bir sözleşmenin bulunmadığı, henüz kurulmadığı, geçersiz veya sona ermiş olduğu durumlarda ya da üçüncü kişi ile olan ilişkilerde dahi koruma yükümlülükleri doğabilmektedir. Yeter ki taraflar arasında bir güven ilişkisi kurulmuş olsun¹¹. Aralarında güven ilişkisi bulunan taraflar, birbirlerine karşı özenle davranma ve birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermeme yükümlülüğü altında olduklarından¹² söz konusu yükümlülüğün ihlali durumunda, oluşan zararın tazmini gerekmektedir¹³.

Koruma yükümlülükleri, sözleşme içeriğinden ve edimden bağımsız bir karakter göstermektedir. Bu yönü ile edim yükümlülükleri ile koruma yükümlülükleri birbirinden farklılaşmaktadır. Koruma

⁷ EREN, N. 106; KARABAĞ BULUT, s. 65; BROX/WALKER, s. 12.

⁸ Edim yükümlülükleri, esas olarak sözleşmeden doğar. Ancak kanundan ve dürüstlük kuralından kaynaklanan edim yükümlülükleri de söz konusudur. Edim yükümlülüklerinin kaynaklarına ilişkin olarak bkz. EREN, N. 95 vd.

⁹ EREN, N. 107; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 71.

¹⁰ HEHLI, Christoph, Die Alternativen Rechtsbehelfe des Käufers unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus Culpa in Contrahendo, Band 33, Zürich 2008, s. 151; EREN, N. 115.

¹¹ OĞUZMAN/ÖZ, N. 138; FROST, Marina, Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflichten, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 63, Ducker und Humolt/ Berlin 1981, s. 46.

¹² KALKAN OĞUZTÜRK, s. 79; AKÇAAL, s. 61.

¹³ FROST, s. 40, 41; ANTALYA, Borçlar 1, N. 72.

yükümlüğünün varlığı, edim yükümlülüğüne bağlı değildir¹⁴. Edim yükümlülüğü ve koruma yükümlülüğü ayrımı, doktrinde kabul edilen genel bir ayrımdır¹⁵.

B. EDİMDEN BAĞIMSIZ KANUNİ BORÇ İLİŞKİSİ

Koruma yükümlülükleri açısından, taraflar arasında, güven ilişkisinin başladığı ve devam ettiği sürenin belirlenmesi önem arz etmektedir. Güven ilişkisi, sözleşme öncesinde, sözleşmeden doğan borçların ifası aşamasında ve bu borçların ifasından sonra da mevcut olabilir. Bu durum, koruma yükümlülüklerine “*edim yükümlülüğünden bağımsız kanuni borç ilişkisi*” olma özelliğini vermiştir¹⁶.

Sözleşme görüşmeleri gerçekleştiren kimselerin “*işlem temasına girmesi*” ile işlem güvenliğinin sağlanması hususunda özel bir yükümlülük doğar. Bu yükümlülük taraflar arasında meydana gelen güven ilişkisinden kaynaklanır¹⁷. O hâlde, edim yükümlülüğünden bağımsız bir borç ilişkisinin varlığı, işlem temasının gerçekleşmesine bağlıdır. Bu açıdan kilit kavram olarak; işlem teması, tarafların hukuki bir işlem için karşılıklı etkileşime geçmelerini ifade etmektedir. İşlem teması ile birlikte taraflar, mal ve şahıs varlıklarını birbirlerinin etki alanına açmaktadırlar. Bu andan itibaren, tarafların, birbirlerinin kişilik değerlerine ve malvarlığına zarar verebilme ihtimali ve tehlikesi doğmaktadır. Bu safhada, her bir taraf, diğer tarafın kendisine zarar vermeyeceği ve makul, dürüst şekilde davranacağı yönünde bir güven beslemektedir. Bu güven, taraflara, birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına özen gösterme, zarar vermeme yükümlülüklerini de beraberinde getirmektedir. İşlem teması ile başlayan

¹⁴ FROST, s 13; KARABAĞ BULUT, s. 66.

¹⁵ EREN, N. 105 vd.; ANTALYA, Borçlar 1, N. 50 vd.; Ancak aydınlatma yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükler, koruma yükümlülüğü olarak değerlendirilse de bazı durumlarda edim yükümlülüğü kapsamına alınmış olabilir. Misal, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 55’te düzenlenen ve esasında aydınlatma yükümlülüğü niteliği taşıyan tanıtma ve kullanma kılavuzu sunma yükümlüğünün, yan edim yükümlülüğü teşkil edip etmeyeceği tartışılabilir.

¹⁶ SEROZAN, Rona, “Sözleşmenin müspet ihlali ve culpa in contrahendo”, İstanbul Üniversitesi MHAD, No. 18, İstanbul 1990, s. 35,36; BAYGIN, s. 354; EREN, N. 111; KIRCA, s. 158; FROST, s. 40, 41; AKÇAAL, s.62, 63.

¹⁷ EREN, N. 106; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 115; KIRCA, s. 170; KARABAĞ BULUT, s. 70; AKÇAAL, s. 61.

bu yükümlülükler, sözleşmenin akıbetine tabi değildir; sözleşmenin geleceğinden bağımsız olarak mevcuttur¹⁸.

Edim yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ayrımı ve edimden bağımsız kanuni borç ilişkisi, modern hukukta kabul görmüş ve yerleşik bir hal almıştır. Hukukumuzda da edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisi teorisi, kabul görmektedir¹⁹. Ancak Yargıtay tarafından kabul görmüş²⁰ ve uygulama alanı bulmuş olmasına rağmen konu hakkında genel normatif bir düzenleme halen mevcut değildir. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin pozitif hukukta düzenlendiği bir örnek olarak Alman hukukunu görmekteyiz.

Almanya’da, 01.01.2002’de yürürlüğe giren Borçlar Kanunu’nun Modernleştirilmesine İlişkin Kanun (Schulrechtmodernisierung) ile edim yükümlülüğü, koruma yükümlülüğü ayrımı açıkça kabul edilmiştir. “Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler” başlığını taşıyan ve iki fıkra hükmünden oluşan Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) 241. maddesinin birinci fıkrasında edim yükümlülüğü; ikinci fıkrasında ise koruma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Böylece edim yükümlülüğü ve koruma yükümlülüğü ayrımı açıkça ortaya konmuştur²¹. BGB 241/II “*borç ilişkisi, içeriği açısından taraflara, birbirinin haklarına, hukuki değerlerine ve menfaatlerine saygı gösterme yükümlülüğü yükler.*” demek suretiyle koruma yükümlülüklerini düzenlemiştir. BGB 311/II’de koruma yükümlülüklerini düzenleyen BGB 241/II’e atıf yapılarak koruma yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkilerinin hangi hallerde gerçekleşeceği hüküm altına alınmıştır. BGB 311/II’ye göre, aşağıdaki hallerde koruma yükümlülüklerinden oluşan borç ilişkisi doğar²²:

¹⁸ SEROZAN, s. 38; BAYGIN, s. 355, 356; DEMİRCİOĞLU, s. 128, 182; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 85, 115.

¹⁹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 109-111; AKÇAAL, s. 62.

²⁰ Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisine vurgu yapan kararlar için bkz. T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2017/20291 K. 2018/28025 T. 24.12.2018 (KAZANCI); T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2013/11-2425 K. 2015/2022 T. 30.9.2015 (KAZANCI); T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 2009/12631 K. 2010/2398 T. 1.3.2010 (KAZANCI).

²¹ BROX/WALKER, s. 65, 66.

²² Hükmün çevirisi için ayrıca bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 69 ve 126.

1. Sözleşme görüşmelerine başlamakla,
2. Sözleşme hazırlık aşamasında bir tarafın oluşan hukuki ilişki dolayısıyla diğer tarafın haklarını, hukuki değerlerini ve menfaatlerini etkileyecek bir duruma gelmesi veya bu duruma güvenmesi ile,
3. Benzer hukuki ilişki teması ile.

Sözleşme görüşmelerine başlamakla koruma yükümlülüklerinin doğduğunu kabul eden Alman kanun koyucusu, böylece culpa in contrahendo sorumluluğunu normatif anlamda açıkça düzenlemiş bulunmaktadır²³. Zira edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkisinin en temel örneği esasen culpa in contrahendo sorumluluğudur²⁴. Başkaca bir deyişle, bir sözleşmenin kurulması için görüşmelere başlayan taraflar, birbirlerine karşı koruma yükümlülüğü altına girmiş olurlar. Ayrıca taraflar arasından bu suretle edime bağlı olamayan bir borç ilişkisi de kurulmuş olur. İşte bu borç ilişkisi, culpa in contrahendo sorumluluğunu ifade etmektedir.

III. SÖZLEŞME ÖNCESİ GÖRÜŞME, GÖRÜŞMELERİN KESİLMESİ VE CULPA IN CONTRAHENDO

A. Sözleşme Öncesi Görüşme

1. Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması taraflar arasında belirli görüşmeleri zorunlu kılan bir süreçtir. Mutlak bir zaruret olmamakla beraber sözleşme, bir anda ortaya çıkan bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar, sözleşmenin içeriği, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde birbirleri ile görüşmeler yaparlar. Böylece “sözleşme öncesi görüşme” olarak adlandırılan hazırlık aşaması yaşanır²⁵.

Tarafların sözleşme görüşmelerine başlaması, görüşmeler sonucunda sözleşmenin meydana geleceği konusunda kesin bir durum yaratmaz. Bu yönü ile görüşmeler, sözleşmenin meydana gelmesini garanti

²³ POHLMANN, s. 66; ERNEST-KÖLBL, s. 110; BROX/WALKER, s. 65, 84.

²⁴ ANTALYA, Borçlar 1, N. 74; culpa in contrahendo sorumluluğunun hukuki niteliğine dair tartışmalar için bkz. HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012, N. 1530 vd.

²⁵ EREN, N. 3529; HUGUENIN, N. 1525; POHLMANN, s. 67; BAYGIN, s. 345.

etmemektedir²⁶. Bu durum borçlar hukukuna hâkim en temel ilke olan sözleşme özgürlüğü ilkesinin tezahürüdür. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kural olarak her birey, borç ilişkilerini dileği gibi, dilediği kişi ile kurabilmektedir. Sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme ve kurulmuş olan bir sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün görünüm biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır²⁷.

2. “Özel Hukuki Temas” Olarak Sözleşme Öncesi Görüşme

Koruma yükümlülüklerini doğuran ve işlem teması olarak adlandırılan taraflar arasındaki bağ, basit sosyal bir temasın ötesinde anlam ifade etmektedir. Burada, tarafların hukuki değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine ve özellikle diğer tarafın hâkim olduğu bir alana açması sonucunu doğuran özel hukuki bir temas söz konusudur²⁸. Taraflar arasındaki temas tesadüfü değil; bir amaca yöneliktir. Bu amaç, tarafların aralarında daha sonra hukuki bir işlem yapma olasılıklarının bulunmasıdır²⁹. Bu sebeple misal, bir mağazaya ısınmak için giren kimse, sözleşme akdetme amacı taşımadığından mağaza sahibi ile aralarında özel hukuki temastan söz edilemez. O hâlde, söz konusu kişinin mağazada zarara uğraması durumunda, mağaza sahibinin culpa in contrahendo dolayısıyla sorumluluğu doğmaz³⁰.

Özel hukuki temas, bir kimsenin sözleşmenin kurulmasının yönelik irade beyanının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın hukuki menfaat alanına girilmesi ile oluşan ilişkidir³¹. Özel hukuki temas olarak

²⁶ EREN, N. 3531; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222; ANTALYA, Borçlar 1, N. 995.

²⁷ REHM, Gebhard M., Aufkärungspflichten im Vertragsrecht, Münchener Universitätsschriften Reihe der Juristischen Fakultät, Band 179, München 2003, s. 106; MEDICUS, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 1982, s. 70, 71; POHLMANN, s. 67; KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019, s. 56. Sözleşme özgürlüğüne dair ayrımlar ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. KAŞAK, s. 7 vd.

²⁸ FROST, s. 53.

²⁹ FROST, s. 59; HEHLI, s. 151-152.

³⁰ DEMİRCİOĞLU, s. 185.

³¹ DEMİRCİOĞLU, s. 85; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 108.

adlandırdığımız bu bağ, genel olarak “sosyal temas” kavramı ile de açıklanmaktadır³².

Tarafların sözleşme görüşmeleri, onların sözleşme öncesi giriştikleri ilk özel hukuki temastır³³. Sözleşme öncesi görüşme evresinde taraflar, birbirlerinin egemenlik alanındadırlar ve bu egemenlik alanında bulunma durumu, taraflar arasında bir güven ilişkisi oluşturmaktadır. Söz konusu bu güven ilişkisi, özel ve somut bir hukukî bağ olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağ, taraflara, birbirlerini olası zararlardan koruma yükümlülüğü yüklemektedir³⁴.

B. Culpa In Contrahendo ve Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi

1. Culpa In Contrahendo

Özel hukuki temas, şu üç safhada mevcuttur: Bir sözleşmenin kurulması amacıyla tarafların bir araya gelmesi durumunda ilk özel hukuki temas gerçekleşir. Sözleşmenin kurulması ile başlayan hukuki ilişkide de taraflar arasında söz konusu temas mevcuttur. Bununla birlikte, ortada bir sözleşme ilişkisi olmadığı halde, kişinin can ve malvarlığı bir başka kişinin hukuki hâkimiyet alanının etkisinde ise yine özel hukuki temasın varlığından bahsedilir³⁵. Buna göre, özel hukuki temas, sözleşme öncesinde, sözleşmenin ifası aşamasında ve sözleşmenin ifasından sonra da

³² FROST, s. 58; SEROZAN, s. 39; BAYGIN, s. 354; BROX/WALKER, s. 67.

³³ BAYGIN, s. 345.

³⁴ DEMİRCİOĞLU, s. 142-143, 183; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 115-116; MEDICUS, s. 156; BAYGIN, s. 345; “...sözleşme bir süreç olup, bir anda kurulup meydana gelen bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce de taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Bu görüşmelerin başlamasıyla taraflar arasında sözleşme benzeri bir güven ilişkisi, diğer bir deyişle birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni gösterme ve koruma yükümlülükleri doğar. Bu bağlamda, davacıya mağazada satın almak istediği eşyaların gösterilmesi isteği ve bu isteğin kabulü, bir icap- kabul niteliğinde olup, hukuksal işlem niteliğinde bir sonuç meydana getirmek amaçlanmaktadır. Bu aşamada davacının vücut bütünlüğüne, davalı veya yardımcıları tarafından verilen bu zararı, davalı sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk uyarınca karşılamalıdır.” (T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2010/13-593 K. 2010/623 T. 1.12.2010) (KAZANCI).

³⁵ KALKAN OĞUZTÜRK, s. 82-83.

tarafar arasında koruma yükümlülüklerinden oluşan bir borç ilişkisi doğurabilmektedir³⁶.

Culpa in contrahendo sorumluluğu, yukarıda oluşum safhaları açıklanan özel hukuki temasın ilk aşaması ile ilgilidir. Zira culpa in contrahendo, sözleşme öncesi görüşmeler esnasında oluşan zarardan sorumluluk halini tanımlamaktadır³⁷.

Bir sözleşmenin kurulması amacı ile bir araya gelen taraflar arasında özel bir hukuki temas mevcuttur ve bu temas, taraflar arasında güven ilişkisi doğurur³⁸. Güven ilişkisi kurulduktan sonra artık taraflar, bu güven ilişkisinin gerektirdiği biçimde doğruluk ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde davranmak mecburiyetindedirler. Bu da aralarında güven ilişkisi bulunan taraflara, birbirlerinin kişilik ve malvarlığı değerlerini korumada titiz davranmak ve dürüstlük kuralı gereğince özen göstermek zorunluluğunu getirmektedir³⁹. Sözleşme görüşmeleri esnasında ortaya çıkan bu borç ilişkisi, edimden bağımsızdır ve sadece koruma yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Sözleşme öncesi tarafların bu yükümlülüklere aykırı davranışı, culpa in contrahendo sorumluluğu olarak nitelendirilmektedir⁴⁰.

Culpa in contrahendo öğretisi, ilk olarak geçersiz sözleşmeler ile tamamlanmamış sözleşme görüşmeleri açısından savunulmuştur⁴¹.

³⁶ HEHLI, s. 151.

³⁷ BÜYÜKSAÇIŞ, Erdem, Yeni Sosya- Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 123; GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertaragsrecht, Bern 1987, s. 3; HEHLI, s. 181.

³⁸ “Bu sebeple sözleşme yapmak amacı ile sosyal temasa giren kişiler bu andan itibaren aralarında kurulan ilişkinin her safhasında birbirlerine zarar vermemek için her türlü özeni göstermek, gerekli çabayı sarf etmek zorundadırlar. Örneğin: Alışverişi yapmak üzere mağazaya gelen müşterinin hırsızlık olaylarına karşı korunması veya merdivenlerden düşme tehlikesinin önlenmesi ile ilgili gerekli koruma tedbirlerinin ilgili işyeri tarafından alınması zorunludur.” (T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 2010/2762 K. 2010/12361 T. 29.9.2010) (KAZANCI).

³⁹ EREN, N. 3529; HUGUENIN, N. 1548; BAYGIN, s. 345.

⁴⁰ HEHLI, s. 150; GONZENBACH, s. 7; SEROZAN, s. 39; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1550; BAYGIN, s. 345-346.

⁴¹ HEHLI, s. 143; DEMİRCİOĞLU, s. 54; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 86-87; FROST, s. 43; POHLMANN, s. 37; BAYGIN, s. 346; tarihi gelişim için bkz. GÜVENÇ, Özgür, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s. 365 vd.

Taraflardan birinin kusuru yüzünden sonuçlanmayan (kurulamayan) veya geçersiz olarak meydana gelen sözleşmelerde, kusuru ile bu duruma sebebiyet veren tarafın, meydana gelen zarar dolayısıyla sorumluluğuna kanunda uygulanabilir bir hükmün bulunmaması üzerine “culpa in contrahendo” sorumluluğu keşfedilmiştir. Bu doğrultuda, culpa in contrahendo sorumluluğunun uygulama alanı, hiç kurulmamış ya da geçersiz olan sözleşmeler ile sınırlı tutulmuştur⁴².

Tarihi süreç içerisinde yaşanan gelişmeler, culpa in contrahendo sorumluluğunun, sınırlı uygulama alanını genişletmiştir⁴³. Zaman içerisinde culpa in contrahendo sorumluluğu, sadece geçersiz sözleşmeler açısından değil; ayrıca geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerin görüşme safhasında meydana gelen zararlarda⁴⁴ da uygulama alanı bulmuştur⁴⁵. Misal, bir sözleşmeyi aldatma sonucunda imzalayan kimse, sözleşmeyi iptal etmeyle birlikte aldatma sebebiyle uğradığı zararları culpa in contrahendo esasına göre talep edebilir⁴⁶. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu, hiçbir hukuki işlem sonucunu doğurmayan sözleşme öncesi görüşmeler sırasında meydana gelen zarardan sorumluluk halini de kapsayan bir sorumluluk türü olarak karşımıza çıkmaya başlamıştır⁴⁷.

Bir tarafın hukuki menfaatini ya da bir hakkını, özel hukuki temasa girildiği andan itibaren koruma gerekliliği görüşü⁴⁸ aslında tam da culpa in contrahendo sorumluluğunu ifade etmektedir. Çünkü sözleşme öncesi görüşmeler, özel temasa girişilen ilk andır. Bu andan itibaren tarafların mal ve şahıs varlığı hukuken koruma altında olmalıdır⁴⁹. Bundandır ki günümüzde culpa in contrahendo, sözleşme öncesi görüşmeler

⁴² EREN, N. 3530; KIRCA, s. 160-161; FROST, s. 43; POHLMANN, s. 38; BAYGIN, s. 346.

⁴³ Tarihi süreç içerisinde yaşanan gelişmeler için bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 54 vd.; GÜVENÇ, s. 365 vd.

⁴⁴ HUGUENIN, N. 1535.

⁴⁵ Aksi görüşte bkz. KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşme Görüşmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988, s. 124.

⁴⁶ Bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 217.

⁴⁷ GONZENBACH, s. 6, 7; POHLMANN, s. 37-38.

⁴⁸ Bu hususta bkz. KALKAN OĞUZTÜRK, s. 115.

⁴⁹ FROST, s. 14.

sırasındaki borç ilişkisine aykırı davranış hali olarak görülmektedir. Bu borç ilişkisi, tarafların birbirlerine karşı dürüstlük kuralı gereğince genel bir özen gösterme yükümlülüğünün oluşturduğu; özel hukuki temas sonucunda meydana gelen güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu güven ilişkisinden sorumluluk doğması gerektiği tartışmasız suretle kabul edilmektedir⁵⁰.

Culpa in contrahendo, Alman hukukunun aksine Türk ve İsviçre hukukunda münferit bir yasa maddesi olarak düzenlenmemiş ve TMK m. 2 kaynaklı olarak kabul edilmiştir⁵¹. Fakat münferit bazı hükümlerde culpa in contrahendo sorumluluğunun esasını teşkil eden unsurlar mevcuttur⁵². TBK m. 47/I, c. 1'e göre "*Temsil olunanın açık veya örtülü olarak hukuki işlemi onamaması hâlinde, bu işlemin geçersiz olmasından doğan zararın giderilmesi, yetkisiz temsilciden istenebilir.*" Bu ihtimalde, yetkisiz temsilci ile sözleşmenin kurulmamasından dolayı zarara uğrayan kişi arasındaki sorumluluk, culpa in contrahendo esasına dayanmaktadır⁵³. Ayrıca culpa in contrahendo sorumluluğu, doktrin ve uygulamada da açıkça kabul edilmiştir⁵⁴.

⁵⁰ DEMİRCİOĞLU, s. 75; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 100; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 124.

⁵¹ KIRCA, s. 139-142; AKÇAAL, s. 73; *Taraflar arasındaki uyumsuzluk, bayilik sözleşmesi imzalanacağı inanç ve düşüncesi ile yapılan harcamalara ilişkin tazminat isteminden kaynaklanmaktadır. Başka bir anlatımla talebin dayanağı "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kuralıdır. Akit bir süreçtir. Taraflar akit kurulmadan önce akdin içeriği, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yapar. Bu görüşmelerin başlaması ile taraflar arasında hukuki ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir ve (MK.2/1) de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre taraflar görüşmeler esnasında akdin içeriği ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekir. Taraflar bu yükümlülüklerine kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlaması ile aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.*" (T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2005/2865 K. 2005/11959 T. 1.12.2005) (KAZANCI); İsviçre Federal Mahkemesi de söz konusu sorumluluğunun kaynağını dürüstlük kuralına dayandırmaktadır, bu yöndeki karar için bkz. BGE 105 II 75 S. 79.

⁵² HUGUENIN, N. 1529; ANTALYA, Borçlar 1, N. 1002; DEMİRCİOĞLU, s. 73; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 123; BAYGIN, s. 358.

⁵³ ANTALYA, Borçlar 1, N. 2592.

⁵⁴ TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 403-404; "*Kaldı ki, dava dilekçesinde sözleşmenin ifa edilmemesi yanında sözleşmenin kurulacağı ve ifa edileceğine güvenilerek sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa da dayanılmıştır.*"

2. Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Meselesi

a. Genel Olarak Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi

Yukarıda ifade edildiği üzere sözleşme öncesi görüşme, sözleşmenin meydana gelmesi açısından bir hazırlık safhası olarak görülmektedir. Sözleşme görüşmelerinin amacı, tarafların sözleşme yapıp yapmama kararının oluşmasına katkıda bulunmak üzere sözleşmenin faydalı ve elverişsiz yanlarını ortaya koymaktır⁵⁵. Bu safhada taraflar, sözleşme özgürlüğü gereğince sözleşme yapıp yapmamakta serbesttirler⁵⁶. Bu durum, kural olarak taraflara dilediği anda sözleşme görüşmelerinden çekilme imkânı vermektedir. Tarafların sahip olduğu bu imkân, sözleşme özgürlüğü ilkesinin doğal bir sonucudur. Fakat tarafların sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir hukuki işlemi yapıp yapmamak hususunda serbest

Doktrinde "culpa in contrahendo" olarak adlandırılan bu tür sorumluluğun da tazminat talebine dayanak yapılabileceği kuşkusuzdur. "(T.C. YARGITAY 19. HUKUK DAİRESİ E. 2005/1932 K. 2005/4790 T. 28.4.2005) (KAZANCI); benzeri yönde bkz. "Oysa; sav savunma, toplanan delil ve belgelerin ışığında bir değerlendirme yapıldığında olaya "akit görüşmelerinden doğan sorumluluk" (CULPA IN CONTRAHENDO) kurallarıyla bakılması gerektiğinde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır. Gerçekte de akit bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Akit kurulmadan önce taraflar; aktin muhtevası, şartları içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki akit benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. md. 2/1' de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında, görüşmecilerin aktin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Bk. Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: III, Ankara-1990, Sh. 306 vd.). Yanlar arasında sözleşmenin kurulması sırasında belirlenen maddi olgular açıklanan hukuk kuralları ışığında değerlendirildiğinde davacı Yüksel'in öğretmen olduğunu, o nedenle ticaretle iştiğal edemeyeceğini davalıya bildirmemekle dürüstlük kuralına uygun davranmadığının kabulü kaçınılmaz olmaktadır. O nedenle, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla vücut bulan güven ilişkisini anılan davacı ihlal ettiğinden, bundan doğan zarardan da sorumlu olduğunun kabulünde kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır." (T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 1995/9375 K. 1995/9860 T. 13.11.1995) (KAZANCI).

⁵⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 224; POHLMANN, s. 67.

⁵⁶ EREN, N. 957; HUGUENIN, N. 1540; DEMİRCİOĞLU, s. 195; ERNEST-KÖLBL, s. 113.

olmaları, tarafların sözleşme öncesi görüşmeler sırasında birbirlerine karşı olan koruma yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz⁵⁷.

Sözleşme görüşmelerinin başlaması ile taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulmuş olur. Bu ilişki, her ne kadar hukuki işlem olmasa da sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir⁵⁸. Müzakere eden bu kişiler arasındaki güven ilişkisi, TMK m. 2'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralı gereğince görüşmecilere koruma yükümlülükleri yükler⁵⁹.

Tüm bu hususlar, dürüstlük kuralının sözleşme özgürlüğü ilkesine getirilmiş bir sınır olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre; taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kendilerine tanıdığı imkânları kullanırken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdürler⁶⁰. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, tazminat sorumluluğu doğurur⁶¹.

b. Sözleşme Öncesi Görüşmelerin Kesilmesi Bakımından Culpa In Contrahendo Sorumluluğu

İrade serbestisi ilkesi gereğince ifade edildiği üzere sözleşme görüşmelerine başlayan kimsenin, amaçlanan sözleşmeyi mutlaka yapma

⁵⁷ MEDICUS, s. 159; REHM, s. 152,154,187; POHLMANN, s. 151; GONZENBACH, s. 95-96; ERNEST-KÖLBL, s. 113.

⁵⁸ ANTALYA, Borçlar 1, N. 974.

⁵⁹ EREN, N. 3529; MEDICUS, s. 156; FROST, s. 40; BAYGIN, s. 345; "Gerçekte de; sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi MK. m. 2/1'de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklere kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar (Fikret Eren, a.g.e., s. 1084, 306 vd., İlhan Uluslan, a.g.e., s. 286)" (T.C. YARGITAY 22. HUKUK DAİRESİ E. 2017/20291 K. 2018/28025 T. 24.12.2018) (KAZANCI).

⁶⁰ HUGUENIN, N. 1525, 1527; BGE 80 II 26 S. 43.

⁶¹ MEDICUS, s. 156; GONZENBACH, s. 15; ERNEST-KÖLBL, s. 116; BGE 132 III 24 S. 31.

zorunluluğu bulunmamaktadır⁶². Bu nedenle sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmiş olması, kural olarak bir sorumluluk nedeni oluşturmaz⁶³. Zira görüşmeler aşamasında ortaya çıkan hukuki ilişki, henüz bir kesinliğe ulaşmış değildir. Bu evrede sözleşme görüşmelerine başlayan herkes, bu görüşmelerin yarıda kesilebileceğini hesaba katmak zorundadır⁶⁴. Sözleşme serbestisi bunu gerektirmektedir. Fakat bu serbesti taraflara sınırsız bir özgürlük alanı sunmamaktadır. Taraflar bu bağlamda dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülüklerine her evrede riayet etmelidirler⁶⁵.

Sözleşme görüşmelerinin kesilmesi, kural olarak tazminat sorumluluğuna yol açmamaktadır. Sözleşme görüşmelerine başlanmış fakat görüşmeler bir tarafın objektif haklı bir nedene dayanmayan davranışı sonucu kesilmiş olabilir. Sözleşme yapılacağına dair uyandırılan güvenin bu şekilde boşa çıkarılmış olduğu durumlarda uğranılan zararlar, TMK m. 2 bağlamında tazmin edilmelidir. Dürüstlük kuralı bunu gerektirmektedir⁶⁶.

Tazminat yükümlülüğü, görüşmeleri kesen tarafın karşı tarafta uyandırdığı güveni ağır biçimde ihlal ettiği ya da sözleşme yapma niyeti olmaksızın diğer görüşmeciyeye zarar vermek amacıyla hareket ettiği hallerde ortaya çıkar. Burada zarar, sözleşmenin yapılmamış olmasından kaynaklanmamaktadır. Zarar sözleşme yapma niyeti bulunmayan ya da görüşmeleri yarıda kesen tarafın, karşı tarafta uyandırdığı güvenin boşa çıkması sonucunda gerçekleşmektedir⁶⁷.

Sözleşme görüşmelerinin yarıda kesilmesinin herhangi bir sorumluluk doğurup doğurmayacağı, yukarıdaki esaslar çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Şöyle ki görüşmeleri bir sözleşme

⁶² EREN, N. 3531; DEMİRCİOĞLU, s. 195; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 98; ANTALYA, Borçlar 1, N. 995.

⁶³ GÜVENÇ, s. 371.

⁶⁴ Hatta bu süreçte ortaya çıkan bütün zaman ve maddi kayıplara da kural olarak tarafların kendileri katlanacaktır. Bu yönüyle culpa in contrahendo sorumluluğu özel şartlara bağlı istisnai bir sorumluluktur, bkz. HUGUENIN, N. 1540.

⁶⁵ DEMİRCİOĞLU, s. 194-195; EREN, N. 3529; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 222-223.

⁶⁶ DEMİRCİOĞLU, s. 194-195; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 94; HUGUENIN, N. 1541-1542; POHLMANN, s. 153, 154; GONZENBACH, s. 15, 97. KÖLBL, s. 116.

⁶⁷ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 223.

kurmaksızın sona erdirme serbestisi ile görüşmelerin dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesilmesi yasağı arasında teorik açıdan bir sınır vardır. Bu sınır, her somut olayda müzakerelerin yoğunluğu, tarafların müzakereler için yaptığı tasarruflar ve benzeri kendine özgü koşullar değerlendirilerek tespit edilir⁶⁸. Söz gelimi taraflar, şekle tabi olan taşınmaz satış sözleşmesinin kurulmasına dair görüşmeler sırasında esaslı noktalarda mutabakat sağlamıştır. Aynı zamanda tarafların, sözleşmenin imzalanması için gerekli hazırlıkları da yapmış olduklarını farz edelim. Bu sırada taraflardan biri, sözleşmeyi imzalamaktan gerekçesiz olarak kaçınmış ve görüşmeleri yarıda kesmiş olsun. Böylesi bir olayda, görüşmeyi yarıda kesen taraf, görüşmenin kesilmesi sebebiyle uğranılan zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁶⁹. Hâlbuki misalde, bedel hususunda irade uyuşmasının sağlanamaması sebebiyle görüşmelerin kesilmesi durumunda, tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Her durumda sözleşme görüşmelerini sona erdirme serbestisi ile görüşmelerin dürüstlüğe aykırı biçimde yarıda kesilmesi yasağı arasındaki teorik sınırı hâkim belirler.

Sözleşme görüşmelerine katılanlar, görüşmelerin gelişimini dikkate alarak birbirlerine sözleşmenin kurulma, uygulama ve sona erme koşulları ile ilgili doğru bilgi vermelidirler. Ayrıca bilgisizlik veya yanlış anlaşılma sonucu ortaya çıkabilecek yanlışları ortadan kaldırmakla da yükümlüdürler. Hakeza taraflar, sözleşme öncesi görüşmeler evresinde birbirlerine karşı doğru, dürüst bir kişinin göstereceği özeni göstermek zorundadırlar. Görüşmecilerin, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi gerekmektedir⁷⁰.

⁶⁸ HUGUENIN, N. 1528; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 224; POHLMANN, s. 153; GONZENBACH, s. 97; BROX/WALKER, s. 301.

⁶⁹ Benzeri şekilde bir Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 128.

⁷⁰ EREN, N. 3529; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 94; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 124; KARABAĞ BULUT, s. 66-67; MEDICUS, s. 156; REHM, s. 189; BAYGIN, s. 354, 356; BROX/WALKER, s. 301.

IV. OLUMSUZ ZARAR VE ZARARIN KAPSAMI

A. Genel Olarak Zarar Kavramı

Zarar, kelime anlamı itibarıyla “bir kimse veya şeyin sebep olduğu kayıp, kötü sonuç, ziyan” olarak tanımlanmaktadır⁷¹. Günlük hayatta kullanılan anlam bu olmakla birlikte, çalışmamız açısından zararın hukuki bir kavram olarak neyi ifade ettiği önem arz etmektedir. Zarar, nitelik ve kapsam bakımından ortaya çıktığı hukuki ilişkiye göre değişiklik gösterir⁷². Bu özelliği, zarar kavramına, kanunî bir tanımın yapılamaması sonucunu doğurmuştur. Bu durum, Türk/İsviçre hukuk sisteminde olduğu gibi Alman hukuk sisteminde de geçerlidir. Sonuç olarak bahsi geçen hukuk sistemleri, zarar kavramına kanuni bir tanım getirmekten kaçınmıştır⁷³.

Zarar kavramı için kanuni bir tanımın getirilmemesi, aynı zamanda kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilinçli kaçınma hali, yapılabilecek bir tanımın sürekli değişen ihtiyaçlara cevap verememesi endişesinin ürünüdür. Böylece her hukuki ilişkinin yapısına göre değişken bir yapı arz eden zarar kavramının içini doldurma işi, doktrin ve yargı kararlarına bırakılmıştır⁷⁴. Kavram, doktrinde kendine bağlanan hukuki sonuçlara göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır⁷⁵. Olumlu- olumsuz zarar, doğrudan- dolaylı zarar, maddi- manevi zarar gibi ayrımlar ilk göze çarpan tasniflerdir.

B. Olumsuz Zarar

1. Genel Olarak

Olumsuz zarar, sözleşmenin kurulmasına veya geçerliliğine yahut ifasına ilişkin olarak karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılması

⁷¹ AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2010, s. 1378; YILDIRIM, Fadıl/BAŞPINAR, Veysel, “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof.Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s. 1094.

⁷² BÜYÜKSAĞIŞ, s. 45.

⁷³ Aynı yönde bkz. LANGE, Hermann, Handbuch des Schuldrecht, Schadensersatz, 2. Auflage, Tübingen, 1990, s. 27, 28.

⁷⁴ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 8; LANGE, s. 28, 37.

⁷⁵ Bkz. TANDOĞAN, s.69 vd.; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1265 vd.

nedeni ile oluşan zarar olarak nitelendirilmektedir⁷⁶. Başka bir deyişle, esasen hüküm ifade etmeyen borç ilişkisinin geçerli surette kurulduğuna yahut kurulacağına veya geçersizliğin bilinmesine rağmen ifa edileceğine dair oluşturulan haklı güven sebebi ile meydana gelen zarar, olumsuz zararı oluşturur. Bu sebeple, olumsuz zararı diğer zararlardan ayıran en önemli özelliğin, zarar verici olayın, uyandırılan güvenin boşa çıkarılması tarzında meydana gelmesi olduğu ifade edilmektedir⁷⁷.

Güven sorumluluğu durumunda haklı güvenin boşa çıkması nedeni ile meydana gelen zararın tazmini söz konusudur⁷⁸. Olumsuz zarar da güven sorumluluğundan kaynaklanan güven zararının bir görünüm biçimi olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁹. Sözleşme görüşmeleri ya da sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan olumsuz zarar, güven zararının somut bir uygulama örneğidir. Ne var ki güven zararı, sadece sözleşme görüşmeleri evresinde söz konusu olan culpa in contrahendo sorumluluğundan ibaret değildir. Çünkü güven sorumluluğu, sadece sözleşme görüşmeleri aşamasında değil, sözleşmenin kurulması ve sonrasında da söz konusu olan bir üst kavramdır⁸⁰. Buna göre olumsuz zararın, güven zararının bir alt başlığı olduğu söylenebilir⁸¹.

2. Culpa In Contrahendo ile Olumsuz Zarar İlişkisi

Zarar türleri açısından yapılan tasnife göre culpa in contrahendo kaynaklı sorumluluk halinde hangi nevi zararın tazmininin gerektiği de değerlendirilmelidir. Sözleşme öncesi görüşmelerin kesilmesi nedeni ile uğranılan zarar, taraflardan birinin amaçlanan sözleşme ile hukuken bağlanacağına inanması ve bu inanın boşa çıkması sebebi ile gördüğü

⁷⁶ TANDOĞAN, s. 427; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1268; ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 3014; YILDIRIM/BAŞPINAR, s. 1096-1097; “Menfi zarar uygulanacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin yerine getirilmemesi sonucu güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır.” (T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2019/2120 K. 2019/4525 T. 12.11.2019) (KAZANCI).

⁷⁷ YILDIRIM/BAŞPINAR, s. 1097; DEMİRCİOĞLU, s. 263-264; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 39; BAYGIN, s. 362.

⁷⁸ KIRCA, s. 136; DEMİRCİOĞLU, s. 162; KALKAN OĞUZTÜRK, s. 53, 60.

⁷⁹ ANTALYA, Borçlar 3, N.1908-1909.

⁸⁰ KIRCA, s. 137; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 48.

⁸¹ GONZENBACH, s. 199.

zarardır. Bu tür zararlar, olumsuz zarar olarak nitelendirilmektedir⁸². Bu sebeple culpa in contrahendo sorumluluğunun var olduğu hallerde kural olarak olumsuz zarar tazmin edilir⁸³. Zira sözleşme görüşmelerinin kesilmesi sonucu oluşan zarar, taraflardan birinin amaçlanan sözleşme ile bağlanacağına olan inancının boşa çıkarılmasından kaynaklanmaktadır⁸⁴.

Culpa in contrahendo sorumluluğunun bulunduğu durumlarda kural olarak olumsuz zararın tazmini genel kabul görmektedir⁸⁵. Ancak münferit olarak culpa in contrahendo sorumluluğunu düzenleyen bazı kanun hükümleri, istisnai hallerde olumlu zararın tazminine de imkân sağlamaktadır⁸⁶. Misal, TBK m. 47/II uyarınca hakkaniyet gerektiriyorsa, kusurlu yetkisiz temsilci, sözleşmenin kurulmaması sebebiyle zarar görenin diğer zararlarını, olumlu zararlarını da gidermekle yükümlüdür. Ayrıca doktrinde bir görüş, bu hükümlerden hareketle hakkaniyet gerektiren herhâlde culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında da olumlu zararın giderilmesi gerektiğini savunmaktadır⁸⁷. Bu görüşe göre de culpa in contrahendo sorumluluğu durumunda kural olarak olumsuz zararın talep edilmesi gerekir. Ancak hakkaniyet gerektiriyorsa, hâkim olumlu zarara hükmetmek noktasında takdir hakkına sahiptir. Yine doktrinde bir görüş, culpa in contrahendo sorumluluğunun bulunduğu her durumda

⁸² OĞUZMAN/ÖZ, N. 1270; YILDIRIM/BAŞPINAR, s. 1097; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 39-40, 118; LANGE, s. 65.

⁸³ HUGUENIN, N. 1554; İsviçre Federal Mahkemesi de culpa in contrahendo sorumluluğu durumunda olumsuz zararın tazmininin gerektiği görüştedir, bu yönde bkz. BGE 105 II 75 S. 81.

⁸⁴ GONZENBACH, s. 199; DEMİRCİOĞLU, s. 264; BAYGIN, s. 362-363.

⁸⁵ Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında bedensel ve malvarlığı zararlarının giderilip giderilmeyeceği tartışmalıdır. Bu noktada kimi yazarlara göre beden ve malvarlığına yönelik zararlarda haksız fiile başvurmak gerekmekte olup, culpa in contrahendo yalnız salt ekonomik zararlar içindir. Bkz. HUGUENIN, N. 1550; Culpa in contrahendo sorumluluğunun salt ekonomik zararlar dışında bedensel ve malvarlığı zararlarını da kapsadığı yönünde bkz. DEMİRCİOĞLU, s. 246-247; BÜYÜKSAÇIŞ, s. 125-126.

⁸⁶ Bkz. ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 917 vd.

⁸⁷ HUGUENIN, N. 1555; ERGÜNE, Culpa in Contrahendo, s. 919, yazar bu noktada kanunda culpa in contrahendo olarak nitelendirilebilecek hallerde açıkça olumlu zararın tazminine imkân veren hükümlerin kıyasen uygulanmasını savunmaktadır.

olumlu zararın tazmininin gerektiğini savunmaktadır⁸⁸. Bu görüşü göre, culpa in contrahendo sorumluluğunun var olduğu hallerde tıpkı TBK m. 112'de olduğu gibi olumlu zararın tazmini yoluna gidilmelidir.

C. Olumsuz Zararın Kapsamı

1. Genel Olarak

Borçlunun fiili dolayısıyla zarar gören kimsenin uğradığı olumsuz zararın hesaplanmasında en önemli husus, zararın kapsamının ortaya konulmasıdır. Zarar görenin, bir başka deyişle tazminat alacaklısının, zarar verici olay hiç olmasaydı içinde bulunacağı durumunun yeniden tesisi olumsuz zararın tazmini ile gerçekleşmektedir⁸⁹. Olumsuz zarar, sözleşmesel alana dair olup⁹⁰ ancak bu bağlamında tartışılabilen bir zarar türüdür. Cismani bütünlüğe veya doğrudan malvarlığı değerlerine yönelik ihlaller neticesinde ortaya çıkan zararlar, bu kavramın dışındadır⁹¹.

Bir borç ilişkisinin hükümsüzlüğü yüzünden, bu borç ilişkisine güvenen kimsenin malvarlığının aldığı fiili durum ile güvenen kimsenin malvarlığının, zarar verici olay hiç gerçekleşmeseydi içinde bulunacağı farazi durum arasındaki fark, uğranılan olumsuz zarar miktarını vermektedir⁹². Bir başka deyişle, esas olarak; kendisinde bir sözleşmenin kurulacağına yönelik güven uyandırılan kimsenin, sözleşmenin kurulması, borçların ifası ve oluşan fiili durumun tasfiyesine yönelik yapmış olduğu harcamalar olumsuz zarar kapsamına girmektedir. Böylece, olumsuz zarar talebi ile zarar gören taraf, amaçlamış olduğu borç ilişkisinin hüküm ifade edeceği veya etmeye devam edeceği yönünde karşı tarafın kendisinde yaratmış olduğu güvenin boşa çıkarılmasından kaynaklanan kayıplarının giderilmesini istemektedir⁹³.

⁸⁸ ANTALYA, Borçlar 3, N. 1317.

⁸⁹ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1268; HUGUENIN, N. 872, 1554; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 38-39.

⁹⁰ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1282; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 26 vd.

⁹¹ Bu nevi zararlar, sözleşmesel menfaatlerin değil "bütünlük menfaatlerinin" ihlalinin doğan ve olumlu ya da olumsuz zarar içerisinde değerlendirilemeyen zararlardır. Bu yönde bkz. ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 32.

⁹² ANTALYA, Borçlar 3, N. 3033; BAYGIN, s. 362.

⁹³ ANTALYA, Borçlar 3, N. 3015; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 287.

Olumsuz zararın kapsamı tespit edilirken zarar ile zarara sebebiyet veren olay arasındaki uygun illiyet bağının varlığı mutlaka aranır. Buna göre güvenin ihlali yüzünden meydana geldiği ispat edilebilen her zarar, olumsuz zararın içeriğine dahil olacaktır⁹⁴. Bu sebeptendir ki olumsuz zarar kalemini oluşturabilecek her malvarlığı kaybının teker teker sayılması mümkün değildir⁹⁵. Ancak uyandırılan güvene ile arasında uygun illiyet bağı bulunan bazı zarar kalemleri “fiili zarar” ve “yoksun kalınan kâr” başlıkları altında aşağıdaki gibi incelenebilir⁹⁶.

a. Fiili Zarar

Olumsuz zararın kapsamına giren ilk kalem, fiili zararlardır⁹⁷. Fiili zarar, zarar verici olay nedeni ile malvarlığında oluşan rıza dışı miktar ve değer azalması olarak tanımlanabilir⁹⁸. Fiili zararların bir liste olarak sunulması güçtür. Bu sebeple fiili zararlar temel olarak üç ana başlık altında toplanır. İlk olarak “amaçlanan sözleşmeyi kurmaya yönelik olarak doğrudan doğruya yapılan masraflar”, olumsuz zararın içeriğinde yer alan en tipik fiili zarar kalemi olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁹. Bunlar; sözleşme öncesi görüşmelerin kesilmesi, sözleşmenin tamamlanamaması ve hükümsüz olarak kurulan sözleşme için yapılan harcamalardır. Bu bağlamda noter harçları, pul ve posta giderleri, telefon ve seyahat masrafları, vergiler, sözleşmenin kurulmasına aracılık eden komisyoncuya, fikir danışılan hukuk danışmanına ödenen ücretler gibi giderler sözleşme öncesi görüşmelerin kesilmesinden doğan olumsuz zarar kalemlerine misal olarak gösterilebilir¹⁰⁰. Yargıtay da olumsuz zararın kapsamına, ilk olarak sözleşmenin ifa

⁹⁴ HUGUENIN, N. 1556; DEMİRCİOĞLU, s. 263; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 287; GÜVENÇ, s. 398.

⁹⁵ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 288.

⁹⁶ “Menfi zararın hesabında yüklenicinin işi üstlendiği fiyatla, yeni fiyatlar arasındaki farkın alınması doğru değildir. Menfi zarar; a) Fiili zararlar (sözleşmenin kurulması, işin görülmesi için yapılan giderler, ör: noter, posta giderleri ...) b) Yoksun kalınan kazançlardır.” (T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 1991/4076 K. 1992/1584 T. 26.3.1992) (KAZANCI). Olumsuz zararlar kalemleri için ayrıca bkz. TANDOĞAN, s. 427-428; KUTLU SUNGURBEY, s. 146 vd.; YILDIRIM/BAŞPINAR, s. 1098.

⁹⁷ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1284; HUGUENIN, N. 874.

⁹⁸ EREN, N. 1634; OĞUZMAN/ÖZ, N. 1284; YILDIRIM/BAŞPINAR, s. 1096; BÜYÜKSAGIŞ, s. 84.

⁹⁹ TANDOĞAN, s. 427; ANTALYA, Borçlar 3, N. 3037.

¹⁰⁰ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 289.

edileceğine güvenilerek yapılan harcamaların gireceğini belirlemiştir. Böylece olumsuz zararın öncelikle fiilen yapılan harcamalar, “fiili zararlar” kaleminden meydana geldiği saptanmıştır¹⁰¹.

Yine “sözleşmenin kurulduğuna inanan yahut kurulacağına güvenen taraf bu sözleşmenin ifasına yönelik olarak masraflar” yapacaktır. Bu nevi masraflar da fiili zararın kapsamına girecek diğer bir kalemdir¹⁰². Doktrinde bu nevi zararlara örnek olarak sözleşme konusunun nakliyesi için yapılan masraflar, devir-tescile dair masraflar, malın sigortasına dair primler, gümrük masrafları, ifa için bankadan temin edilen kredilere ilişkin faiz ödemeleri, bir eser sözleşmesi için araziyi düzeltme ve şantiye kurma masrafları, mimari proje çizdirme masrafları gibi giderler gösterilmektedir¹⁰³.

Son olarak “kurulan yahut kurulduğu düşünülen sözleşme sebebiyle yerine getirilen edim yahut bu sözleşmeye dayalı giderler” de olumsuz zarar içerisindeki fiili zarar kalemini oluşturur. Bir sözleşmenin kurulduğuna inanan kimsenin yerine getirdiği edim malvarlığından çıkmış bir değer olması sebebiyle elbette olumsuz zarar içerisinde yer alır¹⁰⁴. Yine sözleşmeye dayalı olarak üçüncü kişilere karşı ortaya çıkan sorumluluklar, söz gelimi ceza koşulu ödemeleri¹⁰⁵ ile oluşan fiili ilişkinin tasfiyesine dair her nevi gider de fiili zarar olarak nitelendirilebilecektir¹⁰⁶.

b. Yoksun Kalınan Kâr

Olumsuz zararı oluşturan diğer bir kalem ise yoksun kalınan kârdır. Hüküm ifade edeceğine¹⁰⁷ veya kurulacağına güvenilen sözleşme

¹⁰¹ T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2003/1716 K. 2003/4880 T. 20.10.2003 (KAZANCI); T.C. YARGITAY 15. HUKUK DAİRESİ E. 2003/5347 K. 2004/2196 T. 19.4.2004 (KAZANCI).

¹⁰² TANDOĞAN, s. 428; ANTALYA, Borçlar 3, N. 3037; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 291.

¹⁰³ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 291.

¹⁰⁴ ANTALYA, Borçlar 3, N. 3037.

¹⁰⁵ Ceza koşulu ödemelerinin culpa in contrahendo sorumluluğu bağlamında olumsuz zarar kapsamında olduğu yönünde bkz. BGE 140 III 200.

¹⁰⁶ ANTALYA, Borçlar 3, N. 3037.

¹⁰⁷ “Davacı, taahhüdünü yerine getirmeyerek sözleşmenin feshine neden olan davalıdan bu yüzden uğradığı olumsuz zararının ödetilmesini isteme hakkına sahiptir. Ancak zararın ne şekilde belirlenmesi gerektiği önem kazanmaktadır. Burada olumsuz zararın miktarı

yüzünden, zarar gören kişi aynı şartlarla ya da daha elverişli koşullarla başka bir sözleşme yapma fırsatını kaçırılmış ve bu sebeple kârdan mahrum kalmış ise uğranılan bu kayıp yoksun kalınan kâr olarak ifade edilir¹⁰⁸. Culpa in contrahendo sorumluluğu noktasında, kaçırılan sözleşme fırsatları da yoksun kalınan kâr kalemi olarak olumsuz zarar içerisinde, zarar verenden talep edilebilir¹⁰⁹.

Yoksun kalınan kâr ile duyulan güven arasında bir illiyet bağının bulunması gerektiği, açıktır¹¹⁰. Bu noktada illiyet bağı sözleşmenin kurulacağına veya geçerli kurulduğuna dair kişinin duyduğu güvenle ilişkilendirilir. Şöyle ki eğer taraflar arasında sözleşme görüşmeleri yapılmıyorsa, güvenen kişi aynı veya daha elverişli teklifleri kaçırmayacaktı. Bu sebeple, kaçırılan diğer sözleşme fırsatlarının getireceği muhtemel kazanç bir başka ifadeyle yoksun kalınan kâr, güvenin boşa çıkmasının sonucu olup, zarar ve fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmaktadır¹¹¹.

belirlenirken, kural olarak kaçırılan fırsat ilkesi çerçevesinde, her bir davalı açısından kendisinden sonraki en iyi ikinci fiyat teklifiyle, makul sürede yöntemince yapılmış sonraki ihalede gerçekleşen fiyat arasındaki farkın değerlendirilmesi gerekir. Öğreti ve uygulamada menfi zarar, "uyulacağına ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması nedeniyle uğranılan zarar" olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da menfi zarar kapsamında değerlendirilmektedir. Davacının menfi zararının saptanmasında, davalı açısından, davalının teklifinden sonraki en iyi teklif ile sonraki ihale fiyatı arasındaki fark esas alınmalıdır. Değişilen bu hususlar doğrultusunda belirlenen bedel davacının olumsuz zararını gösterir." (T.C. YARGITAY 3. HUKUK DAİRESİ E. 2017/6160 K. 2019/2789 T. 1.4.2019) (KAZANCI).

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, N. 1285; ANTALYA, Borçlar 3, N. 3043; HUGUENIN, N. 874; ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 301; GONZENBACH, s. 213; "Davacı, sözleşme konusu malı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat), o kişiye yapılabileceği varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı, yani menfi zararını ister." (T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 1989/13-392 K. 1990/1 T. 17.1.1990) (KAZANCI).

¹⁰⁹ "Sözleşmenin geçerliliğine ifa edileceğine inanılarak başka bir sözleşme yapma fırsatının kaçırılması nedeniyle uğranılan zarar da olumsuz zarar kapsamında değerlendirilmektedir." (T.C. YARGITAY 13. HUKUK DAİRESİ E. 1995/1133 K. 1995/1891 T. 27.2.1995) (KAZANCI).

¹¹⁰ ANTALYA, Borçlar 3, N.3038.

¹¹¹ ERGÜNE, Olumsuz Zarar, s. 303.

2. Culpa In Contrahendo Sorumluluğunda Zarar Görenin

Kusuru

Edim yükümlülüğünden kaynaklanmamasına rağmen culpa in contrahendo sorumluluğunda da tarafların “birlikte kusurundan” bahsetmek mümkündür. Gerçekten de bir sözleşmeye ait müzakerelerin tarafların karşılıklı kusurları ile sona ermesi imkân dahilindedir. Bu halde bir tarafın kusurunun var olması onun tazminat talebinde bulunmasına ilke olarak engel değildir. Nitekim doktrinde zarar görenin kusuru, tazminat indirim sebebi olarak görülmektedir¹¹². Ancak eğer zarar görenin kusuru zararın oluşması açısından, zarar verenin eylemi ile zarar arasındaki illiyet bağıni kesecek yoğunluktaysa, zarar veren tazminat yükümlülüğünden kurtulmaktadır¹¹³. Yine birlikte kusur halinde tarafların kusurları eşit ise baskın görüşe göre ilke olarak bu, tazminat sorumluluğunu ortadan kaldırmaz¹¹⁴. Kanaatimizce birlikte kusurda, culpa in contrahendo sorumluluğu açısından bu genel esaslardan farklı düşünülmesini gerektiren bir hal söz konusu değildir. Ne var ki İsviçre Federal Mahkemesi birlikte kusur halinde, tarafların kusurlarının denk olması noktasında farklı düşünmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre culpa in contrahendo sorumluluğu bakımından taraflarının kusurlarının denk olması durumunda tazminat sorumluluğu doğmaz¹¹⁵.

SONUÇ

1. Modern hukuk, borç ilişkisi kavramını gelişen ihtiyaçlar çerçevesinde ele alarak değerlendirmiş, borç ilişkisinin edim yükümlülükleri ve koruma yükümlülüklerinden oluştuğu sonucuna varmıştır. Edim yükümlülüğü, tamamen sözleşmenin somut içeriği ile alakalıdır ve esas olarak tarafların karşılıklı iradelerinden doğmaktadır. Bu yönü ile kurulmamış ya da geçersiz hale gelmiş bir sözleşmeden herhangi bir edim yükümlülüğü doğmayacaktır. Koruma yükümlülükleri ise taraf iradelerinden bağımsız doğarlar. İşlem temasına girişen taraflar arasında oluşan güven

¹¹² TANDOĞAN, s. 318; EREN, N. 2397.

¹¹³ TANDOĞAN, s. 318; EREN, N. 2396.

¹¹⁴ BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012, s. 137.

¹¹⁵ BAYSAL, s. 137; BGE 106 II 36.

ilişkisi, taraflara, koruma yükümlülükleri yükler. Bu yükümlülükler, işlem temasının gerçekleşmesi ile kendiliğinden ve kanun gereği doğarlar.

2. İşlem teması, basit sosyal bir temasın ötesinde anlam ifade etmektedir. Burada, tarafların hukuki değer ve menfaatlerini birbirlerinin etkisine ve özellikle diğer tarafın hâkim olduğu bir alana açması sonucunu doğuran özel hukuki bir temas söz konusudur. Güven ilişkisini gerçekleştiren özel hukuki temas, sözleşme öncesinde, sözleşmenin ifası aşamasında ve sözleşmenin ifasından sonra mevcut olabilir.

Sözleşme öncesi görüşmeler, sözleşme ilişkisi içine girmek isteyen taraflar açısından ilk özel hukuki temastır. Bu ilk temas, taraflara koruma yükümlülükleri yüklemektedir. İşte culpa in contrahendo, taraflar arasında geçerli bir sözleşme kurulmadan önce ilk özel hukuki temas ile başlayan koruma yükümlülüklerinin ihlalinden doğan sorumluluk halini ifade etmektedir.

3. Sözleşme öncesi görüşmelerin taraflardan birinin objektif haklı bir nedene dayanmayan davranışı sonucu kesilmiş ve sözleşme yapılacağına dair uyandırılan güvenin bu şekilde boşa çıkarılmış olduğu durumlarda da oluşan zarar, culpa in contrahendo sorumluluğu çerçevesinde tazmin edilmelidir.

4. Sözleşme öncesi görüşmelerin kesilmesi nedeni ile uğranılan zarar, taraflardan birinin amaçlanan sözleşme ile hukuken bağlanacağına inanması ve bu inanın boşa çıkması sebebi ile gördüğü zarardır. Bu zarar, olumsuz zarar olarak nitelendirilmektedir. Zira olumsuz zarar, sözleşmenin kurulması, geçerliliği veya ifasına ilişkin karşı tarafta uyandırılan güvenin boşa çıkarılması sebebiyle oluşan zarardır.

5. İlk işlem temasından itibaren karşı tarafta uyandırılan güvenin ihlali ile illiyet bağı içerisinde bulunun her zarar kalemi olumsuz zarar kapsamında değerlendirilir. Bu sebeple her bir zarar kaleminin sayılması mümkün olamayacağından, bunlar fiili zarar ve yoksun kalınan kâr başlıkları altında toplanmıştır.

KAYNAKLAR

- AKÇAAL, Mehmet, Sözleşme Sonrası Sorumluluk, 1. Baskı, Mayıs 2018.
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 1, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019. (Borçlar 1)
- ANTALYA, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1, 3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019. (Borçlar 3)
- AYVERDİ, İlhan, Misalli Büyük Türkçe Sözlük, İstanbul 2010.
- BAYGIN, Cem, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2 (2000), s. 345-377.
- BAYSAL, Başak, Zarar Görenin Kusuru, İstanbul 2012.
- BROX, Hans ve WALKER, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schulrecht, Grundrisse des Recht, 34. Auflage, München 2010.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem, Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.
- DEMİRCİOĞLU, Huriye Reyhan, Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo Sorumluluğu), Ankara 2009.
- EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019.
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğunda Olumlu Zararın Tazmini", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 909-926. (Culpa in Contrahendo)
- ERGÜNE, Mehmet Serkan, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008. (Olumsuz Zarar)
- ERNST-KOLBL, Michael, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Niederle Media 2008.
- FROST, Marina, Vorvertragliche und Vertragliche Schutzpflichten, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 63, Ducker und Humolt/Berlin 1981.
- GONZENBACH, Rainer, Culpa in Contrahendo im schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1987.

- GÜVENÇ, Özgür, "Culpa in Contrahendo Sorumluluğu Bağlamında Sözleşme Görüşmelerinin Kesilmesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Y. 2014, S. 3-4, s.363-405.
- HEHLI, Christoph, Die Alternativen Rechtsbehelfe des Käufers unter besonderer Berücksichtigung der Haftung aus Culpa in Contrahendo, Band 33, Zürich 2008.
- HUGUENIN, Claire, Obligationenrecht- Allgemeiner und Besonderer Teil, Zürich 2012.
- KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul 2008.
- KARABAĞ BULUT, Nil, Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul 2009.
- KAŞAK, Fahri Erdem, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, İstanbul 2019.
- KIRCA, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk, Ankara 2004.
- KUTLU SUNGURBEY, Ayfer, Yetkisiz temsil Özellikle Culpa in Contrahendo - Sözleşme Görüşmesinde Kusur ve Olumsuz Zarar, İstanbul 1988.
- LANGE, Hermann, Handbuch des Schuldrecht, Schadensersatz, 2. Auflage, Tübingen, 1990.
- MEDICUS, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg 1982.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Güncellenip, Genişletilmiş 16. Bası, İstanbul 2018.
- POHLMANN, Andre, Die Haftung wegen Verletzung von Aufklärungspflicht, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 268, Dunker und Humboldt/ Berlin 2002.
- REHM, Gebhard M., Aufkärungspflichten im Vertragsrecht, Münchener Universitätsschriften Reihe der Juristischen Fakultät, Band 179, München 2003.
- SEROZAN, Rona, "Sözleşmenin müspet ihlali ve culpa in contrahendo", İstanbul Üniversitesi MHAD, No. 18, İstanbul 1990, s. 27-42.
- TANDOĞAN, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

YILDIRIM, Fadıl/BAŞPINAR, Veysel, “Doktrin ve Uygulama Açısından Türk-İsviçre Hukukunda Doğrudan Doğruya ve Dolaylı Zarar Ayrımı”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.1093-1125.



İŞÇİ STATÜSÜNE SAHİP OLMAMAKLA BİRLİKTE 5510 SAYILI KANUNDA KISMÎ SİGORTALI SAYILAN KİŞİLER

Dr. Öğr. Üyesi Merda Elvan TUNCA*

Öz

Günümüzde çalışma hayatında işyerlerinde sadece işçiler bulunmaz; işyerinde bulunmakla birlikte doğrudan üretim sürecine katılmayan çalışanlar da olabilir. Bu tür çalışanların kurduğu hukuki ilişki, eğitim amaçlı ya da kamu hukukundaki bir zorunluluktan kaynaklanabilir. İşçilerle birlikte aynı çalışma ortamında bulunan bu çalışanlar da iş kazası ve meslek hastalıkları riski altındadır. İş kazası ve meslek hastalıklarını meslekî risk olarak dikkate alan ve bu risklere karşı sigorta kolunun düzenlendiği 5510 sayılı kanunda işçiler, tam sigortalı sayılmıştır.

İşyerinde işçi niteliğine sahip olmayan çalışanlar, çıraklar, stajyer, işyerinde eğitim amaçlı bulunan diğer öğrenciler, üretim sürecine doğrudan katkı sağlamayan öğrenciler ve ceza infaz kurumlarındaki tutuklu ve hükümlülerdir. Çalışmamızda, bu tür çalışanların niteliği, hangi mevzuata tabi oldukları ve iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanmaya ilişkin ilkeler incelenecektir.

Anahtar Kelimeler

İş Kazası • Çırak • Stajyer • Tutuklu • Hükümlü

* Dr. Öğr. Üyesi, Pamukkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, Denizli, Türkiye | Asst. Prof., Pamukkale University, Faculty of Law, Department of Business and Social Security Law, Denizli, Turkey.

✉ mtunca@pau.edu.tr • ORCID 0000-0001-9658-6568

📄 **Atıf Şekli** | Cite As: TUNCA, Merda Elvan, "İşçi Statüsüne Sahip Olmamakla Birlikte 5510 Sayılı Kanunda Kısmî Sigortalı Sayılan Kişiler", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 777-818.

🔍 **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

THE PERSONS WITH PARTIAL INSURANCE IN THE ACT NO 5510 WITHOUT AN EMPLOYEE STATUS

Abstract

Not only do the employees work at the workplace, but also some persons who do not directly participate in the production process in today's world. The legal relationship established by such persons may result from an imperative in education or public law. These workers or students, who are in the same working environment with the employees, are also at the risk of work accidents and occupational diseases.

The persons who do not qualify as employees in the workplace are apprentices, trainees, other students in the workplace for educational purposes, students who do not directly contribute to the production process, and prisoners and convicts in the penal institutions. In our study, the legal character of such persons, which legislation they are subject to and the principles regarding benefiting from the accident insurance and occupational disease branch will be examined.

Key Words

Work Accident • Apprentice • Trainee • Prisoner • Convict

I. GİRİŞ

Üretimin en temel unsuru olan işgücü, sanayileşme faaliyetleri ve teknolojik gelişmelerden etkilenir; kitlesele üretime yönelen üretim süreci içinde çalışanların sağlık ve güvenliği risk altındadır¹. İş kazaları, güvensiz çalışma davranışları ve güvensiz çalışma koşulları nedeniyle gerçekleşebilir. İş kazalarının ortaya çıkış nedenleri, ülkenin sanayileşmesine, işletme türlerine, istatistik ve araştırmalarının düzeylerine, denetim hizmetlerine, çalışanların niteliklerine ve iş güvenliği bilincine göre değişiklik gösterir². İş kazaları, çalışan, işyeri, toplum ve ülke ekonomisi açısından bazı sonuçlara sahiptir. Ancak iş kazasının sonuçlarından en yakın ve ağır derecede etkilenecek olan kazayı geçiren çalışandır³. İş

¹ KAPLAN, Mete/ÇALLI KAPLAN, Melike: "Türkiye'de Çalışanların Demografik Özelliklerinin İş Kazalarına Etkilerinin Analizi", Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 2, s. 74-89.

² KAPLAN/ÇALLI KAPLAN, s. 77.

³ KAPLAN/ÇALLI KAPLAN, s. 80. İş kazaları ve meslek hastalıklarının başlıca nedenleri için bkz. GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANIKLIOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş. 17. Bası, İstanbul, 2018, s. 340 vd.

kazaları ve meslek hastalıkları çalışma hayatının küresel sorunları arasındadır ve iş kazaları hakkındaki düzenlemeler sosyal sigorta kanunlarının oluşturulmasından önce ve bu kanunlardan bağımsız olarak yapılmıştır⁴. İş kazası ve meslek hastalığına ilişkin sosyal sigorta sistemleri, gelişmekte olan ülkelerde İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra kurulmaya başlanmıştır⁵.

Türkiye'de 1945 yılında ilk uygulamaya konulan⁶ sigorta kolu iş kazası ve meslek hastalığı sigortası koludur. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu⁷ sosyal güvenliğin ekonomik boyutunu ön plana alarak bu kavramın sosyal boyutunu geride bırakan bir kanun olması nedeniyle eleştirilmekle⁸ birlikte iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu kapsamında olanlar bakımından geniş kapsamlı bir düzenlemeye sahiptir.

Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın 2020 yılında yayınlanan 2018 yılına ait istatistiklerine göre, 5510 sayılı Kanununun m. 4/I, a) bendi kapsamında sigortalı sayılanların geçirdiği iş kazası sayısı, 430.985, 4/I, b) bendi kapsamında sigortalı olanların geçirdiği iş kazası sayısı ise 291'dir⁹. Ülkemizde her gün bine yakın iş kazası geçirilmesi, bu kavramın önemini iş hukuku ve sosyal güvenlik bakımından arttırmaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü (UÇÖ) verilerine göre, iş kazası veya meslek hastalıkları, yılda 2,78 milyondan fazla ölüme yol açmakta; dört günden fazla iş görmezlikle sonuçlanan iş kazası kaynaklı ölümcül olmayan yaralanmalar ise yılda 374 milyondur¹⁰.

5510 sayılı Kanun bakımından kişilerin sigortalılığı, tüm sigorta kolları bakımından sigortalı sayılanlar (tam sigortalı) ve bazı sigorta

⁴ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 337.

⁵ KARADENİZ, Oğuz: "Dünya'da ve Türkiye'de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği", Çalışma ve Toplum, 2012/3, S. 34, s. 17.

⁶ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 338.

⁷ RG, 16.06.2006, 26200.

⁸ CANBOLAT, Talat: "Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri", Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 16.

⁹ http://www.sgk.gov.tr/wps/portal/sgk/tr/kurumsal/istatistik/sgk_istatistik_yilliklari (Erişim Tarihi: 10.03.2020).

¹⁰ <https://www.ilo.org/global/topics/safety-and-health-at-work/lang--en/index.htm> (Erişim Tarihi: 11.03.2020).

kollarının uygulanacağı kişiler (kısmen sigortalılar) olmak üzere ikili bir ayrıma göre düzenlenmiştir¹¹. Tam sigortalılar, işçiler, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlileridir. 5510 sayılı Kanunda ayrıca sigortalı sayılmayanlar da düzenlenmiştir. (m. 6).

Doktrinde, sosyal sigorta kolları uzun vadeli sigorta kolları ve kısa vadeli sigorta kolları olmak üzere ikili ayrıma göre incelendiği gibi¹², sigorta kolları, özel yaşamdan kaynaklanan riskleri konu edinen sigorta dalları, mesleki riskleri konu edinen sigorta dalları ve kaçınılmaz bir riske karşı önlem olarak değerlendirilen yaşlılık sigortası olarak üç başlık altında da incelenmektedir¹³. 5510 sayılı Kanunun da özellikleri arasında sigorta kollarını esas alan “risk temelli” bir sosyal sigorta sistemi kurmayı amaçlayan bir kanun olduğu belirtilmiştir¹⁴.

Kısa vadede ortaya çıkan risklerden oluşan ve fon biriktirme esasına dayanmayan kısa vadeli sigorta kolları, 5510 sayılı Kanunda, “İş kazası ve meslek hastalığı, hastalık ve analık sigortası kolları” olarak teknik olarak tek bir sigorta kolu gibi¹⁵ yer alır(m. 3/4). İş kazası, meslek hastalığı, analık ve hastalık sigorta kolları bakımından 5510 sayılı Kanun, her bir sigorta kolu bakımından yapılacak yardımları olayın özelliğine göre bazen ayrı bazen ortak maddelerde düzenlemiştir¹⁶.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortası, geçici veya sürekli gelir kaybına uğrayan sigortalıya veya onun yakınlarına parasal yardımlar sağlayan sigortalardır. İş kazası ve meslek hastalığı mesleki risk niteliğinde olmaları¹⁷ ve benzer bazı özelliklere sahip olmaları nedeniyle 5510 sayılı Kanunda birbirini tamamlar nitelikte düzenlenmiştir. Ancak her

¹¹ SÖZER, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2019, s. 69.

¹² GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 349; TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2016, s. 363 vd; ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, 2019, İstanbul, s. 219 vd.

¹³ SÖZER, s. 231 vd.

¹⁴ ALPER, s. 58.

¹⁵ CANİKLİOĞLU, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 52; CANBOLAT, s. 17.

¹⁶ CANİKLİOĞLU, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 52

¹⁷ SÖZER, s. 299 vd.

iki kavramı da birbirinden ayıran en önemli özellik, iş kazasının ani bir olay sonucu, meslek hastalığının ise yavaş yavaş ortaya çıkmasıdır¹⁸.

5510 sayılı Kanun gereğince iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına kural olarak, işçiler (m. 4/I, a), bağımsız çalışanlar (m. 4/I, b), Kanunun 4. maddesinin ikinci fıkrası gereğince 4/I, a bendi bakımından sigortalı sayılanlar ve 4. maddenin III. fıkrası gereğince m. 4/I, b bakımından sigortalı sayılanlar girer. Kamu görevlileri, 5510 sayılı Kanundaki iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamı dışında bırakılmıştır. Bu çalışanlar bakımından 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu¹⁹ndaki vazife malullüğü (kazası), harp malullüğü ve vazife (meslek hastalığı)na ilişkin hükümler uygulanacaktır²⁰.

5510 sayılı Kanunda, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına girecek olan sigortalılar, sadece m. 4/I, a bendi ve aynı fıkranın 4/I, b bendindeki sigortalılar değildir. 4. maddenin ikinci fıkrası gereğince m. 4/I, a bendi bakımından sigortalı sayılanlar ve m. 4/I, b bakımından sigortalı sayılanlar ve 5. maddede iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları bakımından kısmî sigortalı sayılanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kollarının kapsamına alınmıştır. İş kazası ve meslek hastalığı nedeniyle hak sahiplerine verilecek ödenekler de 5510 sayılı Kanunda düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanunla birlikte, Mesleki Eğitim Kanunu, Yükseköğretim Kanunu ve aşağıda da incelenecek olan diğer kanunlarda ve söz konusu kanunlara dayalı çıkarılan yönetmeliklerde iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacak olan ancak iş sözleşmesiyle çalışmayanlar hakkında düzenlemeler mevcuttur. İşçi niteliğine sahip olmayan çalışanların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından kapsamı çalışmamızda özellikle iş kazası kavramı bakımından incelenecektir.

II. İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bakımından

İş Kazası Kavramı

Kaza, kelime itibarıyla pek çok anlama sahip olmakla birlikte Türk Dil Kurumu tarafından “İstem dışı veya umulmayan bir olay dolayısıyla bir

¹⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 364.

¹⁹ RG, 17.06.1949, 7235.

²⁰ SÖZER, s. 299 vd.

kimsenin, bir nesnenin veya bir aracın zarara uğraması” olarak tanımlanmıştır²¹. Kaza, can veya mal kaybına ya da zarara neden olan kötü olaydır. Hukuki açıdan kaza kavramı ise daha sınırlıdır ve *“ani bir şekilde ve istenilmeyerek bir zararın meydana gelmesi sonucunu doğuran bütün sebepler”* kazayı oluşturur. Hukuki bakımından kaza kavramının kapsamına vücut bütünlüğü ihlalleri ve mala yönelik zararlar girer. İş hukuku bakımından iş kazası kavramı ise dar kapsamlıdır; kaza kavramının kapsamına sadece vücut bütünlüğünün ihlali veya ölüm sonucu doğuran olaylar girer²².

Genel anlamda kaza kavramının unsurları dıştan gelen bir olay (etki) ile kazanın gerçekleşmesi, kazanın istenilmeyen bir olay olması, ani nitelikte bir olay olması, kaza nedeniyle vücut bütünlüğünün ihlali veya ölümün gerçekleşmesi ve nedensellik bağının varlığıdır²³. İş kazası, sigortalının işverenin otoritesi altındayken gördüğü iş veya işin gereği nedeniyle aniden²⁴ ve dıştan gelen bir etkenle sigortalıyı bedensel veya ruhsal olarak zarara uğratan bir olay olarak tanımlanabilir²⁵. İş kazasının baskın özelliği, kazanın yürütülen işle ilgili olmasıdır²⁶. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle Ukrayna'ya yapılan bir iş seferi sırasında sigortalıya bulaşan bir virüs nedeniyle sigortalının Türkiye'ye döndüğünde geçirdiği rahatsızlık sonucu meydana gelen olayın iş kazası niteliğinde olduğuna hükmetmiştir. Zira sigortalı işinden kaynaklanan bir nedenle virüs kapmıştı

²¹ <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 25.02.2020).

²² BAŞBOĞA ŞAŞMAZ, s. 7.

²³ BAŞBOĞA ŞAŞMAZ, s. 10.

²⁴ İş kazasının tanımındaki *“ani”*, kısa bir zaman dilimini ifade eder. İş kazasındaki *“aniden olma özelliği”*, iş kazasının sonuçlarının aniden çıkmasını gerektirmez. Örneğin işyerinde yenilen yemekten zehirlenen işçiler için kaza yemek yedikleri sırada gerçekleşmekle beraber kazanın sonucu olan zehirlenme belirtileri ile kazanın gerçekleştiği anlaşılmıştır. Bu olayda tam anlamıyla bir ani olay olmamakla birlikte olay iş kazasıdır (BALCI, Mesut: *“İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”*, Sicil, 2006, Y. 1, S. 4, s. 151).

²⁵ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 349; SÖZER, s. 352; ALPER, s. 222.

²⁶ SÖZER, s. 338; GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 349; CANBOLAT, s. 17; BALCI, s. 151.

ülkeyi ziyaret etmiştir, zarar ile kaza arasında da nedensellik bağı mevcuttur²⁷.

Türk hukukunda iş kazasının tanımı ve kapsamı, 5510 sayılı Kanun, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş ve her üç kanunda da iş kazası kavramı aşağıda da inceleyeceğimiz üzere kapsam ve tanım itibarıyla farklılıklar arz etmektedir.

Çalışma yaşamında çalışanların geçirdiği kazaların iş kazası olup olmadığının tespiti, sosyal sigortalar uygulamasında en fazla uyumsuzluğa neden olan konulardan bir tanesidir. Bu durumun nedenleri, herhangi bir zararlendirici olayın iş kazası sayılmasında sigortalının büyük bir çıkarının bulunması ve iş kazası kavramının sınırlarının çizilmesindeki zorluktur²⁸.

5510 sayılı Kanunun “İş Kazasının tanımı, bildirilmesi ve soruşturulması” başlıklı 13. maddesinde iş kazasının tanımı yapılmamış; doktrinde “karineler” olarak nitelendirilen²⁹ bazı hal ve durumlarda meydana gelen kazaların iş kazası sayılacağı düzenlenmiştir. “Kaza karinesi” olarak nitelendirilen 13. maddede düzenlenen haller³⁰ meydana geldiğinde kazaya neden olan olay iş ile bağlantılı olmamakla birlikte maddede düzenlenen haller ile bağlantılı ise iş kazasının gerçekleştiği kabul edilir. Zira maddedeki hal ve durumlardan birini varlığı nedensellik bağı için yeterlidir. Kaza, maddede düzenlenen hallerden birine uygun şekilde gerçekleşmişse, iş ile olay arasında nedensellik bağı aramaya gerek yok-

²⁷ 21. HD, T. 15.4.2019, E. 2018/5018, K. 2019/2931 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 11.02.2020.

²⁸ CANIKLIOĞLU, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 55.

²⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 367.

³⁰ 13. maddedeki iş kazası bazı haller ve durumlar bakımından şöyle tanımlanmıştır: “a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada, b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle, c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda, d) Bu Kanunun 4 üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda, e) Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen engelli hâle getiren olay”dır.

tur³¹. Ancak maddede düzenlenen haller, örnekleyici biçimde sayılmamıştır; yer ve zaman bakımından bir sınırlama yapılarak hangi hal ve durumların iş kazası sayılacağı düzenlenmiştir³². 13. maddedeki düzenleme, SGK'nın yardım yükümlülüğü bulunan halleri gösterir, ancak bu hallerin gerçekleştiği her durumda işverenin sorumluluğu söz konusu olmaz. Kanundaki iş kazasına ilişkin hal ve durumlar iş kazasının içeriğini belirler³³.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun iş kazasını düzenleyen “İş Kazası ve Meslek Hastalığının tarifi” başlıklı 11. maddesinde de benzer bir düzenleme mevcuttur. Bu itibarla 506 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde iş kazası ile ilgili doktrin görüşleri ve yargı kararlarının 5510 sayılı Kanun döneminde de önem ve geçerliliğini koruyacağı ileri sürülmüştür³⁴.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesi, kanunun tasarı halinde olduğu dönemde, hangi hal ve durumların iş kazasını oluşturan hal ve durumlar olacağına dair ibarelerinin iş kazası kavramının kapsamının belirsizliğini arttırdığı gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵. Yargıtay 5510 sayılı Kanundaki iş kazasını oluşturan hal ve durumları bir kararında şöyle yorumlamıştır. Karara göre, “Yasanın iş kazasını sigortalıyı zarara uğratan olay biçiminde nitelendirmiş olması illiyet (nedensellik) bağımlı iş kazasının bir unsuru olarak ele almayı gerektirmiştir. Ne var ki, burada aranan “uygun illiyet (nedensellik) bağı” olup, bu da yasanın aradığı hal ve durumlardan herhangi birinde gerçekleşme olgusu ile sonucun birbiriyle örtüşmesi olarak anlaşılmalı,

³¹ SÖZER, s. 338-339.

³² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 348; CANBOLAT, s. 18; DEMİRCİOĞLU, A. Murat/BALSEVER, Sergül: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74, s. 1170.

³³ BAŞBOĞA ŞAŞMAZ, s. 12.

³⁴ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 347.

³⁵ 13. maddedeki düzenleme, 506 sayılı Kanuna göre iş kazasını kavramını bazı açılardan daraltmakla birlikte bazı açılardan da genişletmiştir. İşyerinde meydana gelen kazanın iş kazası sayılması için 13. maddenin “işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle gerçekleşmesi” koşulu iş kazası kavramını sınırlandıran niteliktedir. Ancak maddenin diğer bendlerinde bu sınırlamanın etkisi azaltılmıştır. Örneğin 13. maddenin I, e bendindeki işe gidiş geliş sırasında meydana gelen kazaların da iş kazası sayılması iş kazası kavramının kapsamını genişletmiştir (CANIKLIOĞLU, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 55).

*yasada olmadığı halde, herhangi başkaca kısıtlayıcı bir koşulun varlığı aranmamalıdır. Kısacası; anılan yasal düzenleme, sosyal güvenlik hukuku ilkeleri içinde değerlendirilmeli; maddede yer alan herhangi bir hale uygunluk varsa zararlendirici sigorta olayının kaynağının işçi olup olmaması ya da ortaya çıkmasındaki diğer etkenlerin değerlendirilmesinde dar bir yoruma gidilmemelidir*³⁶.

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda³⁷ ise iş kazası, “İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenengelli hâle getiren olay” olarak tanımlanmıştır (m. 3/1,g). 6331 sayılı Kanunun “İşverenin Genel Yükümlülüğü”nü düzenleyen 4. maddedeki³⁸ yükümlülükleri işverenin yerine getirmemesi sonucu meydana gelen kaza, iş hukuku bakımından iş kazası niteliğindedir ve işverenin işçiye karşı sorumluluğu doğacaktır³⁹.

6331 sayılı Kanundaki iş kazasına ilişkin tanım, 5510 sayılı Kanun, 506 sayılı Kanun ve iş kazaları hakkındaki içtihatları dikkate alan bir tanım değildir. Zira 6331 sayılı Kanundaki iş kazası tanımı, 5510 sayılı Kanundaki iş kazası olarak sayılan hal ve durumlara göre daha dar kapsamlıdır⁴⁰; özellikle de 5510 sayılı Kanunun m. 13/I,c’de düzenlenen “Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda” hali nedeniyle gerçekleşen iş kazası, 6331 sayılı Kanun hükümlerine göre iş

³⁶ 21. HD, T. 15.4.2019, E. 2018/5018, K. 2019/2931 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 11.03.2020.

³⁷ RG, 30.06.2012, 28339.

³⁸ 4. maddedeki işverenin yükümlülükleri şöyle düzenlenmiştir: “(1) İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; a) Mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dâhil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirlerinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar. b) İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar. c) Risk değerlendirmesi yapar veya yaptırır. ç) Çalışana görev verirken, çalışanın sağlık ve güvenlik yönünden işe uygunluğunu göz önüne alır. d) Yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için gerekli tedbirleri alır. (2) İşyeri dışındaki uzman kişi ve kuruluşlardan hizmet alınması, işverenin sorumluluklarını ortadan kaldırmaz. (3) Çalışanların iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülükleri, işverenin sorumluluklarını etkilemez. (4) İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz.”

³⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 366.

⁴⁰ ÖZDEMİR; s. 509.

kazası sayılamayacaktır. 5510 sayılı Kanundan sonra yürürlüğe giren 6331 sayılı Kanunda iş kazası tanımının daha dar kapsamlı yapılması⁴¹ ve 5510 sayılı Kanunla uyumlu olmaması iş kazası kavramı bakımından çelişki yaratmıştır ve bu çelişkinin varlığı isabetli olmadığı gibi 6331 sayılı Kanunun madde gerekçesi ile yürürlükteki madde metnindeki ifade de tutarlı değildir⁴². 6331 sayılı Kanunun iş kazasının tanımını düzenleyen maddenin gerekçesinde, kanun tasarısı hazırlanırken iş kazasının tanımında 5510 sayılı Kanundaki tanımı da kapsayacak daha üst genel bir tanım yapıldığı belirtilmiştir. Gerekçeye göre, 6331 sayılı Kanundaki tanımla iş kazası tanımı veya sigortalıya iş kazası sonucu hangi hallerde hangi hakların sağlanacağını belirleyen koşulların kısıtlanmamasına imkân verilmiş ve mevcut uygulamalarda duraksamaya yer verilmemesi sağlanmıştır.

İş kazasının iki farklı kanunda farklı kapsamda tanımlanması nedeniyle özellikle sonraki tarihli 6331 sayılı Kanunun yaptığı iş kazasının tanımının gerekli olmadığı ve bu hususta 5510 sayılı Kanunun 13. maddesine atıf yapılmasının yerinde olacağı ileri sürülmüştür⁴³.

İş hukukunda işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, SGK tarafından iş kazasından doğan zararın karşılanmayan kısmına ilişkindir. SGK tarafından sigortalıların iş kazasından doğan vücut zararlarının veya ölüm halinde geride kalanların destekten yoksun kalma zararlarının karşılanması esas olmakla birlikte karşılanmayan kısım için zarar gören ya da hak sahipleri işverene başvurabilir⁴⁴.

Borçlar hukukunda, kaza önceden kestirilemeyen, dış etki ile meydana gelen ve istenilmeyen olay olarak tanımlanabilir. Borçlar hukuku, kaza kavramında “kaçınılmazlık” kavramını dikkate alır⁴⁵. Bu itibarla, borçlar hukuku bakımından kaza kavramı iş kazasına göre daha geniş bir kavramdır⁴⁶. Borçlar Kanununun 417. maddesinde işverenin

⁴¹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 348; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 366.

⁴² GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 348; ÖZDEMİR, s. 509.

⁴³ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 348.

⁴⁴ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 366.

⁴⁵ BAŞBOĞA ŞAŞMAZ, s. 7.

⁴⁶ DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, s. 1168; BALCI, s. 151; BAŞBOĞA ŞAŞMAZ, s. 7.

yükümlülükleri⁴⁷ düzenlenmiştir. İşverenin işçiyi gözetme borcu kapsamına hangi edimlerin girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Bununla birlikte iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamındadır. İşveren işyerinde işçinin yaşam, sağlık ve beden yükümlülüğünü korumakla yükümlüdür. Borçlar Kanununun 54. maddesi gereğince, bedensel zararlar, çalışma gücünün kaybı veya ekonomik geleceğin sarsılmasından kaynaklanabilir⁴⁸.

İş hukuku bakımından kazaya neden olan olayın dıştan ve irade dışı meydana gelmesi, iş kazası ve meslek hastalığını taşıyan bir durumun gerçekleşmesi, işverenin kusurlu olarak iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamış olması, kaza ile zarar ve kaza ile işverence yürütülen iş arasında uygun nedensellik bağının bulunması ve işçinin bedensel veya ruhsal bir zararının doğması iş kazasının koşullarıdır⁴⁹. Yargıtay da iş kazaları bakımından kusur sorumluluğu esasını dikkate aldığına; nedensellik bağının da bu sorumluluğun temel ögesi olduğuna hükmetmiştir⁵⁰.

5510 sayılı Kanunun 13. maddesindeki iş kazası ile iş hukuku bakımından iş kazasının arasındaki temel fark, nedensellik bağı bakımındandır. İş hukuku bakımından iş kazasının varlığı için zarar ile kaza arasında bir nedensellik bağı bulunmalı, kaza yapılan işin sonucu olmasıdır. Oysa 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazasının gerçekleşebilmesi

⁴⁷ 417. maddedeki düzenleme şöyledir: “İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmamak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür. İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir”.

⁴⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 367.

⁴⁹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 347; TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 368; SÖZER, s. 331; ALPER, s. 221; DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, s. 1171.

⁵⁰ HGK, T. 20.3.2013, E. 2012/21-1121, K. 2013/386 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 10.03.2020.

için bu koşulların varlığı her zaman gerekli değildir. Bu nedenle 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazasının varlığının kabul edildiği her durumda iş hukuku bakımından işverenin sorumluluğu söz konusu olmayabilir⁵¹.

III. İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sigortasından Yararlanacak Kişiler

5510 sayılı Kanunda sigortalı, “Kısa ve/veya uzun vadeli sigorta kolları bakımından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişi” olarak tanımlanmıştır ve iş kazasının varlığının tespitinde “sigortalı” kavramı dikkate alınmıştır⁵².

5510 sayılı Kanunda iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanacak olan sigortalılar ve sigortalı sayılanlar, farklı maddelerde düzenlenmiştir. 5510 sayılı Kanun daha tasarı aşamasındayken eleştirildiği özelliklerinden birisi de maddelere yeni fıkralar eklenerek madde metinlerinin özlü, kolay anlaşılır bir niteliğe sahip olmaktan gittikçe daha fazla uzaklaşmasıdır. Bu itibarla, madde içerikleri kolayca anlaşılabilir özelliğe sahip değildir; adeta “okuma parçası” niteliğine ulaşacak uzunlukta cümlelerden oluşan maddeler kanun metninde yer almaktadır⁵³.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacak olan kişiler şunlardır: Hizmet akdi⁵⁴ ile bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılanlar (m. 4/I, a), köy ve mahalle muhtarları ile hizmet akdine bağlı olmaksızın kendi adına ve hesabına bağımsız çalışanlardan ise, ticarî kazanç veya serbest meslek kazancı nedeniyle gerçek veya basit usûlde gelir vergisi mükellefi olanlar, gelir vergisinden muaf olup, esnaf

⁵¹ DEMİRCİOĞLU/BALSEVER, s. 1171.

⁵² GÜZEL/OKUR/CANİKLİOĞLU, s. 350.

⁵³ CANİKLİOĞLU, Kısa Vadeli Sigorta Kolları, s. 51.

⁵⁴ 5510 sayılı Kanun ile İş Kanunu arasında özellikle “iş sözleşmesi” kavramı bakımından bile terim birliğinin sağlanmaması, iş hukukunda birbirini tamamlaması gereken 5510 sayılı Kanun ile İş Kanunu arasında uyumsuzluk olması OKUR tarafından eleştirilmiştir. 5510 sayılı Kanunda “hizmet akdi” kelimesi yerine “iş sözleşmesi” kelimesi tercih edilmeliydi (OKUR, Ali Rıza: “Sigortalılık ve İşyeri ile İlgili Yükümlülükler, Sosyal Güvenlikte Yeni Düzenlemeler”, İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, İstanbul, 2008, s. 80-106).

ve sanatkâr siciline kayıtlı olanlar, anonim şirketlerin yönetim kurulu üyesi olan ortakları, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin komandite ortakları, diğer şirket ve donatma iştiraklerinin ise tüm ortakları (m. 4/I, b), m. 4/I, a bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı kişiler (m.4/II), m. 4/I, b bendi gereği sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağı 6132 sayılı At Yarışları Hakkında Kanunu kapsamındaki jokey ve antrenörler (m. 4/III), kısmen sigortalı olarak değerlendirilen bazı sigorta kollarının uygulanacağı sigortalılar (m. 5), 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılan tarım veya orman işlerinde hizmet akdiyle süreksiz olarak çalışanlar⁵⁵, 1.10.2008 tarihinden önce 506 sayılı Kanun kapsamında olup 5510 sayılı Kanuna göre sosyal güvenlik destek primi ödeyerek yeniden çalışan emekliler ve 2547 sayılı Kanundaki “İntörn öğrenci” sıfatıyla çalışan kişilerdir.

5510 sayılı Kanunda iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanabilmenin koşulu, 5510 sayılı Kanun ve diğer kanunlar gereği iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamında değildir. İş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanmak için belli bir süre sigortalı olma ya da prim ödeme koşulu yoktur. Bu kuralın istisnası tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz çalışanlar hakkında düzenlenmiştir.

5510 sayılı Kanunun ek madde 5 kapsamında tarım ve orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz çalışan sigortalı sayılanların iş kazası sigorta kolunun sağladığı haklardan yararlanabilmesi için gerekli koşullar Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin “Geçici İş Göremezlik Ödeneğinin Ödenmesi ve Hesaplanması” başlıklı 40. maddesinin 1/e bendinde düzenlenmiştir. Hükme göre, iş kazası nedeniyle geçici iş göremezlik ödeneğinin koşulları, sigortalının iş kazasının olduğu tarihten en az 10 gün önce tescil edilmiş olması ve sigortalılığının sona ermemiş olmasıdır.

İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacak olanların tespitinde, Kanunun eleştirilen tarafı geçerliliğini devam ettirmektedir. İş kazası sigorta kolundan yararlanacak olanların kim olduğunun tespi-

⁵⁵ Tarımda süreksiz çalışanlar hakkında bkz. ALPER, s. 77 vd.

tinde hem 5510 sayılı Kanunun farklı ek maddeleri de dâhil farklı hükümlerine ve hatta yürürlükteki bu hususta hüküm içeren diğer kanunlara da bakmak gereklidir.

A. 5510 Sayılı Kanun Bakımından Bağımsız Çalışanlar ve Tam Sigortalı Olan İşçi

Bağımsız çalışanların da kısa vadeli sigorta kollarının kapsamına alınması 5510 sayılı Kanun bakımından bir yenilik olarak değerlendirilmekle birlikte Kanunun 4/I, c bendi kapsamındaki sigortalıları kısa vadeli sigorta kollarının kapsamı dışında bırakması sosyal güvenlikte gerçekleştirilmek istenen “tek çatı” fikrine uymamaktadır⁵⁶. 5510 sayılı Kanunun 13. maddesindeki iş kazasına ilişkin tanım, daha ziyade iş sözleşmesiyle çalışanları ilgilendiren bir niteliğe sahiptir. Bunun nedeni 506 sayılı Kanunun iş kazasına ilişkin düzenlemesine benzer bir düzenleme yapılmasıdır⁵⁷. 5510 sayılı Kanunun 13. maddesindeki, görevli olarak başka bir yere gönderilme, süt verilen zaman ve işverence sağlanan taşıtla işyerine gidip gelişi gibi hal ve durumlar bağımsız çalışanların çalışmasına yabancı hal ve durumlarıdır⁵⁸.

5510 sayılı Kanunun 4/I, c bendine tabi sigortalılar diğer bir ifadeyle kamu görevlileri iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında değildir. Kanunun m. 4/IV hükmünde, kısa vadeli sigorta kollarına ilişkin hükümlerin bu maddenin 4/I, c bendi kapsamında sigortalı sayılanlara bu kapsamda oldukları sürece uygulanmayacağı düzenlenmiştir, kamu görevlileri 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu hükümlerine tabidir.

B. 5510 sayılı Kanun Bakımından İşçi Benzeri Çalışanlar

5510 sayılı Kanunun 4/II hükmü, bazı işçi benzeri⁵⁹ çalışanlara da Kanunun 4/I, a bendi uyarınca sigortalı sayılanlara ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir.

⁵⁶ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 364.

⁵⁷ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 368.

⁵⁸ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 368.

⁵⁹ TUNCAY/EKMEKÇİ, s. 369. 5510 sayılı Kanunun 4/II fıkrasındaki çalışanlar: “a) İşçi sendikaları ve konfederasyonları ile sendika şubelerinin başkanlıkları ve yönetim kurullarına seçilenler, b) Bir veya birden fazla işveren tarafından çalıştırılan; film, tiyatro, sahne, gösteri, ses ve saz sanatçıları ile müzik, resim, heykel, dekoratif ve benzeri diğer uğraşları içine

C. 5510 sayılı Kanun Bakımından Kısmen Sigortalı Sayılanlar

1. Genel Olarak

5510 sayılı Kanunda iş kazasının varlığının tespitinde “sigortalı” kavramı dikkate alınması⁶⁰ nedeniyle 6. madde gereğince sigortalı sayılmayanların uğradığı kaza, 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası sayılmayacaktır. Ancak “istisnanın istisnası” niteliğinde bir düzenleme olarak nitelendirilen⁶¹. 5. maddedeki düzenlemeyle bazı kişiler iş kazası ve meslek hastalığı, analık ve hastalık sigorta kolları bakımından sigortalı sayılacaktır ve bu kişiler bakımından “kısımî sigortalılık”⁶² söz konusu olacaktır⁶³.

alan bütün güzel sanat kollarında çalışanlar ile düşünürler ve yazarlar, c) Müteakabiliyet esasına dayalı olarak uluslararası sosyal güvenlik sözleşmesi yapılmış ülke uyruğunda olanlar hariç olmak üzere, yabancı uyruklu kişilerden hizmet akdi ile çalışanlar, d) 2/7/1941 tarihli ve 4081 sayılı Çiftçi Mallarının Korunması Hakkında Kanuna göre çalıştırılanlar, e) 24/4/1930 tarihli ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununda belirtilen umumî kadımlar, f) Milli Eğitim Bakanlığı tarafından düzenlenen kurslarda usta öğretici olarak çalıştırılanlar, kamu idarelerinde ders ücreti karşılığı görev verilenler ile 657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 4 üncü maddesinin (C) bendi kapsamında çalıştırılanlar, g) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen Toplum Yararına Çalışma Programlarından yararlananlar“dır.

⁶⁰ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 350.

⁶¹ GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 351.

⁶² ALPER, s. 60.

⁶³ 5510 sayılı Kanunun “Bazı Sigorta Kollarının Uygulanacağı Sigortalılar” başlıklı 5. maddesine göre aşağıda sayılan kişilere kısa ve uzun vadeli sigorta kolları içindeki bazı sigorta türleri uygulanacaktır: “a) Hizmet akdi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular hakkında, iş kazası ve meslek hastalığı ile analık sigortası uygulanır ve bunlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar. b) 5/6/1986 tarihli ve 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununda belirtilen aday çırak, çırak ve işletmelerde meslekî eğitim gören öğrenciler hakkında iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan öğrenciler, mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler, kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler ile 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46 ncı maddesine tabi olarak kısmi zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82 nci maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası uygulanır. Bu bentte sayılanlar, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlardan bakmakla yükümlü olmayan kişi durumunda olmayanlar hakkında ayrıca genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. c) (Değişik: 17/4/2008-5754/3 md.) (Değişik birinci ve ikinci cümle: 12/7/2013-6495/96 md.) Harp malulleri ile 2330 sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanuna

5510 sayılı Kanunda ayrıca Ek madde 5/IV'te tarım ve orman işle-
rinde iş sözleşmesiyle süreksiz çalışanların da 4/I,a bendi kapsamında
sigortalı sayılacağı ve bu çalışanlara Kanunun kısa vadeli sigorta kolları
bakımından yalnızca iş kazası ve meslek hastalığı sigortası, uzun vadeli
sigorta kolları yönünden malullük, yaşlılık ve ölüm sigortası ile genel
sağlık sigortası hükümleri uygulanacağı düzenlenmiştir.

İş sözleşmesi ile çalışmayan ancak 5510 sayılı Kanun kapsamında
iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yararlanacak olan çalışanlar
da mevcuttur.

2. İş Sözleşmesiyle Çalışmamakla Birlikte İş Kazası Sigorta Kolu Bakımından Sigortalı Sayılanlar

Çalışma hayatındaki bazı çalışanlar, iş sözleşmesiyle çalışan işçi
niteliğine sahip olmamakla birlikte 5510 sayılı Kanunda kısmî sigortalı
olarak sayılmış; iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamın-

veya 2330 sayılı Kanun hükümleri veya 8/6/1949 tarihli ve 5434 sayılı Kanunun 56 nci maddesi uygulanarak aylık bağlanmasını gerektiren kanunlara göre vazife malullüğü aylığı bağlanmış malullerden, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentleri kapsamında sigortalı olarak çalışmaya başlayanların aylıkları kesilmez. Aylıkları kesilmeksizin 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (c) bendi kapsamında çalışanlar hakkında uzun vadeli sigorta kolları, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) ve (b) bentleri kapsamında çalışanlar hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulanır. İş kazası ve meslek hastalığı sigortası hükümleri uygulananların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmayı istemeleri halinde, bu isteklerini Kuruma bildirdikleri tarihi takip eden ay başından itibaren, haklarında uzun vadeli sigorta kolları da uygulanır. Bu fıkra kapsamına girenlerden ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz. e) Türkiye İş Kurumu tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değiştirme eğitimine katılan kursiyerler, 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılırlar ve bunlar hakkında iş kazası ve meslek hastalığı sigortası ile (...) (1) genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. (Ek cümle: 11/10/2011- KHK-665/30 md.) Bunlar için Türkiye İş Kurumu prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte bu Kanun kapsamında işyeri ve işveren sayılmaz.(1) g) (Ek: 17/4/2008- 5754/3 md.) Ülkemiz ile sosyal güvenlik sözleşmesi olmayan ülkelerde iş üstlenen işverenlerce yurt dışındaki işyerlerinde çalıştırılmak üzere götürülen Türk işçileri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı sayılır ve bunlar hakkında kısa vadeli sigorta kolları ile genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır. Bu sigortalıların uzun vadeli sigorta kollarına tabi olmak istemeleri halinde, 50 nci maddenin ikinci fıkrasındaki Türkiye'de yasal olarak ikamet etme şartı ile aynı fıkranın (a) bendinde belirtilen şartlar aranmaksızın haklarında isteğe bağlı sigorta hükümleri uygulanır. Bu kapsamda, isteğe bağlı sigorta hükümlerinden yararlananlardan ayrıca genel sağlık sigortası primi alınmaz.(Ek cümle: 13/2/2011-6111/24 md.) Bu bent kapsamında yurt dışındaki işyerlerinde çalışan sigortalıların, bu sürede ödedikleri isteğe bağlı sigorta primleri 4 üncü maddenin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalılık sayılır".

da olacakları düzenlenmiştir. İşyerinde, doğrudan bir iş görme amacıyla olmamakla birlikte eğitim amaçlı çalışanlar çalışma hayatında görüldüğü gibi⁶⁴ bir iş sözleşmesine dayanmayan, kamu hukukundan kaynaklanan bir zorunlu çalışma ilişkisi içinde olan çalışanlar da mevcuttur.

a) Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri Bünyesinde Oluşturulan Tesis, Atölye ve Benzeri Ünitelerde Çalışan Hükümlü ve Tutuklular

İş sözleşmesi ile çalışmamakla birlikte, ceza infaz kurumları ile tutukevleri bünyesinde oluşturulan tesis, atölye ve benzeri ünitelerde çalıştırılan hükümlü ve tutuklular iş kazası, meslek hastalığı ve analık sigortası kollarından yararlanır ve bunlar Kanunun m. 4/I, a bendi uyarınca sigortalı sayılır (m. 5/I, a)⁶⁵. Tutuklu ve hükümlüler, ıslah amaçlı olarak infaz kurumlarında ve infaz kurumları dışında çalıştırılmaktadır. Anayasanın 19. maddesinde, zorla çalıştırma anayasal olarak yasaklanmış olmakla birlikte şekil ve şartları kanunda düzenlenmek üzere tutuklu ve hükümlülerin çalıştırılması zorla çalıştırma yasağı kapsamında sayılamaz⁶⁶.

Ceza infaz kurumları veya çocuk ıslah evlerinde yapılan çalışmalarda, çalışma ilişkisinde çalışanın serbest iradesi yerine hukuki ilişkinin dayanağının kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülüğe dayanması nedeniyle bu kapsamda çalışanlar bakımından iş sözleşmesinin ve işçi niteliğinin varlığından söz edilemez⁶⁷.

aa) Tutuklular

Tutuklu kişiler, hükümlü değil şüpheli veya sanık olan kişilerdir⁶⁸. Tutuklama, *“suç işlediği kuvvetli şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin ve bir tutuklama nedeninin bulunması halinde şüpheli veya sanığın kaçmasını veya delilleri karatmasını önlemek amacı ile kişi özgürlüğünün kesin hü-*

⁶⁴ NARMANLIOĞLU, s. 107.

⁶⁵ Bu kapsamda çalışan kişilerin hastalık sigorta kolu kapsamına alınmamasının isabetsiz olduğu yönünde bkz. GÜZEL/OKUR/CANIKLIOĞLU, s. 352, dn. 53.

⁶⁶ Ceza infaz kurumlarındaki işyurtlarında 2018 yılı itibarıyla çalıştırılan tutuklu ve hükümlü sayısı, 59150'dir. <http://www.iydb.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 05.03.2020).

⁶⁷ SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2017, s. 137.

⁶⁸ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 378.

kümden önce, hâkim kararı ile kısıtlanması'' olarak tanımlanabilir⁶⁹. Söz konusu tanımda sayılan amaçlarla yapılan tutuklama muhakeme sonunda maddi gerçeğe ulaşılmasını mümkün kılar⁷⁰. Tutuklama tedbirinin zorunlu hallerde başvurulabilen bir tedbir olduğu Anayasada da teminat altına alınmıştır (m. 19/III)⁷¹. Tutuklama, şüpheli veya sanığın kişi özgürlüğünün hüküm verilmeden önce mahkeme kararı ile sınırlandırılması ve kişinin tutukevi adı verilen yere konmasıdır⁷². Kişinin keyfi olarak yakalanamaması ve tutuklanamaması Anayasada ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. maddesinde teminat altında alınmıştır⁷³. Koruma tedbiri niteliğinde olan tutuklama kararının verilebilmesi için kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin bulunması, bir tutuklama nedeninin bulunması ve ölçülülük ilkesine uyularak verilmesi koşullarının üçünün de birlikte gerçekleşmesi gereklidir⁷⁴.

Tutuklama kararı, iki yıldan hapis cezasını gerektiren suçlar dışındaki suçlarda soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine, kovuşturma evresinde de gene Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine verilir. Kovuşturma evresinde mahkeme de re'sen tutuklama

⁶⁹ YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2016, s. 346.

⁷⁰ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı, s. 191 vd.

⁷¹ M. 19/III'teki düzenleme şöyledir: *"Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek amacıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir"*.

⁷² ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Özdem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Eylül, 2016, s. 454; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192.

⁷³ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN,/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 455.

⁷⁴ ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 456 vd. Ceza Muhakemesi Kanunu m. 100/3'te sayılan en ağır suçlarda tek koşul ile tutuklama kararı da verilebilir. Bu istisna için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 346 ve ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 462 vd; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 192.

kararı verebilir⁷⁵. Tutuklama belirli koşullar altında alınan ve geçici nitelikte bir tedbirdir. Bu nedenle Ceza Muhakemesi Kanunu, tutukluluğun üst sürelerini düzenlemiştir⁷⁶. Ceza Muhakemesi Kanununun 102. maddesinde, tutukluluk süreleri, ağır ceza mahkemesinin görevine giren ve girmeyen suçlarda olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Ağır ceza mahkemesinin görevine girmeyen işlerde tutukluluk süresi en çok bir yıldır. Ancak bu süre, zorunlu hallerde gerekçeleri gösterilerek altı ay daha uzatılabilir. Bu durumda tutukluk süresi en fazla 18 ay olabilir. Ağır ceza mahkemesinin görevine giren işlerde, tutukluluk süresi en çok iki yıldır. Bu süre, zorunlu hallerde, gerekçesi gösterilerek uzatılabilir⁷⁷.

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunu⁷⁸nun (CGİK) 111. maddesi gereğince, tutuklular normal güvenlik esasına dayalı tutukevlerinde tutulacaktır, ancak maddi olanak bulunmayan hallerde, diğer kapalı ceza infaz kurumlarının bu amaca ayrılmış bölümlerinde tutulur. Kapalı ceza infaz kurumlarında da tutukluların ayrı odalarda barındırılması gereklidir (CGİK m. 113). Tutukluların çalışmaları istenebilir, ancak buna mecbur tutulamazlar. Tutuklular istediklerinde idare, barındırıldıkları odalarda çalışmalarına izin verebileceği gibi odada çalışma imkânı yoksa tutukluların iş yerlerinde çalışmalarına da izin verilebilir. Tutukluların işyerlerinde çalışmaları hakkında çalışmakta olan hükümlülere ait rejim uygulanacaktır (CGİK m. 114). Bu itibarla, CGİK'te hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar tutuklular bakımından da geçerlidir.

⁷⁵ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 356; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 195.

⁷⁶ Bu süreler için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 369; ÖZTÜRK/TEZCAN/ERDEM/GEZER/SAYGILAR KIRIT/ÖZAYDIN/ALAN AKCAN/ERDEN TÜTÜNCÜ, s. 468.

⁷⁷ Uzatma süresi toplam üç yılı, 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun İkinci Kitap Dördüncü Kısım Dördüncü, Beşinci, Altıncı ve Yedinci Bölümünde tanımlanan suçlarda beş yılı geçemez. Uygulamada bu kapsamda tutukluluk süresi toplam 5 yıl olarak kabul edilmektedir. Uzatma kararları tutukluluğun devamına ilişkin kararlar oldukları için mahkeme kararı ile verilir(ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 203.)

⁷⁸ RG, 29.12.2004, 25685.

bb) Hükümlüler

Ceza hukukunda hüküm türleri içinde beraat kararı, ceza verilmesine yer olmadığı kararı, mahkumiyet hükmü, güvenlik tedbiri hükmü, davanın reddi kararı, düşme kararı, görevsizlik kararı, durma kararı verilebilir⁷⁹. Mahkumiyet hükmünün verilebilmesi için fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olması gereklidir. Mahkeme, fiilin sanık tarafından işlemediğinin sabit olup olmadığının tespitinde maddi ceza hukuku ve muhakeme hukuku bakımından inceleme yapar. Fiil sabit ise ve suç da teşkil ediyorsa sanığın ceza sorumluluğunun bulunmadığı araştırılır. Sanığın ceza sorumluluğu varsa mahkumiyet kararı verilir ve sanığa uygulanacak yaptırım belirlenir⁸⁰. Hükümün açıklanmasının geri bırakılması kararı, ceza belirlendikten sonra verilir⁸¹; hükümün açıklanmasının geri bırakılması kurulan hükümün sanık hakkında bir sonuç doğurmasını ifade eder⁸². Hükümlüler bakımından söz konusu olacak hapis cezaları ise 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu⁸³nda (TCK) düzenlenmiştir. TCK'da hapis cezaları, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, müebbet hapis cezası ve süreli hapis cezası olmak üzere üçe ayrılmıştır (m. 46-49)⁸⁴. Kısa süreli hapis cezası, belli koşulların gerçekleşmesi halinde bazı tedbirlere çevrilebilir⁸⁵. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası, yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumunda (CGİK m. 9) infaz edilir.

Ceza infazının amaçları, genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek⁸⁶, üretken ve kanunlara, nizamla ve toplumsal

⁷⁹ Hüküm türleri için bkz. YENİSEY/NUHOĞLU, s. 751, 769 vd; ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 469.

⁸⁰ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 774.

⁸¹ YENİSEY/NUHOĞLU, s. 790.

⁸² ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, s. 473.

⁸³ RG, 12.10.2004, 25611.

⁸⁴ ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, Ankara, 2016, s. 630 vd. (Genel Hükümler)

⁸⁵ ÖZBEK/DOĞAN/BACAKSIZ/TEPE, Genel Hükümler, s. 635.

⁸⁶ Yeniden sosyalleşme kavramının kapsamı hakkında suçluyu topluma geri kazandırma üzerinde yoğunlaşan etkileşimci görüş, çalışma koşullarına, mesleki eğitim

kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır (CGİK m. 3). Hükümlülere ceza infaz kurumlarında, kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında yaptırılan çalıştırmanın amacı, hükümlülerin salıverilmelelerinden sonra yaşamlarını sürdürecektir meslek ve sanatları öğrenmelerini sağlamak, çalışma ve üretme isteklerini geliştirmek veya güçlendirmektir. Çalıştırmada hükümlünün yeteneği, becerisi, eğilimi, zihinsel ve bedensel durumları göz önünde bulundurulur (CGİK m. 29/1-3).

CGİK'te hükümlülerin çalıştırılması, kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan isteklilerin kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında çalıştırılması (CGİK m. 29/1), açık ceza infaz kurumlarında bulunanlar ile kapalı ceza infaz kurumlarında bulunup da açık ceza infaz kurumlarına ayrılmaya hak kazanmış hükümlülerin kurum dışındaki iş alanlarında çalıştırılması (CGİK m. 30/1) ve iyi halli hükümlüler, idare ve gözlem kurulu kararı ile kurum yönetimi tarafından durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırılması (m. 31/1) olarak üç farklı kapsamda düzenlenmiştir. Hükümlülerin CGİK'te düzenlenen çalıştırmalarına ek olarak, denetimli serbestlik tedbiri uygulanmak suretiyle cezasına karar verilen hükümlünün, koşullu salıverilme tarihine kadar denetimli serbestlik müdürlüğü tarafından "kamuya yararlı bir işte ücretsiz çalıştırılması", kısa süreli hapis cezası alanların bu cezaya alternatif olarak "ücretsiz kamu hizmeti yerine getirme cezası" kapsamında çalıştırma ve denetimli serbestlik sürecindekilerin gözetim altında çalıştırılması da ceza infazında uygulanmaktadır⁸⁷.

Kurum hekimi tarafından ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlülerin çalıştırılması zorun-

ve benzeri programlara ağırlık vermektedir (ENGİN, Murat: "Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı", Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2012, C. 3, S. 2, s. 26.

⁸⁷ ÖZER, Hatice Duygu/DULAY YANGIN, Dilek: "Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 727-756.

ludur. Meslek sahibi olan hükümlüler ise isteğe bağlı olarak çalıştırılır⁸⁸. Sigortalılık bakımından 5510 sayılı Kanun gereğince, kısmi sigortalı sayılacak olan hükümlüler, ruhsal ve bedensel olarak sağlıklı olduğu belirlenen meslek sahibi olmayan hükümlüler ile meslek sahibi olan isteklilerin kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında çalıştırılanlar ve idare ve gözlem kurulu kararı ile kurum yönetimi tarafından durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırılanlardır. Hükümlüler, kurum dışında CGİK m. 30/1 gereğince çalıştırılmaları halinde, 5510 sayılı Kanun bakımından tam sigortalı sayılır⁸⁹. Kurum dışında çalıştırılanların sigortalılığına dair 5510 sayılı Kanunda bir hüküm bulunmamaktadır⁹⁰. Uygulamada ise, kurum dışı çalıştırılan hükümlüler, kurum içi çalıştırılanlar gibi iş kazası, meslek hastalığı ve analık sigorta kolu bakımından sigortalı yapılmaktadır. 5510 sayılı Kanunun kısmi sigortalılığa ilişkin düzenlemesi istisnaî nitelikte bir hükümdür ve istisnaların dar yorumlanması gerektiğinden ötürü kurum dışı çalıştırılanların 5510 sayılı Kanunun m.5/I, a bendi kapsamında kısmî sigortalı saymak mümkün değildir. Bu nedenle, kurum dışı çalıştırılanların sigortalılığı hakkında yasal bir düzenleme yapılması ihtiyacı mevcuttur⁹¹.

İyi halli hükümlülerin idare ve gözlem kurulu kararı ile kurum yönetimi tarafından durumlarına uygun kurum içi hizmetlerde çalıştırılması (m. 31/1) halinde ise, bu kapsamda çalıştırılacak olan tutuklu ve hükümlüler, 5510 sayılı Kanunun m. 5/I, a bendi uyarınca kısmî sigortalı sayılır⁹².

Tutukluların işyerlerinde çalışmaları hakkında çalışmakta olan hükümlülere ait rejimin uygulanacağını düzenleyen CGİK m. 114 nedeniyle CGİK'te hükümlülerin çalıştırılmasına ilişkin usul ve esaslar tutuklular bakımından da geçerli olacaktır. Ancak Ceza İnfaz Kurumları İle Tutukevleri İşyurtları Kurumu ve İşyurtlarının İdare ve İhale Yönetme-

⁸⁸ SÖZER, s. 101.

⁸⁹ SÖZER, s. 101; ALPER, s. 73, dn. 65; ÖZER/YANGIN DULAY, s. 74.

⁹⁰ AYKAÇ, Hande Bahar: "Ceza İnfaz Kurumları Dışında Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Güvenliği", TİSK Akademi, C.10, S.20, Eylül 2015, s. 344.

⁹¹ AYKAÇ, s. 356-357.

⁹² ÖZER/YANGIN DULAY, s. 746.

liği⁹³ nin 20. maddesine göre, tutuklunun kurum imkânları ölçüsünde belirlenen ücret karşılığında atölye veya işyurtlarında çalıştırılabilmeleri tutuklunun isteğine bağlıdır⁹⁴.

CGİK'te ayrıca ceza infaz kurumlarında çocuk hükümlülerin çalıştırılması da düzenlenmiştir. Çocuk hükümlüler mesleki eğitime yönelik çalıştırılabilir ve çocuk hükümlüler bakımından 3308 sayılı Meslekî Eğitim Kanununun CGİK'e aykırı olmayan hükümleri uygulanır (m. 29/3-4)⁹⁵. Ceza infaz kurumlarında çalıştırılan çocuk hükümlüler bakımından Mesleki Eğitim Kanununa yapılan atıf nedeniyle bu kapsamda çalışan çocuk hükümlülerin aday çırak, çıraklar gibi iş kazası, meslek hastalığı ve özellikle hastalık sigorta kolunun bakımından kapsama alınmaları çocuk hükümlülerin lehine olmakla birlikte 5510 sayılı Kanunun düzenlemesi nedeniyle çocuk hükümlüler hastalık sigorta kolundan yararlanamaz⁹⁶.

Bu kapsamda çalışacak olanlar, ıslah amaçlı olmak üzere meslek sahibi olanlar ceza ve tutukevlerindeki atölyelerde, meslek sahibi olmayanlar ise iyi halli hükümlü olarak Kurum yönetimi tarafından temizlik, yemek hazırlama, kalorifer yakma, berberlik gibi Kurum işlerinde çalıştırılabilir⁹⁷.

b) Mesleki Eğitim Kanunu Kapsamındaki Aday Çırak, Çıraklar ve Mesleki Eğitim Görenler

İşyerinde işveren ve işçilerle birlikte aynı ortamda çalışan, ancak iş ilişkisiyle çalışmayan bazı çalışanlar işçi benzeri olarak nitelendirilir; işçi benzeri çalışanlar çırak ve stajyerlerdir⁹⁸.

aa) Aday Çırak ve Çıraklar

Mesleki Eğitim Kanununda aday çırak, *“çıraklığa başlama yaşını doldurmamış ve çıraklık döneminden önce kendisine işyeri ortamı tanıtılan,*

⁹³ RG, 27.12.2005, 26036.

⁹⁴ ÖZER/YANGIN DULAY, s. 731.

⁹⁵ ÖZER/YANGIN DULAY, s. 732.

⁹⁶ AYKAÇ, s. 352; ÖZER/YANGIN DULAY, s. 732.

⁹⁷ ALPER, s. 73, dn. 65.

⁹⁸ NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, İstanbul, 2012, s. 107; SÜZEK, s. 140; DEMİR, s. 33.

sanat ve mesleğinin ön bilgileri verilen kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 3/I, b). Mesleki eğitim kanuna göre, İlköğretim okulunu bitirmiş olanlar bir mesleğe hazırlık amacı ile çıraklık dönemine kadar işyerlerinde aday çırak olarak eğitilebilir (m. 9). Aday çıraklar da çıraklar gibi öğrenci statüsündedir ve işyerindeki işçi sayısına dahil edilmez. Aday çırak ve çırak; öğrenci statüsünde olup, öğrencilik haklarından yararlanır. Bunlar işyerinde çalışan işçi sayısına dahil edilmezler (m. 11) ve aday çıraklarla da çıraklık sözleşmesi yapılır (m. 13/II).

Çırak, 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanununda⁹⁹ “*çıraklık sözleşmesi esaslarına göre bir meslek alanında mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını iş içerisinde geliştirilen kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 3/I,c). Çıraklık kurumu, ülkedeki sanayileşmenin gerçekleştirilebilmesi, istihdamın sağlanması ve üretimde verimliliğin arttırabilmesi için ihtiyaç duyulan vasıflı ve eğitilmiş işgücünün yetiştirilmesini ve eğitilmesini sağlaması nedeniyle, temelinde mesleki eğitim olan bir kurumdur¹⁰⁰. Çırakların eğitilmesi işverenlerin nitelikli işgücü ihtiyacını gidermede başvurdukları en pratik yoldur¹⁰¹. Çıraklar işçi niteliğine sahip olmakla birlikte kurdukları çalışma ilişkisi nedeniyle işverene karşı ve işyerindeki tehlike ve risklere maruz kalmaları nedeniyle bu risk ve tehlikelere karşı korunmaları gereklidir¹⁰². Çıraklar, yaş itibarıyla daha küçük/genç bir nesilden olmaları ve işyerinde hakları itibarıyla sömürüye açık olmaları nedeniyle hukuksal açıdan korunmaları önem arz eder¹⁰³. Mesleki Eğitim Kanununda tanımı bulunmamakla birlikte çıraklık sözleşmesi¹⁰⁴, “*iş sahibinin (işverenin) bir kimseye (çırağa) belirli bir sanatı öğretmek ve mesleki gelişmesine yardım etmek taahhüdüne karşılık çırağın bu amaç çerçevesinde iş görmeyi üstelendiği sözleşme”¹⁰⁵ olarak tanımlanabilir. Çıraklık sözleşmesi, taraflar arasında bağımlı bir hukuki ilişki kuran bir**

⁹⁹ RG, 19.06.1986, 19139.

¹⁰⁰ SÜZEK, s. 140.

¹⁰¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 74.

¹⁰² ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 74.

¹⁰³ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 158.

¹⁰⁴ Çıraklık sözleşmesinde tarafların temel borçları, ustanın çırağı mesleki yönden yetiştirmesi, çırağın da ustanın işinde çalışması biçimdedir (DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Bası, İstanbul, 2016, s. 37).

¹⁰⁵ SÜZEK, s. 140.

sözleşmedir¹⁰⁶Mesleki Eğitim Kanununun 25. maddesi gereğince, çıraklara maddede belirtilen esaslara göre bir ücret ödeneceği düzenlenmiştir. Ancak çıraklara ödenecek bu ücret, çırağın iş görmesinin karşılığı olarak ödenen bir ücret değildir; sosyal ücret niteliğinde ödenen bir ücrettir¹⁰⁷. Mesleki Eğitim Kanununun 11. maddesinde, çırakların öğrenci statüsünde olup öğrencilik haklarından yararlanacakları ve işyerinde çalışan işçi sayısına dâhil edilmeyecekleri düzenlenmiştir¹⁰⁸.

Çıraklık sözleşmesinin esaslı unsuru, bir meslek ve sanatın öğretilmesidir. Çırak, bir meslek ve sanatı öğrenmek ve bu meslek veya sanatta yetişmek amacıyla işverene hizmet ifa eder¹⁰⁹. Çalışanın çırak veya işçi olup olmadığının tespitinde, taraflar arasında hukuki ilişkisinde ağır basan özellik dikkate alınır. Hukuki ilişkide, “bir iş veya meslek öğrenme” ağır basıyorsa, çalışan kişi nitelik itibarıyla çırak kabul edilmelidir. Hukuki ilişkide, “iş görme edimi” ağır basıyorsa, çalışan kişi işçi kabul edilmelidir¹¹⁰. Çırakların yaptığı çalışma, üretim amacına yönelik değildir¹¹¹. Yargıtay, çırakların, “işyerinde üretimle ilgili çalışmalara bilfiil katılma” unsurunu dikkate almaktadır. Yüksek mahkeme bir kararında, taraflar arasındaki çalışma ilişkisine bakılarak karar verilmesi gerektiğine, çıraklık sözleşmesinde, akdi ilişkinin üstün niteliğinin çalışma olgusu değil, sigortalıya bir meslek ve sanatın öğretilmesi olduğuna hük-

¹⁰⁶ UŞAN, M. Fatih: Çıraklık Sözleşmesi, Konya, 1999, s. 46 vd.

¹⁰⁷ SÜZEK, s. 140.

¹⁰⁸ Türk hukukunda çıraklık, bir mesleği öğrenen öğrenci statüsü oluşturmaktadır. Bu itibarla, çıraklık eğitimi ulusal eğitim politika ve programları çerçevesinde bir kamu görevi olarak örgütlenmesi, yürütülmesi ve denetlenmesi gereklidir. Bu hususları gerçekleştirmek amacıyla Mesleki Eğitim Kanununda çıraklık eğitiminde Milli Eğitim Bakanlığı da yetkilendirilmiştir. Bakanlığın yetkileri ve bakanlığın yetkili birimleri için bkz. MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 159.

¹⁰⁹ NARMANLIOĞLU, s. 108; ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 75; SÜZEK, s. 140; DEMİR, s. 33; EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim, Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 28; AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı, 2015, s. 115; İstanbul. UŞAN, M. Fatih: “Çıraklık Sözleşmesi-Kıdem Tazminatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 7, S. 1-2, s. 386.

¹¹⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 75; DEMİR, s. 34; TUNCAY, Can: “Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2017, s. 461-600. (Değerlendirme)

¹¹¹ DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 37.

metmiştir. Çıracık, işyerinde üretimle ilgili çalışmalara bilfiil katılıyor, meslek ve sanat eğitimi arka planda tutuluyorsa, bu durumda çıraklık ilişkisinden söz edilemeyecektir¹¹².

Çıraklık sözleşmesi ile iş sözleşmesinin farklı hukuki ilişkiler olması nedeniyle çıraklar iş sözleşmesiyle çalışan işçi niteliğine sahip çalışanlar değildir Bir işyerinde çırak olarak çalıştıktan sonra iş sözleşmesiyle çalışmaya devam eden kişinin çıraklıkta geçirdiği süreler kıdem¹¹³ ve ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti ve hafta tatilinin hesaplanmasında dikkate alınmayacaktır¹¹⁴. Çıraklık hakkında doğacak uyuşmazlıklar, taraflar arasındaki çalışma ilişkisinin hukuki niteliğine ilişkindir. Çalışma ilişkisi iş ilişkisi olarak kabul edildiğinde, çalışan işçi sayılacak ve 5510 sayılı Kanun bakımından tam sigortalı olarak değerlendirilecektir. Çalışma ilişkisi çıraklık sözleşmesinden kaynaklanıyorsa, çalışan sadece iş kazası, meslek hastalıkları ve hastalık sigortasından yararlanacaktır¹¹⁵. Ancak uygulamada işverenler iş mevzuatındaki yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla kanuna karşı hileye başvurarak işçilerle çıraklık ilişkisi kurmaktadır¹¹⁶. Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin tespitinde Borçlar Kanununun 19. maddesi gereğince, tarafların kullandıkları kelimelere değil gerçek ve ortak iradeleri dikkate alınmalıdır¹¹⁷. Taraflar arasında

¹¹² 10. HD, T. 4.03.2013, E. 2012/20896, K. 2013/3845; 10. HD, T. 03.03.2011, E. 2011/1912, K. 2011/3657; 10. HD, T. 18.12.2008, E. 2007/17954, K. 2008/16326; 10. HD, T. 25.10.2010, E. 2010/13119, K. 2010/14241; 10. HD, T. 30.06.2011, E. 2011/5112, K. 2011/9806, www.hukukturk.com; 21. HD T. 6.11.2019, E. 2018/6272, K. 2019/6592, (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 09.02.2020. Yargıtay bir kararında çıraklık niteliğinin tespitinde, eylemli çalışma olgusunun yeterli ve gerekli bir araştırma ile sağlıklı bir biçimde belirlenmesi gerektiğine hükmetmiştir (21. HD, T. 27.6.2019, E. 2018/7188, K. 2019/4802; 21. HD T. 17.6.2019, E. 2018/4596, K. 2019/4420, www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 15.03.2020.

¹¹³ UŞAN, s. 387.

¹¹⁴ YENİSEY DOĞAN, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul, 2017, s. 7-172. Yargıtay kararlarında da çıraklıkta geçirilen sürenin işçilik alacakları yönünden değerlendirilemeyeceğine karar verilmiştir (9. HD; T. 26.04.2007, E. 2006/31873, K. 2007/13120; 22. HD, T. 22.01.2013, E. 2012/9983, K. 2013/343, www.hukukturk.com) Erişim Tarihi: 14.03.2020.

¹¹⁵ TUNCA, Değerlendirme, s. 471.

¹¹⁶ NARMANLIOĞLU, s. 108; SÜZEK, s. 141.

¹¹⁷ SÜZEK, s. 141.

bir iş sözleşmesi bulunmasa bile çırak sıfatıyla çalışan bir kişi, iş görme edimini yerine getiriyor ve karşılığında ücrete hak kazanıyorsa işçi niteliğindedir¹¹⁸.

Çalışma mevzuatında çıraklar, Meslekî Eğitim Kanununa tabi olan çıraklar ve Meslekî Eğitim Kanunu kapsamı dışında olan çıraklar olmak üzere ikiye ayrılır. Meslekî Eğitim Kanununun kapsamına giren işyerlerinde çalışan çıraklara Borçlar Kanunu ve İş Kanunu¹¹⁹ hükümleri uygulanmaz (m. 13/son). Yükseköğretim Kurulu ve Meslekî Eğitim Kurulunun çıraklık yapılacak meslekleri belirleme yetkisi vardır¹²⁰ ve bu mesleklerde ve mesleklerin yapılacağı kamu ve özel sektör işyerleri ile mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında çalışan çıraklar kanun kapsamındadır (m. 2). Kanun kapsamına alınmayan meslekler ve işyerlerinde de çıraklar çalıştırılabilir; bu çıraklar Borçlar Kanunu kapsamında çalışır. Borçlar Kanununun genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen çıraklık sözleşmesi hakkında da uygulanır ve özel kanun hükümleri saklıdır (m. 393/son). Ancak, Borçlar Kanunu kapsamında çalışan çıraklara ücret ödeme zorunluluğu yoktur¹²¹.

İş sağlığı ve güvenliği bakımından çıraklar da işyerinde risk ve tehlikelere maruz kaldıkları için 6331 sayılı Kanunun kapsamına alınmışlardır (m. 2/1). Çırakların 6331 sayılı Kanunun hükümlerinden yararlanmaları hususunda hangi mevzuata göre çırak sayıldıklarının bir önemi yoktur, çırak niteliğine sahip çalışanlar 6331 sayılı Kanun kapsamındadır¹²².

Meslekî Eğitim Kanunda ayrıca kalfa¹²³ ve usta¹²⁴ statüsünde çalışanlar, aday çırak ve çıraklardan farklı bir statüye sahiptir. Kalfa ve usta-

¹¹⁸ NARMANLIOĞLU, s. 108.

¹¹⁹ İş Kanununda da çıraklar kapsam dışında bırakılmıştır (m. 4/I, f).

¹²⁰ Bu yetkinin her iki kuruma verilmesinin bir esneklik sağladığı söylenebilir. Ancak bu yetki dar bir takdire bağlı olarak kullanılırsa çıraklığa ilişkin hükümlerin uygulama alanını genişletebilir. Bu itibarla söz konusu düzenleme belirsiz niteliktedir ve sakıncalara yol açabilir (ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 76).

¹²¹ AKYİĞİT, s. 117.

¹²² AKYİĞİT, s. 116.

¹²³ Kanunda kalfa, "bir mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını kazanmış ve bu meslekle ilgili iş ve işlemleri ustanın gözetimi altında kabul edilebilir standartlarda yapabilen kişi" olarak düzenlenmiştir (m. 3/I, e).

lar, çıraklık sözleşmesine göre değil iş sözleşmesiyle çalışır ve işçi niteliğine sahiptir¹²⁵. 5510 sayılı Kanun bakımından kalfa ve ustalar m. 4/I, a bendi kapsamında sigortalıdır.

5510 sayılı Kanununun iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına aldığı çıraklar Meslekî Eğitim Kanunu kapsamında olan aday çırak ve çıraklardır. Meslekî Eğitim Kanunu kapsamında olmayan çırakların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanması hakkında 5510 sayılı Kanunda bir düzenleme bulunmaması kanımızca isabetli değildir. İşyerlerinde bulunan bütün çırakların hangi mevzuata tabi olursa olsun iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamında yapılacak bir kanun değişikliğiyle alınmaları gereklidir.

bb) İşletmelerde Mesleki Eğitim Görenler

5510 sayılı Kanunda işletmelerde mesleki eğitim¹²⁶ görenler de iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılmıştır. İşletmelerde, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında örgün eğitim görenler öğrenci niteliğine sahiptir¹²⁷. Meslekî Eğitim Kanunu, öğrencilerini işletmelerde mesleki eğitime gönderecek kurumları orta öğretim kurumları ve yükseköğretim kurumları olmak üzere düzenlemiştir¹²⁸. İşletmelerde mesleki eğitime ilişkin usul ve esaslar da Kanununun 18-

¹²⁴ Kanunda usta, “bir mesleğin gerektirdiği bilgi, beceri ve iş alışkanlıklarını kazanmış ve bunları mal ve hizmet üretiminde iş hayatınca kabul edilebilecek standartlarda uygulayabilen; üretimi planlayabilen; üretim sırasında karşılaşılabilecek problemleri çözümlenebilen; düşüncelerini yazılı, sözlü ve resim ile açıklayabilen; üretimle ilgili pratik hesaplamaları yapabilen kişi” olarak tanımlanmıştır (m. 3/I, f).

¹²⁵ ÇELİK/CANİKLIÖĞLU/CANBOLAT, s. 78; SÜZEK, s. 144.

¹²⁶ İşletmelerde mesleki eğitim, Meslekî Eğitim Kanununda, “mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları öğrencilerinin beceri eğitimlerini işletmelerde, teorik eğitimlerini ise mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında veya işletme veya kurumlarca tesis edilen eğitim birimlerinde yaptıkları eğitim uygulamalar” olarak tanımlanmıştır. (m. 3/I, h).

¹²⁷ Öğrenci, Mesleki Eğitim Kanununda, “işletmelerde, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumlarında örgün eğitim görenler” olarak tanımlanmıştır (m. 3/I, d). Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinde, öğrenci, “Ortaöğretim kurumlarında örgün eğitim görenler ile mesleki eğitim merkezlerinde kalfalık ve ustalık eğitimi görenler” olarak tanımlanmıştır (m. 4/I, o).

¹²⁸ Mesleki Eğitim Kanununa göre, mesleki ve teknik eğitim okul ve kurumları şöyle tanımlanmıştır (m. 3/I, j): “mesleki ve teknik eğitim alanında, diplomaya götüren orta öğretim kurumları ve mesleki ve teknik eğitim yapan yükseköğretim kurumları ile belge ve ser-

24. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu itibarla yükseköğretim kurumu öğrencileri ve ortaöğretim kurumu öğrencilerinin işletmelerdeki mesleki eğitimi hakkında Meslekî Eğitim Kanunu uygulanacaktır. Meslekî Eğitim Kanunu ile birlikte, işletmelerde orta öğretimde mesleki eğitimin usul ve esaslarını düzenleyen Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği¹²⁹nde, Mesleki Eğitim Kurulunca 3308 sayılı Kanun kapsamına alınan meslek alan/dallarında öğrenim gören öğrencilerin 12. sınıfta işletmelerde mesleki eğitim görecekları düzenlenmiştir.

Meslekî Eğitim Kanununda, aday çırak, çırak ve öğrencinin eğitimi sırasında işyerinin kusuru halinde meydana gelecek iş kazaları ve meslek hastalıklarından dolayı işverenin sorumlu olacağı düzenlenmiştir (m. 25/II) İşverenin buradaki sorumluluğu, 5510 sayılı Kanun kapsamında SGK tarafından karşılanmayan kısma ilişkindir. Gerek ortaöğretim öğrencileri gerekse de yükseköğrenim öğrencileri Meslekî Eğitim Kanununda düzenlenen işletmelerde yapılan meslekî eğitim nedeniyle iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır.

1. Stajyerler, Mesleki ve Teknik Ortaöğretim Sırasında Tamamlayıcı Eğitim veya Alan Eğitimi Gören Öğrenciler

Stajyer, öğrenimi sırasında edindiği mesleki teorik bilgisini işyerindeki uygulamayı izleyerek pratik açıdan da geliştirmeyi amaçlayan kişidir¹³⁰. Stajyerler, Meslekî Eğitim Kanunu kapsamındaki stajyerler ve ortaöğrenimdeki stajyerler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. 5510 sayılı Kanun, kısmî sigortalılık bakımından hem yükseköğrenim sırasında staja tabi tutulanları hem de mesleki ve teknik ortaöğretim sırasında staja tabi tutulanları kapsamına almıştır (m. 5/I, b).

Mesleki Eğitim Kanununda, staj *“Yükseköğretim Kurulunca, yükseköğretim kurumlarında verilmekte olan her düzeydeki alana özgü olarak belirlenen teorik ve uygulamalı dersler dışında, öğrencilerin öğretim programlarıyla kazandırılması öngörülen mesleki bilgi, beceri, tutum ve davranışlarını gelişt-*

*tifika programlarının uygulandığı her tür ve derecedeki örgün ve yaygın eğitim-öğretim kurumları”*dır.

¹²⁹ RG, 7.09.2013, 28758.

¹³⁰ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 78; SÜZEK; s. 145; DEMİR, s. 36; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 160; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 28; AKYİÇİT, s. 117.

tirmeleri, sektörü tanımaları, iş hayatına uyumları, gerçek üretim ve hizmet ortamında yetiştirmeleri amacıyla işletmede yaptıkları mesleki çalışma” olarak tanımlanmıştır (m. 3/I, r). Stajyerler öğrenciler, maddede düzenlenen amaçları gerçekleştirmek üzere işletmedeki uygulamaları izler ve mesleki (pratik) bilgilerini geliştirir¹³¹. Staj ilişkisinde ücret, zorunlu değildir, işverenin kural olarak stajyerlere ücret ödeme zorunluluğu yoktur¹³². Stajyerlere ücret ödeneceği Mesleki Eğitim Kanununda düzenlenmiştir (m. 25/I); bu ücret sosyal ücret niteliğindedir¹³³. Stajyerlere yapılan ödeme, çalıştıran tarafından yapılmış bir bağış olarak da nitelendirilmektedir¹³⁴.

Zorunlu staj, yükseköğrenim mevzuatının gerektirdiği bir staj ilişkisidir. Zorunlu stajını bitirip işyerinde çalışmaya devam eden stajyerler, açık bir iş sözleşmesi yapmaya gerek olmadan zımnen “işçi” niteliğini kazanır¹³⁵. Yükseköğrenim kurumlarında öğrenci olanlar bakımından staja ilişkin temel esaslar, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu¹³⁶ ek madde 23’te düzenlenmiştir. Yükseköğretim kurumlarının müfredatlarında düzenlediği zorunlu staj öğrenim süresi içinde yapılır ve mezuniyet için gerekli koşul olarak düzenlenebilir¹³⁷.

Öğrencilerin, öğrenim süresi içinde yaptığı ve okuduğu öğrenim kurumu tarafından veya bu kurumun bağlı olduğu idare tarafından tanınan, istekleri halinde de bir staj yapmaları da mümkündür. Bu tür bir staj ilişkisinde staj yapmak isteyen öğrenci bu isteğini öğrenim kurumuna bildirir ve öğrenim kurumu tarafından staja dair işlemler yapılır¹³⁸. 5510 sayılı Kanun meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenim

¹³¹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 78; SÜZEK; s. 144.

¹³² MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 161; DEMİRCİOĞLU/CENTEL, s. 37; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 28.

¹³³ SÜZEK; s. 144.

¹³⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 28.

¹³⁵ DEMİR, s. 36; MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 161; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s. 28; KURT, Resul/ÇAVUŞ, Ö. Hakan: “Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Yükseköğrenim Gören Stajyer Öğrenciler”, Mali Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, 2018, s. 1106,1110.

¹³⁶ RG, 6.11.1981, 17506.

¹³⁷ AKYİĞİT, s. 124.

¹³⁸ AKYİĞİT, s. 124.

sırasında staja tabi tutulanları iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına almıştır. Bu itibarla stajyere ortaöğretim veya yükseköğretimi tamamlamak için öğretim müfredatı gereği yaptırılan zorunlu staj çalışmaları ve öğrencisi olduğu öğretim kurumunun staj işlemlerini yürüttüğü isteğe bağlı staj çalışmalarında stajyer, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılacaktır. 5510 sayılı Kanun, “meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğrenimleri sırasında staja tabi tutulan” ifadesiyle her iki şekilde de kurulan staj ilişkisinde stajyer iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır.

Ancak yükseköğrenimini tamamlamak için staj zorunluluğu olmayan bir bölümde eğitim alan önlisans ve lisans öğrencilerinin kendi öğrenim kurumları ile bağlantılı olmayacak nitelikteki bir işyerindeki gönüllü çalışmalarının iş ilişkiden doğduğunun ve bu kapsamda çalışanların işçi niteliğine sahip olduğunun kabulü gereklidir¹³⁹. İşverenin stajyerle iş sözleşmesi yapmasını hukuken bir engel yoktur, böyle bir durumda çalışan stajyer sıfatı taşımakla birlikte işverenin işçisi konumundadır¹⁴⁰. Meslekî Eğitim Kanunu kapsamı dışında kalacak bu tür çalışmalarda, staj yapan öğrenciye bir ücret ödemesi yapılıyorsa ödenen ücret üzerinden, eğer öğrenciye bir ücret ödenmiyorsa prime esas kazanç alt sınırı üzerinden 5510 sayılı Kanununun m. 82/II hükmüne göre staj yapan öğrenci tam sigortalı olarak bildirilmelidir¹⁴¹. Staj zorunluluğu bulunmayan bir eğitim kurumunda öğrenci olan stajyer, kendi isteği ile yapacağı stajı eğitim kurumunun bilgisi ve onayı dâhilinde gerçekleştirdiği takdirde ise iş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı sayılacaktır¹⁴².

6331 sayılı Kanun bakımından stajyerler de çıraklar gibi kanun kapsamına alınmışlardır. Stajyer niteliğine sahip olanlar, zorunlu veya isteğe bağlı staj ilişkisi kurup kurmadıklarına bakılmaksızın 6331 sayılı Kanun kapsamındadır. Ancak öğrencisi olduğu öğrenim kurumu ile bağlantılı olmayacak nitelikte isteğe bağlı yapılan stajlarda kurulan hukuki

¹³⁹ ÇELİK/CANİKLİOĞLU/CANBOLAT, s. 79; DEMİR, s. 37.

¹⁴⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU/ASTARLI, s. 161.

¹⁴¹ KURT/ÇAVUŞ, s. 1105.

¹⁴² KOÇ TANGÜN, Sedef: “Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı”, Sicil, S. 40, 2018, s. 137.

ilişkide çalışan işçi niteliğine sahip olacağından ötürü bu çalışanlar 6331 sayılı Kanun bakımından işçi sayılacaktır.

Meslekî ve teknik ortaöğretim sırasındaki zorunlu staja ilişkin usul ve esaslar, Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinin 126-131. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Staj çalışması, okulda veya okul idaresinin tespit edeceği okul dışında bir işyerinde yapılabilir. Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde¹⁴³ düzenlendiği üzere, tamamlayıcı eğitim kapsamında staj yapanlar, işletmelerde mesleki eğitime gönderilebilir (m. 62/3).

5510 sayılı Kanunun kısmen sigortalılar arasında düzenlediği tamamlayıcı eğitim yapanlar, Meslekî Eğitim Kanununda tanımlanmış ve Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde de tamamlayıcı eğitimle¹⁴⁴ ilgili düzenleme yapılmıştır (m. 62/3). Meslekî Eğitim Kanununun 18-24. maddeleri arasında tamamlayıcı eğitimin işletmelerde de yaptırılacağı düzenlenmiştir. Tamamlayıcı eğitim yapan öğrenciler bu eğitim kapsamında işletmelerde çalışır. Tamamlayıcı eğitim alanlar hakkında Yargıtay kararlarına konu olan uyuşmazlıklarda, yüksek mahkeme bu tür çalışanların ücretsiz ve sigortasız çalıştırılmayacaklarına hükmetmiştir¹⁴⁵.

5510 sayılı Kanun, meslekî eğitim ve teknik ortaöğretim ile yükseköğretimleri sırasında staja tabi tutulan öğrencileri, meslekî ve teknik ortaöğretim sırasında tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi alan öğrencileri iş kazası ve meslek hastalığı bakımından sigortalı saymıştır. Milli

¹⁴³ M. 27/4'teki düzenleme şöyledir: "Eğitimi yurtdışındaki ortaöğretim kurumlarında tamamlayan ancak denklik belgesine göre bazı ders ve/veya 3308 sayılı Kanun hükümlerine göre staj veya uygulamalarda eksikliği görülenlerden, bu Yönetmelik kapsamında öğrencilik şartlarını taşıyanların eksiklikleri millî eğitim müdürlüklerince ilişkilendirildikleri okul tarafından tamamlayıcı eğitim programı uygulanarak tamamlattırılır. Öğrencilik şartlarını taşımayanlar hakkında ise açık ortaöğretim kurumlarıyla ilgili mevzuat hükümleri uygulanır"

¹⁴⁴ Mesleki Eğitim Kanununda tamamlayıcı eğitim: "açık öğretim yoluyla eğitimi yapmayan alan veya dallarda, mesleki ve teknik orta öğretim programlarını tamamlayamadan okuldan ayrılanlar ile yurtdışında öğrenim görenlerin denklik işlemleri sonucunda tespit edilen eksik meslek alan veya dal derslerini işletmelerde mesleki eğitim esaslarına göre tamamlamalarına imkân sağlayan eğitim" olarak tanımlanmıştır (m. 3/I, s).

¹⁴⁵ 4. HD, T. 24.9.2018, E. 2016/13958, K. 2018/5624; 4. HD, T. 20.3.2019, E. 2018/3945, K. 2019/1623 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 10.02.2020.

Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde, kalfalık ve ustalık eğitimine devam eden öğrenciler ile işletmelerde mesleki eğitim gören öğrencileri iş kazası ve meslek hastalığı ile hastalık sigortası; mesleki ve teknik ortaöğretim kurumlarında staja tabi tutulan, tamamlayıcı eğitim ya da alan eğitimi gören öğrenciler hakkında ise iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılacakları düzenlenmiştir (m. 222).

İş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılacak olan alan eğitimi alan öğrenciler bakımından alan eğitimi kavramı mevzuatta tanımlanmamakla birlikte mesleki ve teknik okul ve kurumlarında alan eğitimi yapan öğrencilere ilişkin Mesleki Eğitim Kanunu (m. 25) ve Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliği'nde (m. 82, 222) düzenlemeler mevcuttur.

2. Kamu Kurum ve Kuruluşları Tarafından Desteklenen Projelerde Görevli Bursiyerler ve 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. Maddesi Uyarınca Çalıştırılan Kısmî Zamanlı Öğrenciler

Kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler hakkındaki usul ve esaslar, 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun¹⁴⁶da düzenlenmiştir. 6676 sayılı Kanunla¹⁴⁷ değişik 5746 sayılı Kanun kapsamında desteklenen projelerde çalışacak olan bursiyerler, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır. Ar-Ge projelerinde kanun kapsamında çalışacak bursiyerler iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına 5510 sayılı Kanunda da değişiklik getiren 6676 sayılı torba kanunla dahil edilmiştir.

5510 sayılı Kanuna göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabi olarak kısmî zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolları bakımından sigortalı sayılır (m. 5/I, b). 2547 sayılı Kanunun 46. maddesine göre, yükseköğretim kurumlarında ögre-

¹⁴⁶ RG, 13.03.2008, 26814.

¹⁴⁷ RG, 26.02.2016, 29636.

nim görenler geçici işlerde kısmi zamanlı olarak çalıştırılabilir ve kısmi zamanlı olarak çalıştırılanlar işçi olarak kabul edilmez. Bu öğrencilere bir saatlik çalışma karşılığı ödenecek ücret, İş Kanunu gereğince 16 yaşından büyük işçiler için belirlenmiş olan günlük brüt asgari ücretin dörtte birini geçmemek üzere, yükseköğretim kurumu yönetim kurulu tarafından tespit edilir. 2547 sayılı Kanunun 46. maddesine göre çalıştırılacak öğrenciler hakkında çıkarılan Yükseköğretim Kurumları Kısmi Zamanlı Öğrenci Çalıştırma Usul ve Esasları^{148'}na göre, kısmi zamanlı öğrenciler, 5510 sayılı Kanunun 4/I, a bendi uyarınca sigortalı sayılır ve iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamında olacaktır¹⁴⁹.

3. Türkiye İş Kurumu tarafından Düzenlenen Meslek Edindirme, Geliştirme ve Değişirme Eğitimine Katılan Kursiyerler

Türkiye İş Kurumu (İŞKUR) tarafından düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değişirme eğitimine katılan kursiyerler 5510 sayılı Kanunun m. 4/I, a bendi uyarınca sigortalı sayılır ve bu kursiyerler iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır. Kursiyerlere genel sağlık sigortası hükümleri uygulanır ve primleri İŞKUR tarafından ödenir. Ancak İŞKUR prim ödeme yükümlüsü olmakla birlikte 5510 sayılı Kanun bakımından işyeri ve işveren sayılmaz. İŞKUR tarafından düzenlenen meslek edindirme kursları ile ilgili ilke ve esaslar, Aktif İşgücü Hizmetleri Yönetmeliği¹⁵⁰nde düzenlenmiştir. Yönetmelik kapsamında açılacak kurslar en fazla 160 fiili gün kadar süreli olabilir (m. 29). Meslek edindirme kursları eğitim amaçlı verilen kurslar olmaları nedeniyle kursiyerlerin kurduğu hukuki ilişki iş görme amacına değil; eğitim amacına yöneliktir. Meslekî eğitim kursları, işgücü piyasası veya işverenlerden gelen talep üzerine açılır ve İŞKUR il müdürlüğü bu talebi karşılamaya çalışır (m. 9). Mesleki eğitim kursları, hizmet sağlayıcılar-

¹⁴⁸ Yürürlük tarihi:01.09.2009.

¹⁴⁹ Kısmi zamanlı öğrencilerin sigortalılık ve sigortalılığın sona ermesine ilişkin bildirimleri, üniversitelerin sağlık, kültür ve spor daire başkanlığı tarafından yapılır.

¹⁵⁰ RG, 12.03.2013, 28585. Yönetmelik'te kurs, "Herhangi bir mesleği olmayan, bir mesleği olmakla birlikte mesleğinde iş bulamayan veya mesleğinde yeterli olamayanların, niteliklerini geliştirerek istihdam edilebilirliklerini artırmak amacıyla düzenlenen meslek edindirme, geliştirme ve değişirme eğitimler"(m. 4/1, o); kursiyer ise bu kurslara katılan kişi olarak (m. 4/1, p) tanımlanmıştır.

dan¹⁵¹ hizmet alarak veya işbirliği ile açılabilir. İŞKUR, hizmet sağlayıcıları ile de ortak mesleki eğitim kursu açabilir. Yargıtay, bu kurslara katılan kursiyerlerin işverenin İŞKUR olmayacağı gibi kursu açan hizmet sağlayıcı ile kursiyer arasında da iş ilişkisinin mevcut olmadığına hükmetmiştir¹⁵².

Kursiyer, eğitim amaçlı kursa katılması nedeniyle işçi niteliğine sahip değildir. Kursiyer, işyerindeki üretime bilfiil katkısı olan işçi niteliğini haiz olmamakla birlikte iş kazası riski altındadır ve 6331 sayılı Kanun kapsamındadır¹⁵³. Bu itibarla 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılması yerinde olmuştur.

4. 2547 sayılı Kanundaki İntörn Öğrenciler

Sağlık çalışanları çalışma hayatında iş sağlığı ve güvenliği bakımından ciddi risk altındadır. Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına Dair Yönetmelik¹⁵⁴ çalışan güvenliği için güvenli hizmet sunumu ve güvenli bir ortam sağlanması amacıyla yürürlüğe girmiştir. Bahsi geçen Yönetmeliğin m. 4/1, b bendinde, çalışan, “*Hizmetin, resmî veya özel sağlık kurumlarında, sağlık hizmetinin verilmesine iştirak eden bütün sağlık meslekleri mensuplarını ve sağlık meslekleri mensubu olmasa bile sağlık hizmetinin verilmesine sorumlu olarak iştirak eden ve hizmetin verilmesine destek sağlayan kişiler*” olarak tanımlanmıştır.

Sağlık çalışanları kan ve diğer tehlikeli materyaller bulaşmış iğne uçları, lansetler ve kontamine kırık camlar gibi materyaller ile oluşan

¹⁵¹ Hizmet sağlayıcılar, Millî Eğitim Bakanlığına bağlı eğitim ve öğretim kurumları, Üniversiteler, 1739 sayılı Millî Eğitim Temel Kanununa ve 8/2/2007 tarihli ve 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanununa dayanılarak kurulan özel öğretim kurumları ve özel eğitim işletmeleri, özel sektör işyerleri ve kuruluş amaçları doğrultusunda olmak şartıyla; kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, işçi, işveren, esnaf sendikaları, özel kanunla kurulan banka ve kuruluşları ve bunlara bağlı işyerleri ile iktisadi işletmeleri bulunan dernek ve vakıflardır (m. 10).

¹⁵² 21. HD, T. 9.4.2018, E. 2016/13986, K. 2018/3463 (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 08.02.2020.

¹⁵³ 21. HD, T. 11.2.2019, E. 2018/1410, K. 2019/783, Karşı oy görüşü. (www.kazanci.com.tr) Erişim Tarihi: 07.02.2020.

¹⁵⁴ RG, 06.04.2011, 27897.

kesici delici yaralanmalara görevleri sırasında maruz kalır¹⁵⁵. Alerjiler, şiddet ve stres gibi çok çeşitli meslek riskleri de sağlık çalışanları için söz konusudur¹⁵⁶. İntörn öğrencilerle ilgili yükseköğretim yaptıkları kurumlarında tıp fakülteleri tarafından çıkarılan yönergelerde düzenleme yapılmaktadır¹⁵⁷. Tıp fakülteleri tarafından yapılan yönergelerde, intörn öğrencilerin hastanede etkin olarak çalışması gerektiği düzenlenmiştir. Tıp fakültesinin son sınıfında uygulamalı eğitim yapan intörn öğrenciler de sağlık çalışanı olarak iş kazası riski altında çalışır.

Tıp fakültesinin son sınıfında uygulamalı eğitim yapan öğrencilere ilişkin usul ve esaslar 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununda düzenlenmiştir. Tıp fakültesinde beşinci yılını tamamlayıp altıncı yıla geçen Türk vatandaşı olan ve olmayan öğrencilerin intörn” eğitimi döneminde öğretim üyesi rehberliğinde yaptıkları uygulamaya dair çalışmalarını karşılığında ilgili kurumların bütçesinden oniki ay süreyle 4.350 gösterge rakamının memur aylık katsayısı ile çarpımı sonucu bulunacak tutarda aylık ücrete hak kazanacakları düzenlenmiştir. Ancak intörn öğrencilere ücret ödenmesi, bu öğrenciler bakımından 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerinin uygulanmasını gerektirmez. Bu öğrencilerin çalışması nedeniyle uzun vadeli sigorta kolları ve genel sağlık sigortası ile analık sigortası açısından sigortalılık ilişkisi kurulamaz (2547 sayılı Kanun Ek madde 29). Türk vatandaşı olan ve olmayan intörn öğrenci statüsündeki öğrenciler, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında olacaklardır. SGK'nın 2016/20 sayılı Genelgesinde intörn öğrencilerin SGK'ya bildiri mi ve primlerle ilgili hususlar düzenlenmiştir¹⁵⁸.

¹⁵⁵ SOLMAZ, Mehtap/SOLMAZ; Tuğba: “Stajyer Öğrenci İş Kazaları”, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2019, 8 (1), s. 108.

¹⁵⁶ İNCİ, Elif İlkem/BİLİŞLİ, Yasemin/HİZAY, Deniz: “İş Kazalarına Maruz Kalan Sağlık Çalışanlarının Bildirimlerinin Değerlendirilmesi: Üniversite Hastanesi Örneği”, Sağlık Akademisyenleri Dergisi, 2016, C. 3, S. 3, s. 83.

¹⁵⁷ Örneğin Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Doktor Çalışma Yönergesi'nde, intörn doktor, “Öğrencilik ile doktorluk arasındaki geçiş döneminde tıbbi bilgi ve becerilerini, iletişim becerilerini ve mesleki değerleri kullanarak klinik sorunlara çözüm getirme yeteneğini geliştiren ve bu öğrenme sürecini öğretim elemanlarının gözetiminde gerçekleştiren hekim adayı” olarak tanımlanmıştır. Benzer düzenleme için bkz. Süleyman Demirel Üniversitesi Tıp Fakültesi İntörn Dr. Eğitim Uygulama Esasları.

¹⁵⁸ Genelgenin ilgili maddesi şöyledir: “İntörn öğrencilerin statüsü 2547 sayılı Kanununun ek 29 uncu maddesine göre belirlendiğinden intörn oldukları sürece sadece iş kazası, meslek

SONUÇ

5510 sayılı Kanun bakımından m. 4/I, a bendi kapsamında çalışanlar ve bu bent kapsamında sigortalı sayılanlar, m. 4/I, b bendi kapsamında çalışanlar ve bu bent kapsamında sigortalı sayılanlar ve kısmî sigortalı sayılanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına alınmıştır. İş kazası sigorta kolundan yararlanabilmek için bu sigorta kolunun kapsamına alınmak yeterlidir. İş kazası sigorta kolundan yararlanabilmek için kural olarak belli bir süre sigortalı olma ve prim ödeme koşulu yoktur. Bu kuralın istisnası tarım veya orman işlerinde iş sözleşmesiyle süreksiz olarak çalışanlar hakkındadır.

Kısmî sigortalı sayılanlar arasında bir iş sözleşmesiyle çalışmakla birlikte işyerinde bulunan bazı çalışanlar da mevcuttur. Ceza İnfaz Kurumları ile Tutukevleri Bünyesinde Oluşturulan Tesis, Atölye Ve Benzeri Ünitelerde Çalışan Hükümlü ve Tutuklular, infaz kurumlarında yaptıkları çalışmalarda iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına alınmıştır.

İşçi benzeri olarak nitelendirilen çalışanlar çırak ve stajyerlerdir. 5510 sayılı Kanununun iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına aldığı çıraklar, Meslekî Eğitim Kanunu kapsamındaki aday çırak ve çıraklardır. Meslekî Eğitim Kanunu kapsamında olmayan çırakların iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanması hakkında 5510 sayılı Kanunda bir düzenleme bulunmaması yerinde değildir. İşyerlerinde bulunan bütün çırakların hangi mevzuata tabi olursa olsun iş kazası sigorta kolunun kapsamına yapılacak bir kanun değişikliğiyle alınmaları gereklidir. Gerek ortaöğretim öğrencileri gerekse de yükseköğretim öğrencileri, Meslekî Eğitim Kanununda tanımlanan işletme-

hastalığı ve hastalık sigortasına tabi tutulacaklar, bunlar hakkında okulları tarafından "22-Meslek Liselerinde Okumakta İken Veya Yüksek Öğrenimleri Sırasında Zorunlu Staja Tabi Tutulan Öğrenciler" numaralı belge türü ile bildirim yapılacak, intörn öğrenciler hakkında öğrenim gördükleri okullarca ayrıca genel sağlık sigortası primi ödenmeyecektir. 2547 sayılı Kanunun ek 29 uncu maddesinde genel sağlık sigortası primi alınması yönünde düzenleme olmadığından bakmakla yükümlü durumda olmayan Türk vatandaşı intörn öğrenciler Kanununun 60 ncı maddesinin birinci fıkrasının (c/1) ya da (g) bendi kapsamında, yabancı uyruklu öğrenciler ise 60 ncı maddenin birinci fıkrasının (d) bendi ya da yedinci fıkrası kapsamında genel sağlık sigortalısı olacaktır."

lerde yaptıkları meslekî eğitim nedeniyle iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır.

5510 sayılı Kanun meslekî ve teknik ortaöğretim ile yükseköğretim sırasında staja tabi tutulanları iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamına almıştır. Bu itibarla stajyere ortaöğretim veya yükseköğretilimi tamamlamak için öğretim müfredatı gereği yaptırılan zorunlu staj çalışmaları ve öğrencisi olduğu öğretim kurumunun staj işlemlerini yürüttüğü isteğe bağlı staj çalışmalarında stajyer iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu bakımından sigortalı sayılacaktır.

5510 sayılı Kanuna göre, 2547 sayılı Yükseköğretim Kanununun 46. maddesine tabi olarak kısmî zamanlı çalıştırılan öğrencilerden aylık prime esas kazanç tutarı, 82. maddeye göre belirlenen günlük prime esas kazanç alt sınırının otuz katından fazla olmayanlar iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kolları bakımından sigortalı sayılır. Kamu kurum ve kuruluşları tarafından desteklenen projelerde görevli bursiyerler hakkındaki usul ve esaslar, 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'da düzenlenmiştir. 6676 sayılı Kanunla değişik 5746 sayılı Kanun kapsamında desteklenen projelerde çalışacak olan bursiyerler, iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolunun kapsamındadır.

İŞKUR kursiyerleri de işyerindeki üretime bilfiil katkısı olan işçi niteliğini haiz olmamakla birlikte iş kazası riski altındadır. Bu itibarla 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolları bakımından sigortalı sayılması yerinde olmuştur.

Türk vatandaşı olan ve olmayan intörn öğrenci statüsündeki öğrencileri iş kazası ve meslek hastalığı sigortası kapsamında olacaklardır.

Sosyal güvenlik hukukunda iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu, işyerinde iş kazası riski altında çalışan işçi ve diğer çalışanları kapsamına alarak bu sigorta kolunun korumasını kapsam itibarıyla genişletmiştir. 5510 sayılı Kanunda işçiler dışında iş sözleşmesiyle çalışmayan kişilere ilişkin kısmî sigortalılık ve iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolu hakkındaki düzenlemeler kanunun yürürlüğe girdiği tarihten beri pek çok değişikliğe de uğramıştır. İş sözleşmesiyle çalışmamakla birlikte iş kazası ve meslek hastalığı sigorta kolundan yararlanacak olan çalışan-

lar hakkında esas olarak 5510 sayılı Kanun esas olmakla birlikte Meslekî Eğitim Kanunu, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Yükseköğretim Kanunu, 5746 sayılı Araştırma, Geliştirme ve Tasarım Faaliyetlerinin Desteklenmesi Hakkında Kanun'da ve pek çok yönetmelikte bu kişiler hakkında düzenleme mevcuttur.

KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: Toplu İş Hukuku El Kitabı, 2015, İstanbul.
- ALPER, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, 2019, İstanbul.
- AYKAÇ, Hande Bahar: “Ceza İnfaz Kurumları Dışında Çalıştırılan Hükümlülerin Sosyal Güvenliği”, TISK Akademi, C.10, S.20, Eylül 2015, s. 344-369.
- BALCI, Mesut: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Nedeniyle İşverenin Sorumluluğu”, Sicil, 2006, Y. 1, S. 4, s. 151-188.
- BAŞBOĞA ŞAHBAZ, Zübeyde: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul, 2010.
- CANBOLAT, Talat: “Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri”, Yeni Sosyal Güvenlik Sistemi, Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2010, s. 15-39.
- CANİKLİOĞLU, Nurşen: “Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun Tasarısına Göre Kısa Vadeli Sigorta Hükümleri”, Türk Sosyal Güvenlik Sisteminde Reform Sempozyum Özel Sayısı, Çalışma ve Toplum, 2006/I, S. 8, s. 50-92.
- ÇELİK, Nuri/CANİKLİOĞLU, Nurşen/CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 30. Bası, İstanbul, 2017.
- DEMİR, Fevzi: İş Hukuku Uygulaması, İzmir, 2018.
- DEMİRCİOĞLU, A. Murat/BALSEVER, Sergül: “İş Kazası ve Meslek Hastalığı Sonrası Ölüm Nedeniyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 74, s. 1167-1183.
- DEMİRCİOĞLU, Murat/CENTEL, Tankut: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 19. Bası, İstanbul, 2016.
- ENGİN, Murat: “Suçu Önleyici Tedbirler Bağlamında Ceza İnfaz Kurumlarında Çalışma ve Eski Hükümlü İstihdamı”, Çalışma İlişkileri Dergisi, Temmuz 2012, C. 3, S. 2, s. 24-35.
- EYRENCİ, Öner/TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim: Bireysel İş Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2017.
- GÜZEL, Ali/OKUR, Ali Rıza/CANİKLİOĞLU, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 17. Baskı, İstanbul, 2018.
- İNCİ, Elif İlkem/BİLİŞLİ, Yasemin/HİZAY, Deniz: “İş Kazalarına Maruz Kalan Sağlık Çalışanlarının Bildirimlerinin Değerlendirilmesi: Üni-

versite Hastanesi Örneği", Sağlık Akademisyenleri Dergisi, 2016, C. 3, S. 3, s. 83-88.

KAPLAN, Mete/ÇALLI KAPLAN, Melike: *"Türkiye'de Çalışanların Demografik Özelliklerinin İş Kazalarına Etkilerinin Analizi"*, Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi, C. 17, S. 2, s. 74-89.

KARADENİZ, Oğuz: *"Dünya'da ve Türkiye'de İş Kazaları ve Meslek Hastalıkları ve Sosyal Koruma Yetersizliği"*, Çalışma ve Toplum, 2012/3, S. 34, s. 15-75.

KOÇ TANGÜN, Sedef: *"Stajyer Kavramı ve Stajyerlerin Sigortalılığı"*, Sicil, S. 40, 2018, s. 132-144.

KURT, Resul/ÇAVUŞ, Ö. Hakan: *"Vergi ve Sosyal Güvenlik Mevzuatına Göre Yükseköğrenim Gören Stajyer Öğrenciler"*, Mali Hukuk Dergisi, C. 14, S. 160, 2018, s. 1095-1128.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ASTARLI, Muhittin: *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu İşlenmiş 4. Bası*, Ankara, 2011.

NARMANLIOĞLU, Ünal: *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı*, İstanbul, 2012.

OKUR, Ali Rıza: *"Sigortalılık ve İşyeri ile İlgili Yükümlülükler, Sosyal Güvenlikte Yeni Düzenlemeler"*, "İstihdam Paketi ve Sosyal Güvenlikteki Yeni Düzenlemeler İşletmelere Ne Getiriyor Semineri, İstanbul, 2008, s. 80-106.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 8. Baskı*, Ankara, 2017.

ÖZBEK, Veli Özer/DOĞAN, Koray/BACAKSIZ, Pınar/TEPE, İlker: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Güncellenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Baskı*, Ankara, 2016. (Genel Hükümler)

ÖZDEMİR, Erdem: *İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku*, İstanbul, 2014.

ÖZER, Hatice Duygu/DULAY YANGIN, Dilek: *"Ceza İnfaz Mevzuatı Kapsamında Çalışan Tutuklu ve Hükümlülerin Sosyal Güvenliği"*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 2, Prof. Dr. Ferit Hakan Baykal Armağanı, 2019, s. 727-756.

ÖZTÜRK, Bahri/TEZCAN, Durmuş/ERDEM, Mustafa Ruhan/GEZER, Özge Sırma/SAYGILAR KIRIT, Yasemin F./ÖZAYDIN, Öz-

dem/ALAN AKCAN, Esra/ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser: Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, Eylül, 2016.

SOLMAZ, Mehtap/SOLMAZ; Tuğba: “*Stajyer Öğrenci İş Kazaları*”, Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2019; 8(1), s. 106-110.

SÖZER, Ali Nazım: İşçi, Bağımsız Çalışan ve Kamu Görevlileri Bakımından Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, İstanbul, 2019.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 14. Baskı, İstanbul, 2017.

TUNCAY, Can/EKMEKÇİ, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 18. Bası, İstanbul, 2016.

TUNÇOMAĞ, Kenan/CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, İstanbul, 2018.

UŞAN, M. Fatih: “Çıraklık Sözleşmesi-Kıdem Tazminatı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 1999, C. 7, S. 1-2, s. 385-390.

UŞAN, M. Fatih: Çıraklık Sözleşmesi, Konya, 1999.

YENİSEY, Feridun/NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara, 2016.

İnternet Kaynakları:

www.ilo.org (Erişim Tarihi: 05.03.2020)

<https://ailevecalisma.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 29.02.2020)

www.kazanci.com.tr (Erişim Tarihi: 01.03.2020)

<http://www.iydb.adalet.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 02.03.2020)

www.sgk.gov.tr (Erişim tarihi: 10.03.2020).

www.hukukturk.com (Erişim tarihi: 15.03.2020).



YABANCILAR VE ULUSLARARASI KORUMA KANUNU'NUN 74. MADDESİNİN “GÜVENLİ ÜÇÜNCÜ ÜLKE” KAVRAMI BAĞLAMINDA GENEL DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Hüseyin ÖZCAN*

Öz

“Güvenli üçüncü ülke ilkesi”, geri gönderme yasağının en popüler istisnası olarak kabul edilmektedir. Güvenli üçüncü ülkeden gelip sığınma talebinde bulunan kişi, sığınma talep ettiği ülkeye giriş yaptığı güvenli üçüncü ülke kategorisine göre ülkeye geri gönderilir. Güvenli üçüncü ülke sorusu ise yaygın olarak, Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi (1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi) imzacısı olan ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılama yetkisini tanıyan ülkeler olarak kabul edilmektedir.

Türk Hukukunda güvenli üçüncü ülke meselesini Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu (YUKK) düzenlemektedir. Ancak YUKK, güvenli üçüncü ülkelerin hangileri olduğunu hüküm altına almamakta, bunun yerine bazı kriterler sıralamaktadır. Bu kriterler ise en somut haliyle AB ülkelerini ve bunun haricinde birkaç gelişmiş ülkeyi işaret etmektedir. Türkiye'nin 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne coğrafi çekince koymuş olması hasebiyle 74. maddenin uygulama alanı sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu araştırmanın konusu, YUKK'nun 74. maddesinin sığınma talep sahiplerine uygulanması sorununu ele almaktan ibarettir.

* Prof. Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Hukuk Anabilim Dalı, Eskişehir, Türkiye | Prof. Dr., Anadolu University, Faculty of Law, Department of International Law, Eskişehir, Turkey.

✉ hozcan@anadolu.edu.tr • ORCID 0000-0002-9419-3514

✎ **Atıf Şekli** | Cite As: ÖZCAN, Hüseyin, “Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun 74. Maddesinin “Güvenli Üçüncü Ülke” Kavramı Bağlamında Genel Değerlendirilmesi”, *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 819-855.

✎ **İntihal** | Plagiarism: Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Sığınma Hakkı • Sığınmacı • Mülteci • Güvenli Üçüncü Ülke • Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin 1951 Cenevre Sözleşmesi

“SECURE THIRD COUNTRY CONCEPT” AND ARTICLE 74 OF FOREIGNERS AND INTERNATIONAL PROTECTION LAW

Abstract

The safe third country policy is considered the most popular exception to the prohibition on repatriation. The person who comes from the safe third country and requests for asylum is sent back to the country that enters the category of safe country entry to the country where he has requested asylum. The question of the safe third country is widely accepted as the signatories of the Geneva Refugee Convention of 1951, which recognized the ECtHR's jurisdiction. Foreigners and International Protection Law regulates the issue of a safe third country in Turkish Law. However, LFIP does not rule out which safe criteria are, but instead the criteria are listed. It refers to EU countries and a few other developed countries. Turkey's geographical reservation to the 1951 Geneva Refugee Union because of application of Article 74 to have put the problem arises. The subject of this research consists in addressing the problem of Article 74 of the NPL according to the asylum claimants.

Key Words

Right to Asylum • Asylum Seeker • Refugee • Safe Third Country • 1951 Geneva Convention on the Legal Status of Refugees

I. GİRİŞ

Sığınma hakkı antik çağa kadar uzanan bir geleneğe sahiptir ve çekirdek insan haklarından biri olarak adlandırılır¹. Günümüzde, modern demokratik devletlerin kabul ettiği değerler düzeni itibarıyla, siyasi zulme uğrayan insanlara koruma sağlamak, ahlaki olarak zorunluluk arz eder². İnsan haklarını esas almış modern devletler için sığınma hakkı kaçınılmaz bir haktır. Çağımızda, sığınma hakkı devlet egemenliğinin bir ifadesi ve sınırlaması haline gelmiştir ve doğal olarak hoşgörü, fizik-

¹ Friedhelm Hufen, *Staatsrecht II, Grundrechte*, 7. Bası, C.H.Beck, München 2018, s. 316; Helge Sodan, Das Konzept der sicheren Dritt- und Herkunftsstaaten, in: *Der Staat in der Flüchtlingskrise: Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*, Otto Deppenheuer/Christoph Grabenwarter (Ed.), Ferdinand Schöningh, Paderborn 2016, s. 172.

² Sodan, agm.

sel bütünlük ve özgürlük ilkeleriyle yakından ilişkilidir. Sığınma hakkının insan onuru ile bağlantısı her zaman açık olmuştur. Eğer bir kişinin vücut bütünlüğü ve onuru tehlikeye düşerse, sığınma hakkı kişiye zulme ve suçluların iadesine karşı koruma sağlar³.

Diğer yandan, güvenli üçüncü ülkeler bir koruma iddiasının varlığında önemli bir rol oynamaktadır. Çünkü korumaya muhtaç olana yardım edebilmek için; yardıma muhtaç olanın, muhtaç olmayandan ayırt edilebilmesi gerekmektedir. Günümüz hukuk düzenlerinde, bir kişinin güvenli üçüncü ülkeden gelmesi, onun korumaya muhtaç olmadığına bir göstergesi olarak kabul edilmektedir. Sığınma hakkının temel prensibine göre; kişinin sığınma talebinde bulunabilmesi için, o kişinin sığınma talep edilecek ülkenin ülkesine ya da en azından sınırına, menşe ülkesine ya da güvenli olmayan bir ülkeden ulaşması gerekir. Sığınma arayan kişilerin gitmek istedikleri bu devletlerin sınırlarına ulaşmak, her zaman basit olmamaktadır. Bir ülkeye ulaşmak için yola çıkan sığınmacılar, bazen birden fazla ülkeye giriş ve çıkış yapmak durumunda kalmaktadırlar. Sığınma arayan kişilerin sığınma talep edeceği ülkeye ulaştığında ise sığınılmak istenen ülke, sığınma arayanların geçtiği ülkelerde sığınma talebinde bulunup bulunmadığını, sığınma talebinde bulunmamış ise, bu ülkelerde sığınma talebinde bulunsaydı kabul edilip edilmeyeceğini, o ülkelerin güvenli üçüncü ülke statüsünde olup olmadığını araştırmaktadır. Sığınma talep edilen ülke, sığınma talep eden kişinin "güvenli üçüncü ülke" kabul edilen ülkelerin birinden geçmiş olduğunu tespit ederse, sığınma talep edenin talebini, "güvenli üçüncü ülke"den gelen kişilere 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi bağlamında koruma tanınmadığı iddiasıyla geri çevirmektedir. Hatta sığınma talep edilen devletlerin bazıları, bu kişiler için farklı ve hızlı bir prosedür uygulayarak, kendilerini sınırdan, havaalanından ya da limanlardan hızlı bir şekilde geri göndermektedirler.

"Güvenli üçüncü ülke ilkesi"ni, sığınma hakkının ve bunun neticesinde mülteci statüsü tanınmanın en popüler sınırı olarak kabul etmek gerekir⁴. Türkiye'nin sığınma hakkı kurumunu tanımaması ve aynı za-

³ Hufen, a.g.e., s. 317.

⁴ Bu konuda bkz., Hüseyin Özcan, **Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 385 vd.

manda 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne coğrafi çekince koymuş olması, güvenli üçüncü ülke ilkesini daha da karmaşık hale getirmektedir. Türkiye'nin kimler için güvenli üçüncü ülke kriterine dayanabileceğini anlamanın yolu, öncelikle güvenli üçüncü ülke ilkesinin çerçevesinin çizilmesinden geçmektedir. Bunu takiben iç hukuka yansımaları teşkil eden, Avrupa Birliği (AB) Mevzuatından iktibas edilen YUKK'nun 74. maddesini irdelemekte yarar var. 74. maddeye kaynaklık eden AB Mevzuatı ile AB'ye üye ülkeleri de ele aldıktan sonra, 74. maddenin 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi karşısındaki yeri ele alınacak ve sonuç olarak bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Güvenli Üçüncü Ülke: Kavram ve Kapsam

Güvenli üçüncü ülke, sığınmacıları zulüm karşısında koruyan, sığınmacılar için güvenli olan ülkedir⁵. Bir ülkenin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi için o ülkenin Cenevre Mülteci Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) imzacısı olup, bu sözleşmelerden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi lazımdır⁶. Bundan da anlaşılması gereken; AB ülkeleri ya da AB ülkeleri yasa koyucuları tarafından "güvenli üçüncü ülke" olarak görülen ülkelerin "güvenli üçüncü ülke" olduğudur⁷.

Güvenli üçüncü ülke kavramını tanımlamak çok basit görülmekle birlikte, hangi ülkelerin güvenli üçüncü ülke kavramı altında kabul edilebileceğini tespit edebilmek o kadar da kolay görülmemektedir. Bu konudaki genel yaklaşım şudur; zulümden kaçan bir yabancıнын sığınma talep ettiği ülkeye "güvenli bir üçüncü ülke"den gelmesi durumunda⁸,

⁵ Deniz Karakaş, Mülteci Sorunu Çerçevesinde Avrupa Birliği – Türkiye İlişkileri, Ormer Perspektif Serileri, Ocak 2016, No: 6, s. 6.

⁶ Bkz., <https://www.bpb.de/nachschlagen/lexika/270631/sichere-drittstaaten>, 11.01.2020.

⁷ Martin Will, Art. 16a, in: Grundgesetz Kommentar, Michael Sachs (Ed.), 8. Bası, C. H. Beck, München 2018, KN. 55. Will'e göre AB ülkeleri mutlak bir surette zulüm karşısında güvenli ülke kabul edilmesi gerekir.

⁸ Bu konuda ayrıntılı olarak bkz., Stefan Meierhofer, Die asylrechtliche Drittstaatenregelung, Diss., Regensburg 1998; Oldukça kapsamlı bir yorum için bkz., Ulrich Becker, Kommentierung des Art. 16a GG, in: Kommentar zum Grundgesetz, Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Ed.), Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010. Art. 16a, KN.160 vd.

sığınma talep edilen ülkenin korumasına muhtaç olmadığı gerekçesiyle sığınma talebi reddedilir⁹. Bu ret işleminin, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin 33. maddesi kapsamında güvence altına alınmış olan geri gönderme yasağını ihlal etmediği kabul edilmektedir. Çünkü 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi, kişileri zulüm karşısında koruma amacını gütmektedir¹⁰. Bu nedenledir ki; bir ülkenin “güvenli üçüncü ülke” olduğuna yönelik ölçütte, sığınılacak devlete gelinen ülkenin 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni imzalamış olması gerekmektedir¹¹. Şüphesiz bu ülkelerde, kişilerin zulme uğraması veya zulüm karşısında devletin korumasından faydalanamaması düşünülemez. Bu anlayışa göre, bir kişinin sığınma talebinin kabulü ya da kendisine mülteci statüsü tanınabilmesi için; sığınma talep ettiği ülkeye, zulümden kaçtığı ülkeden doğrudan ya da “güvenli üçüncü ülke” olarak kabul edilen ülke haricindeki bir ülke üzerinden gelmesi gerekmektedir¹².

Burada öncelikle bir hususu vurgulamak gerekir ki; “güvenli üçüncü ülke” ile “güvenli ülke” sıklıkla birbirine karıştırılmaktadır. “Güvenli ülke”den, anlaşılması gereken; sığınmacının menşe ya da ika-met ülkesinin güvenli bir ülke olmasıdır. “Güvenli üçüncü ülke” ise sığınma talep sahibinin, üzerinden sığınma talep edilen ülkeye geçiş yapmış olduğu ülkedir¹³. Birinci halde, kişinin menşe ülkesinin güvenli ülke olması başlı başına sığınma hakkının sona erme ya da talebinin reddi sebebinin oluşturmaktadır¹⁴. Bir güvenli ülke, güvenli üçüncü ülke

⁹ Hans-Georg Maaßen, Md. 16a, in: GG Grundgesetz Kommentar, Volker Epping/ Christian Hillgruber, (Ed.), Beck, 2. Auflage, München 2013, KN. 60; Andreas Zimmermann/ Christian Tams, Art. 16a, in: Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Karl Heinrich Friauf/ Wolfram Höfling (Ed.), Schmid, Berlin 2009 KN. 133; Bülent Peker, / Mithat Sancar, Mülteciler ve İltica Hakkı, İnsan Hakları Derneği İktisadi İşletmesi 1986, s. 36.

¹⁰ Neva Övünc Öztürk, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 152.

¹¹ Ralf Weber, Extremtraumatisierte Flüchtlinge in Deutschland, Campus – Verlag, Frankfurt a.M. 1998, s. 39.

¹² Özellikle bu konuda Alman öğretisi ve içtihadı fikir birliğindedirler. Bkz., Andreas Fischer-Lescano/ Johan Horst, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen in: ZAR 2011, s. 81 vd. (88).

¹³ A.g.e.

¹⁴ European Stability Initiative (ESI), Yunanistan için “Güvenli Üçüncü Ülke” Olarak Türkiye, 17 Ekim 2015, s.2; Bkz., <http://www.esiweb.org/pdf/ESI%20->

olmayabileceği gibi, güvenli üçüncü ülke de güvenli ülke olarak kabul edilmeyebilir. Bu iki kurum birbirinden tamamen ayrıdır¹⁵. Mesela Türkiye, AB ile yapılan geri kabul antlaşması sonucunda güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmiş olmakla birlikte, AB'ye üye olan sınırlı sayıda ülke Türkiye'yi "güvenli ülke" olarak kabul etmektedir¹⁶.

Bir ülkenin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilebilmesi için, o ülkede kişilere siyasi zulüm veya insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza veya muamele uygulanmaması ve uygulanmayacağı yönünde güçlü kanaatlerin olması gerekmektedir. Bundan anlaşılması gereken; öncelikle bir ülkede sığınma hakkına konu olabilecek zulüm uygulamalarının yaygın olarak bulunmaması gerektiğidir¹⁷. Ayrıca bir ülkenin güvenli üçüncü ülke olabilmesi için o ülkede kişilere insanlık dışı ve aşağılayıcı ceza veya muamele uygulanmaması gerekmektedir. Buradaki temel ölçüt, AİHS'nin 3. maddesinin şartlarıdır. Mesela bir ülkede ölüm cezasının varlığı, o ülkenin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesini imkânsız kılar¹⁸. Bütün bunlardan yola çıkarak "güvenli üçüncü ülke" kavramını şu şekilde izah edebiliriz: "Güvenli üçüncü ülke", başka ülke uyruklu sığınmacılar için güvenli olarak kabul edilen ülkedir¹⁹. Literatürde "safe third country", "host third country" ve "country of first asylum" şeklinde adlandırılan güvenli üçüncü ülke, kişinin sığınma talebinde bulunmadan önce, kendisine zulmeden menşe ya da ikamet ülkesi sonrasında sığındığı, daha sonra sığınma talebinde bulunduğu ülkeye gelmekte olduğu ülkeyi işaret etmektedir. Kişinin menşe ya da ikamet ülkesinden kaçarken giriş yaptığı bu ülkeden, sığınma talebinde bulunup bulunmadığının önemi yoktur. Önemli olan, kişinin sığınma talebinde bulunmuş olsa idi, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi bağlamında koruma bulabilecek olmasıdır. Başka bir ifade ile güvenli üçüncü ülke; "bir sı-

%20Yunanistan%20İcin%20Güvenli%20Üçüncü%20Ülke%20Olarak
%20Türkiye%20-%202017%20Ekim%202015.pdf, 21.08.2017.

¹⁵ Jessica Niehaus, *Sichere Herkunfts- und Drittstaaten – Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Analyse er europäischen Asylrichter*, ZAR 2017, s. 389 vd. (s. 393).

¹⁶ A.g.e.

¹⁷ Becker, a.g.e., KN. 197.

¹⁸ Becker, a.g.e., KN. 197 v.d.

¹⁹ Esi, A.g.e., s. 1.

ğınmacının, sığınma başvurusu yaptığı ülkeye gelmeden önce fiziki olarak bulunduğu ve isterse mülteci olarak koruma alabileceği ülke" şeklinde tanımlanabilir²⁰.

Sonuç olarak tekrar ifade etmek gerekirse; "güvenli üçüncü ülke"nin AB ülkeleri ve AB'ye üye olmayan, yasa koyucu tarafından tespit edilen bazı Avrupa ülkeleri güvenli ülke olarak kabul edilmekte, bu ülkelerin haricindeki güvenli ülkelerin tespitinde ise iki temel ölçüt dikkat çekmektedir. Bir ülkenin güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilmesi için, o ülkenin 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesinin imzalamış olması ve AİHS'yi tanımış olması gerekmektedir. Bu bağlamda; hangi ülkelerin güvenli ülke olduğu sorusunu daha da somutlaştırmak için, YUKK'nın 74. maddesini ele aldıktan sonra AB Mevzuata ile AB ülkelerinin bu konudaki düzenlemelerini ele alalım.

II. YUKK'nun 74. Maddesi

Türk hukuk düzeninde "güvenli üçüncü ülke ilkesi", 6458 sayılı Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanunu'nun (YUKK) 74. maddesinde ayrıntılı düzenlenmektedir. 6458 sayılı YUKK'nun 74. maddesi güvenli üçüncü ülkeden gelen sığınmacıların, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin koruma zırhından yararlanamayacağını hüküm altına almaktadır. Bu maddenin yapılaş sürecine baktığımızda; 4 Nisan 2013 tarihinde kabul edilip, 11 Nisan 2013 tarihinde yayımlanmış olan YUKK'nun 125. maddesine göre; 122, 125. maddesinin 1, 2, 5 ve 7. fıkraları ile 124. maddesi hariç beşinci kısmı yayın tarihinde, diğer hükümleri yayımlandıktan bir yıl sonra, yani 5 Nisan 2014 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu yapım süreci sonrasında, çeşitli tartışmalara konu olmasına rağmen bu kanunda herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. 74. maddenin genel gerekçesine baktığımızda; kanun koyucu genel gerekçede somut ifadeler kullanmamış, yalnızca madde ile güvenli üçüncü ülkeden gelen kişilerle ilgili yapılacak işlemlerin belirlendiğini belirtilmekle yetinmiştir²¹. İlgili maddenin mevcut olmayan gerekçesinden, kanun koyucunun güvenli üçüncü ülke konusunda kafa karışıklığı içinde olduğu,

²⁰ Bkz., <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=55fa659a4>, 02.09.2019.

²¹ Bkz., <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss310.pdf>, 13.03.2020.

AB ve AB ülkelerinin aksine, kanun koyucunun hangi devletlerin “güvenli üçüncü ülke” kapsamına girdiği konusunu hiç tartışmadığı ve “güvenli üçüncü ülke” kavramını sadece AB müktesebatından alıntıyla makla yetindiği anlaşılmaktadır.

Diğer yandan, Türkiye’nin kendisinin güvenli üçüncü ülke olup olmadığı öğretide ve yabancı ülke mahkeme kararlarında sorgulanmaktadır. AB bu soruyu 17 ve 18 Mart 2016 tarihindeki AB liderleri ile Türkiye buluşmasında, Türkiye’nin bir “güvenli üçüncü ülke” olarak muamele edilip edilmeyeceği tartışma konusu olmuştur. Şüphesiz bütün AB ülkeleri, Türkiye’nin mülteci sorununun çözümünde merkezi bir rol oynadığını kabul etmektedirler²². Ancak ortada bir de AB Mevzuatı ve AB ülkelerinin düzenlemeleri ve uygulamaları vardır. Bu itibarla burada 74. maddeyi değerlendirirken, aynı zamanda Türkiye’nin bir “güvenli üçüncü ülke” olup olmadığı sorusu ile de meşgul olmakta yarar görüyoruz.

Öncelikle 74. maddenin düzenlemesine bakarsak; 74. maddenin 1. fıkrasına göre “Başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi için işlemler başlatılır. Ancak geri gönderme işlemi gerçekleşinceye kadar ülkede kalmasına izin verilir. Bu durum ilgiliye tebliğ edilir. İlgilinin, güvenli üçüncü ülke olarak nitelenen ülke tarafından kabul edilmemesi hâlinde, başvuruya ilişkin işlemler devam ettirilir”.

Mezkûr maddenin 2. fıkrasında ise güvenli üçüncü ülke kriterleri sayılmıştır. Buna göre; “a) Kişilerin hayatının veya hürriyetinin, ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri nedeniyle tehdit altında olmaması; b) Kişilerin işkenceye, insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya muameleye tabi tutulacağı ülkelere geri gönderilmemesi ilkesinin uygulanıyor olması; c) Kişinin mülteci statüsü

²² Marx Reinhard, Rechtsgutachten zur Frage, ob die Türkei als „sicherer Drittstaat“ eingestuft werden kann, in Pro Asyl, 2016, bkz., https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2016/03/160304_Gutachten_Marx_Tuerkei_als_sicherer_Drittstaat_korr.pdf, 13.03.2020.

talep etme ve mülteci olarak nitelendirilmesi durumunda Sözleşmeye uygun olarak koruma elde etme imkânının bulunması; ç) Kişinin ciddi zarar görme riskinin olmaması" şartlarını taşıyan ülkeler güvenli üçüncü ülke olarak nitelendirilir.

Mezkûr maddenin sonuncu fıkrasında ise; "Bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığı, başvuru sahibinin ilgili üçüncü ülkeye gönderilmesini makul kılacak bu kişi ve ülke arasındaki bağlantılar da dâhil olmak üzere, her başvuru sahibi için ayrı olarak değerlendirilir" denilerek güvenli üçüncü ülkeye geri göndermenin bireysel olarak inceleneceği, topluca işlem yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bu da göstermektedir ki; Türk kanun koyucusu, "güvenli üçüncü ülke" kategorisinde kabul edilecek ülkeler konusunda bir liste yapmayı düşünmemekte, sığınma talep sahibinin talebi üzerine de yurda giriş yaptığı ülkeye ve vakiya bağlı olarak güvenli ülke ölçütlerini uygulamak istemektedir. Bu da "güvenli üçüncü ülke" ölçütünün alındığı AB mevzuatına ve AB ülkelerinin uygulamalarına aykırı bir yaklaşım sergilemektedir.

III. AB Mevzuatında Güvenli Üçüncü Ülke Düzenlemeleri

Avrupa devletleri, 1970'li yıllardan itibaren sınırlarını işçi göçüne kapatıp, aile birleşimini engellemeye yönelik çareler aramaya başlamışlardır. Bu zaman diliminde birçok Avrupa devletinde, insani sebeplerden dolayı kabul, göç için tek seçenek haline gelmiştir. Hatta bu noktada da sığınma hakkının kötüye kullanıldığına yönelik inanışlar artmıştır. Bütün bu gelişmeler, işçi göçünün yanında sığınmacıların da Avrupa sınırları dışında tutulmasına yönelik tartışmaları ve tedbir girişimlerini beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların merkezinde ise, güvenli üçüncü ülkeden gelen sığınmacıların o ülkelere geri gönderilmesi bulunmuştur²³.

Güvenli üçüncü ülke ilkesi, mülteci sorununu kendi sınırları dışında, en azından tampon ülkeler dâhilinde çözmek için AB'nin geliştir-

²³ Violeta Moreno-Lax, The Legality of the "Safe Third Country" Notion Contested: Insights from the Law of Treaties, in: G.S Goodwin-Gill, / W. Peckel, (Ed.), **Migration and Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects - The Hague Academy of International Law Centre for Research**, Martinus Nijhoff 2015, S. 664 vd. (s. 664); krş., Hüseyin Özcan, a.g.e., s. 392 vd.

diği bir proje görünümündedir. AB ülkelerinin coğrafik olarak birbirinin komşusu olması ve sığınmacı üreten ülkelere nazaran birbirine nispeten yakınlık arz etmesi, bu durumun temel gerekçesini oluşturmaktadır²⁴. Burada amaç, mülteci sorununun AB ülkeleri dışında ya da dış üye ülkelerde çözümlenmesini sağlamak; bunun başarılabilmesi halinde ise, sığınma talebinde bulunmuş olan yabancılara statü tanıma külfetini, üye devletlerin birlikte paylaşmasını sağlama²⁵ niteliğindedir²⁶.

Güvenli üçüncü ülke ilkesi AB müktesebatına, Avrupa Birliği Ortak Sığınma Sistemi tartışmalarının sonucunda girmiştir²⁷. Bu tartışmaların başlangıcında bu ilke ilk defa, Danimarka uygulamasında AİHM’de tartışma konusu olmuş, ancak AİHM, bu uygulamanın AİHS ile bağdaşmazlığını tespit etmiş olmasına rağmen, Avrupa ülkelerinde ve daha sonra da AB Müktesebatında bağlayıcı bir norm halini almıştır²⁸. Bu ilke, 30 Kasım / 1 Aralık 1992 tarihlerindeki AB Göç Bakanları’nın Londra sonuç bildirisine girmiştir²⁹, bunu takiben de AB Mevzuatının ayrılmaz bir parçası olmuştur. Ancak şunu da ifade etmekte yarar var; aslında Danimarka’nın yaptığı, AB ülkelerinin yöntem olarak uzun süredir varlığı bilinen bir uygulamanın mevzuat haline getirilmiş şeklidir. Avrupa çoğ-

²⁴ Neva Övünç Öztürk, Mültecinin Hukukî Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin, Ankara 2015, s. 155.

²⁵ Bizim kanaatimize göre statü verilmesi sonucunda ortaya çıkan masrafın baştan savma girişimi olduğunu söylemek, daha doğru bir ifade olacaktır.

²⁶ Mehmet Özcan, Avrupa Birliği Sığınma Hakkı, Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Usak Yayını, Ankara 2005, s. 152; karşılaştırmalı olarak, Hüseyin Özcan, a.g.e., s. 392 vd.

²⁷ Mehmet Özcan, a.g.e., s. 54 v.d.; Genel olarak Avrupa Birliği Ortak Sığınma Sistemi için bkz., Tülay Yıldırım, Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.

²⁸ Gökhan Taneri, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non – Refoulement) İlkesi, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012., s. 209; Rosemary Byrne, / Gregor Noll, / Jens Vedstedt -Hansen, Understanding Refugee Law in an Enlarged European Union, in EJIL 2004, Vol. 15, No. 2, s. 355 v.d. (s.360 vd.).

²⁹ Kay Heilbronner, Refoulements – Verbote und Drittstaatenregelungen (Art. 33 GFK und Art 3 EMRK), in: Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Ulrich Beyerlin/ Michael Bothe / Rainer Hofmann/ Ernst-Ulrich Petersmann (Ed.), Springer, Berlin 1995, s. 365 vd. (s. 366 vd.) Heilbronner’e göre Alman Anayasa Koyucusu, Anayasası’nın 16a maddesinin yapımında bu sonuç bildirgesinden esinlenmiştir. Bkz., a.g.e., s. 366 vd. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz., Yıldırım, a.g.e., s. 53 vd.

rafyasında ortaya çıkmış olan “güvenli üçüncü ülke” kavramı³⁰, AB müktesebatından önce, Avrupa uygulamasında tartışılır olmuştur. Mesela İngiltere, uzun süredir güvenli üçüncü ülkeden gelen sığınmacıların geri gönderilmesine karar vermekte idi³¹. Aynı zamanda “güvenli üçüncü ülke” Alman yargısı ve nihayetinde anayasa koyucusunun da tartıştığı bir konu halinde gelmiştir³².

Sonuç olarak; AB’de “güvenli üçüncü ülke” ye ilişkin düzenlemelerin başlangıcını 1992 tarihli Londra sonuç bildirisini oluşturmaktadır. Bunu takiben, 1 Eylül 1997 tarihli Dublin Sözleşmesi güvenli üçüncü ülke prensibinden kısaca bahsetmektedir. Dublin Sözleşmesi’nin 3. maddesinin 1. fıkrası, sığınma başvurusunda bulunan herkesin başvurusunun incelenmesi güvencesini tanıdıktan sonra, 5. fıkrasına göre her üye devletin, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ne riayet etmek kaydıyla, sığınmacıyı güvenli ülkeye gönderme hakkının olduğunu vurgulamıştır³³.

Avrupa Birliği Konseyi, Dublin Sözleşmesi’nden 6 yıl sonra, 18 Şubat 2003 tarihinde, “Bir Üçüncü Ülke Vatandaşının Üye Devletlerin Birinde Yaptığı Sığınma Başvurusunun İncelenmesinden Sorumlu Üye Devletin Belirlenmesine İlişkin Kriter ve Mekanizmaların Saptanması Hakkında” bir Konsey Tüzüğü kabul etmiştir³⁴. Dublin II Tüzüğü olarak bilinen 18 Şubat 2003 tarihli ve 343/2003/AT sayılı bu Tüzüğün 3. maddesinin 3. fıkrasına göre üye devletler, “Cenevre Sözleşmesi’nin hükümlerine uygun olarak, sığınma isteyen bir kişiyi üye devletlerin kendi ulusal hukukları gereği bir üçüncü ülkeye gönderme hakkına sahiptirler”. Buna göre sığınmacılar, ilk ulaştığı AB ülkesi veya AB dışı olmakla birlikte güvenli üçüncü ülke olarak kabul edilen İsviçre ve Norveç’te sığınma başvurusu ele alacak, şayet sığınmacı, bu ülkeden bir başka AB ülkesine geçiş yapmış ise, ülkesine geçiş yapılan ülke, o sığınmacıyı,

³⁰ Öztürk, a.g.e., s. 155.

³¹ Mehmet Özcan, a.g.e.

³² Hailbronner, a.g.e. s. 366 v.d.

³³ krş., Mehmet Özcan, a.g.e., s. 61. Bkz., [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:41997A0819(01)&from=EN), 07.08.2018.

³⁴ Bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0343&from=EN>, 07.02.2020.

kendisine giriş yaptığı güvenli üçüncü ülkeye gönderebilecektir.

Avrupa Birliği, 1 Aralık 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Vasıf Yönergesi de güvenli üçüncü ülke müessesesini daha somut hale getirmiştir. Mezkûr Yönergenin 27. maddesi “Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı” başlığını taşımakta, Yönergenin 27. maddesinin 1. Fıkrası üye devletlere, “güvenli üçüncü ülke kavramını yetkili merciin, bir sığınma arayanın bazı temel ilkelere göre muamele göreceği konusunda kani olmuş olması durumunda uygulayabilme” yetkisi tanımaktadır. Bu temel şartlar ise 27. maddenin 1. fıkrasında; “a) Irk, din, milliyet, belirli bir toplumsal gruba veya siyasi inançlara dayalı yaşam ve özgürlükleri tehlikeye atama, b) Cenevre Mülteci Sözleşmesi uyarınca geri göndermeme ilkesine saygı gösterilmesi, c) Uluslararası hukukta koruma altına alınmış olan işkence ve zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele durumlarında geri gönderme yasağına uymak” şeklinde sayılmıştır.

Yönergenin 27. maddesinin 2. fıkrasında ise “güvenli üçüncü ülke” meselesinde ulusal hukuktaki düzenlemelerin uygulanacağı ve bu düzenlemeler uygulanırken; “ a) Sığınma talep eden kişi ile söz konusu üçüncü ülke arasında bağlantı kurulmasını arayan ve bu kişinin o ülkeye gitmesinin makul olacağını kabul eden düzenlemeler bulunmalı; b) Yetkili makamlar tarafından güvenli bir üçüncü ülke kavramının belirli bir devlete veya belirli bir sığınmacıya uygulanabilmesini sağlamak için kullanılan metodoloji ile ilgili düzenlemeler – ki bu metodoloji, belirli bir başvuran için ülkenin güvenliğini ve / veya genellikle güvenli olduğu düşünülen ülkelerin ulusal olarak belirlenmesini kapsamalı ve c) İlgili üçüncü ülkenin belirli bir başvuran için güvenli olup olmadığını, uluslararası hukuka uygun düzenlemeler doğrultusunda bağımsız bir şekilde incelemesine izin vermeli, en azından başvuranın güvenli üçüncü ülke konseptinin uygulanmasına, işkenceye, zalimane, insanlık dışı veya aşağılayıcı muamele veya cezaya maruz kalacağı gerekçesiyle itiraz etmesine izin vermelidir³⁵.

Sonuç olarak 1 Aralık 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Avrupa Birliği Vasıf Yönergesi, “güvenli üçüncü ülke” kavramını, iki perspektiften

³⁵ Bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0085&from=EN>, 17.03.2020.

ele almış; bunlardan birincisi, hangi hallerde “güvenli üçüncü ülke” kavramının uygulanabileceğine ilişkin, ikincisi ise bunun uygulanmasında yetkilendirilmiş olan ulusal hukukta bulunması gereken temel ilkelere ilişkindir. Bu Yönergeye göre;

AB'nin “Güvenli Üçüncü Ülke Kavramı” başlığını taşıyan 26 Haziran 2013 tarih ve 2013/32/EC sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesinin 38. maddesi, 1 Aralık 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Avrupa Birliği Vasıf Yönergesinin 27. maddesini tekrar eder niteliktedir. Ancak bu Yönerge bazı ayrıntılar itibarıyla, 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Avrupa Birliği Vasıf Yönergesinin 27. maddesinden ayrılmaktadır. 2013 tarih ve 2013/32/EU sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesinin 38. maddesinin 1. fıkrası uyarınca “üye devletler, ancak, yetkili makamların, uluslararası korumayı isteyen bir kişinin, ilgili üçüncü ülkede aşağıdaki ilkelere uygun olarak muamele gördüğünden emin oldukları durumlarda, güvenli bir üçüncü ülke kavramını uygulayabilir 38. maddenin 1. fıkrası bu ilkelere şöyle saymıştır; a) Irk, din, milliyet, belirli bir toplumsal gruba veya siyasi inanca dayalı yaşam ve özgürlükleri tehlikeye sokmazsa; b) 2011/95 / EC sayılı Direktifte tanımlanan ciddi zarar riski taşımazsa; c) Cenevre Mülteci Sözleşmesi uyarınca geri göndermeme yasağı ilkesinin korursa ve d) Uluslararası hukukta koruma altına alınmış olan işkence ve zalimane, insanlık dışı veya onur kırıcı muamele durumlarında geri gönderme yasağına uyarsa, kişinin mülteci statüsüne müracaat etmesi mümkündür ve eğer kişiye mülteci statüsü verilirse, Cenevre Sözleşmesi uyarınca koruma altına alınabilir³⁶.

38. maddenin 2. fıkrası ise, 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Avrupa Birliği Vasıf Yönergesinin 27. maddesinin 2. fıkrasını tekrar eder niteliktedir. 2. fıkraya göre üye devletlerin iç hukuk düzenlerindeki düzenlemelere göre güvenli üçüncü ülke kriterini tespit edebilirler. Bu noktada 2013 tarih ve 2013/32/EU sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesinin 38. maddesinin 2. fıkrası, 2005 tarih ve 2005/85/EC sayılı Avrupa Birliği Vasıf Yönergesinin 27. maddesinin 2. fıkrasını birebir tekrar etmektedir³⁷.

³⁶ Her iki yönergede kullanılan bu ifade, güvenli üçüncü ülkeye geriye göndermede sığınma hak sahibi ve mülteci statü sahibini birbirinden ayrıştırıldığını göstermektedir.

³⁷ Bkz., <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:>

Avrupa Konseyi'nin "Üçüncü Dünya Ülkesi Vatandaşı Ya da Vatasız Kişi Tarafından Bir Üye Ülkede Gerçekleştirilen Uluslararası Koruma Talebinin İncelenmesinin Hangi Ülkenin Sorumlu Olacağına Belirlenmesi Hususunda Kriter ve Mekanizma Konulmasına İlişkin 604/2013 EC sayılı ve 19 Temmuz 2013 tarihli Tüzüğü de "Güvenli Üçüncü Ülke" ilkesinin düzenlemektedir. Bu tüzük üye devletlere sığınmacıları, 3. maddesinin 3. fıkrası uyarınca güvenli üçüncü ülkeye geriye gönderme hakkı tanımaktadır. Bunun haricinde bu tüzük, sığınmacıların başvurusunun hangi devlet tarafından inceleneceğini ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir³⁸.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, 17. 3. 2017 tarihinde verdiği Mirza. / Macaristan'a karşı kararında (karar sayısı C-695/15 PPU)³⁹, AB Mevzuatında yer bulan "güvenli üçüncü ülke" ilkesi konusunda temel ilkeleri tespit etmiştir. ABAD'ın bu kararında, Pakistan vatandaşı sığınmacı, hukuk dışı yollarla Sırbistan'dan Macaristan'a giriş yapmış, Macaristan'da sığınma talebinde bulunmuş ve bunu müteakip Çek Cumhuriyeti'ne geçiş yapmıştır. Macaristan Cumhuriyeti, sığınma talebini takipsiz bırakan sığınmacıyı Çek Cumhuriyeti'nden geriye kabul etmiştir. Sığınma talep sahibi, Macaristan'dan tekrar sığınma talebinde bulunmuş, Macaristan, kendisinin güvenli üçüncü ülke olan Sırbistan'dan geldiği için talebini reddetmiştir. Bunun üzerine sığınma talep sahibi, bu işleme karşı idare mahkemesine, söz konusu işlemin Birlik Hukukuna aykırılığı iddiasıyla dava açmıştır. ABAD, Mahkemenin başvurusunda ilk önce, Dublin III Tüzüğü'nün 3. Maddesine göre üye devletin bir sığınmacıyı güvenli üçüncü ülkeye geriye göndermesinin, Dublin III Tüzüğü'ne göre sığınma talep sahibinin uluslararası koruma talebinin kontrolünde yetkili olup olmadığının kabul edilmesini etkilemeyeceğine karar vermiştir. Dublin III Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. fıkrasına göre her bir üye devletin zaman sınırı olmaksızın, sığınma talep sahibinin güvenli üçüncü

32013L0032&from=en, 03.03.2020.

³⁸ Bkz., <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R0604&from=en>, 07.03.2020.

³⁹ Bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175167&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>, 07.03.2020.

devlete geriye gönderme hakkı vardır. Şayet bir üye devlet, bu olayda olduğu gibi, Dublin 3. Tüzüğü'nün 3. maddesinin 3. fıkrasının tanıdığı hakları kullanmaktan kaçınmış, başvuru ise, başvurusunun kesin sonucunu beklemeksizin, bir başka üye devlete geçmişse, yetkili üye devlet tarafından tekrar kabulü halinde kişi, yetkili devlet tarafından başvurunun incelenmesi bağlamında daha iyi bir durumda bulunabilir. Bu ise birleşik usul ve değerlendirme ölçütlerinin gerçekleştirilmesi yoluyla engellenmesi gereken ikinci bir göçü destekleyebilir. ABAD'a göre güvenli üçüncü ülkeye geriye gönderme olanağı, yetkili devletin (Macaristan) kendi konumuna geçen devlete (Çek Cumhuriyeti), başvurusunun güvenli üçüncü ülkeye geriye göndermeye yönelik ulusal düzenlemeleri ve idari uygulamaları hakkında bilgilenmemiş olsa dahi mevcuttur. 2013 tarih ve 2013/32/EU sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesinin 38. maddesi üye devletlere, hangi üçüncü ülkeye güvenli üçüncü ülke kavramını kullandığını AB Komisyonuna bildirme yükümlülüğü getirmektedir. Ancak bu yükümlülük; bir üye devletin diğer üye devletlere haber verme yükümlülüğü getirmemektedir⁴⁰.

AB sığınma hukukuna göre "güvenli üçüncü ülke", vatandaşları siyasi zulüm veya silahlı çatışma, işkence veya ölüm cezası nedeniyle ciddi zarar görme tehdidi ile karşı karşıya bulunmayan ülkeler için geçerli bir tanımlama olarak görülmektedir⁴¹. AB ülkelerinin bazıları, kendi iç hukuklarına "güvenli üçüncü ülke" kavramını aynen taşımışlardır. Hatta Federal Almanya Cumhuriyeti, "güvenli üçüncü ülke" kavramını Anayasal bir norm olarak kabul etmiş, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 16a maddesinin 2. fıkrası hükmü haline getirmiştir. AB ülkeleri, AB müktesebatının kendilerine verdikleri icazetle de karşılıklı geri kabul anlaşmaları yaparak, ülkelere statü belirleme ve koruma sorumluluğunu devredebilmektedirler. AB müktesebatındaki gibi düzenlemeleri olmamakla birlikte; AB üyesi olmayan, ama sığınmacıların tercih ettiği ABD, Kanada ve Avustralya gibi ülkelerde de "güvenli üçüncü

⁴⁰ Karar için bkz., <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=175167&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>, 08.03.2020.

⁴¹ Nuray Ekşi, in: Ceyda Süral /Ekin Ömeroğlu (Ed.), Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2015, s.2.

ülke” uygulamaları mevcuttur. Ayrıca ABD ve Kanada’nın aralarında akdettikleri geri kabul antlaşması ile bu ülkeler, statü belirleme ve koruma sorumluluğunu birbirlerine devredebilmektedirler⁴².

V. AB Ülkelerinde Güvenli Üçüncü Ülke Düzenlemeleri

AB ülkelerinin ulusal düzenlemelerine giriş yapmadan önce şunu da ifade etmeliyiz ki; AB mevzuatı ve bu bağlamda güvenli üçüncü ülkeye ilişkin AB mevzuatındaki düzenlemeler, AB ülkelerinin ulusal düzenlemelerinden üstündür⁴³. Bu itibarla, AB ülkeleri bu konuda bir düzenleme yaptıklarında, yaptıkları düzenlemeler üst norma aykırı olmamak zorundadır. Ayrıca AB ülkeleri, bu alanda herhangi bir düzenleme yapmaksızın doğrudan AB düzenlemelerini de uygulayabilirler. Bu nedenle bazı AB ülkeleri, “güvenli üçüncü ülke” ulusal listesini oluşturmuş, bazıları ise özellikle “güvenli üçüncü ülke” listesi oluşturmaktan kaçınmıştır. Güvenli üçüncü ülke listesi oluşturan ülkelerden biri Almanya’dır. Alman Sığınma Kanunu’nun 26a maddesinde 2. fıkrasına eklenen Ek-1 listesi güvenli üçüncü ülke ülkelerini saymaktadır. Buna göre bütün AB ülkeleri “güvenli üçüncü ülke” kategorisine girmektedir. Bu normun sözleşmeye uygun yorumu, AB üyesi olmayan ülkelerin üçüncü ülke olduğunu da işaret etmektedir. Almanya dışında bazı ülkeler de mesela Avusturya ve İsviçre, “güvenli üçüncü ülke”yi iç hukuklarında öngörmüşlerdir. Diğer yandan, mesela Çek Cumhuriyeti, Karadağ ve Moldavya’yı güvenli üçüncü ülke olarak tanımlamaktadır. Buna karşın bütün AB ülkeleri, “güvenli üçüncü ülke” listesi oluştursa dahi, iç hukuklarında “güvenli üçüncü ülke” listesi oluşturmamışlardır⁴⁴. Bütün bunlara rağmen biz burada, “güvenli üçüncü ülke” düzenlemesi var olan AB ülkelerindeki “güvenli üçüncü ülke” düzenlemelerine kısaca değinelim.

Alman hukuk sisteminde güvenli üçüncü ülke, Alman Anayasası’nın 16a maddesi’nin hüküm altına aldığı bir ilkedir. Mezkûr madde nin 2. fıkrasının 1. cümlesine göre “Avrupa Birliğinin bir üye devletin-

⁴² Öztürk; a.g.e, 156.

⁴³ Günther Carsten, § 27a AsylVfG, in: Beck’scher Online-Kommentar Ausländerrecht, 8. Edition, Stand: 1.9.2014, Rn. 9.

⁴⁴ Niehaus, a.g.e., s. 392.

den veya Mültecilerin Hakları Hakkında Antlaşmanın ve Avrupa İnsan Hak ve Özgürlüklerin Korunması Hakkında Sözleşmenin fiilen uygulandığı üçüncü bir devletten giriş yapan kimse" sığınma hakkından yararlanamaz. Mezkûr maddenin 2. fıkrasının 3. cümlesi ise "AB dışındaki devletlerin güvenli üçüncü ülke olma hallerinin yasa ile belirleneceği" hükmüne yer vermiştir. Buna göre Alman Anayasa Koyucusu, bir ülkenin "güvenli üçüncü ülke" olması halinin tespitini, doğrudan kanun koyucuya bırakmıştır⁴⁵. Alman Anayasasının 16a maddesinin 2. fıkrasına göre AB ülkeleri dışındaki ülkelerin güvenli üçüncü ülke olarak tespitinde temel kriter, ülkenin AİHS'yi ve 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni tanımış olması olarak görülmektedir.

Yasal düzeyde ise; Alman Federal Alman Sığınma Yasası'nda "güvenli üçüncü ülke", öncelikle 18. maddesinin 1. fıkrasında ifade edilmektedir. Buna göre, şayet bir kişi "güvenli üçüncü ülke" den geliyor ise, sığınma talebi reddedilir. Ancak aynı Yasanın 18. maddesinin 4. fıkrasına göre, şayet Federal Almanya Cumhuriyeti, AB müktesebatına ve uluslararası sözleşmelere göre sığınma prosedürü yürütmekle yetkili ise ve Federal İçişleri Bakanlığı, uluslararası hukuktan kaynaklanan bir sebeple ya da insani gerekçelerle veya Federal Almanya Cumhuriyeti'nin siyasi çıkarlarının korunması için talimat verir ise, "güvenli üçüncü ülke" kriteri uygulanmaz.

Federal Alman Sığınma Yasası'nın "güvenli üçüncü ülke" başlığını taşıyan 26a. maddesi, güvenli üçüncü ülkeyi ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Yasanın 26a. maddesinin 1. fıkrasına göre bir kişi, Anayasasının 16a maddesinin 2. fıkrasının 1. cümlesi bağlamında "güvenli bir üçüncü ülke" den geliyor ise, sığınma talebinde bulunamaz. Bu kişi böyle bir durumda sığınma hakkı sahibi olarak kabul edilmez. Ancak bu hüküm beraberinde bazı istisnalar da getirmektedir. Bunlar ise;

"Şayet bir yabancı; **1.** güvenli üçüncü ülkeden giriş yaptığı sırada Almanya Federal Cumhuriyeti'nde oturma iznine sahipse, **2.** Federal Almanya Cumhuriyeti, AB mevzuatına veya güvenli üçüncü ülke ile yapılan uluslararası sözleşmeye istinaden sığınma prosedürünün uygu-

⁴⁵ Albert Bleckmann, Staatsrecht II, Grundrechte, 4. Bası, Carl Heymanns, Köln / Berlin / Bonn / München 1997, s. 1142.

lanmasından sorumluysa veya 3. 18. maddenin 4. fıkrasının 2. bendi uyarınca verilen emir nedeniyle sığınma talebi reddedilmemiş veya iade edilmemiş ise” kendisine “güvenli üçüncü ülke” kriteri uygulanmaz.

Federal Alman Sığınma Yasası’nın 26a maddesinin 2. fıkrası uyarınca “güvenli üçüncü ülkeler”, Avrupa Birliği ülkeleri ile Ek I’de ismi geçen ülkelerdir”. Ek I’de ismi geçen güvenli üçüncü ülkeler ise Norveç ve İsviçre’dir⁴⁶.

2005 tarihli Avusturya Sığınma Yasası’nın 4. maddesinin 1. fıkrasında hangi hallerde bir sığınmacının uluslararası koruma talebinin reddedilebileceği düzenledikten sonra⁴⁷ 2. fıkrada, hangi hallerde bir kişinin güvenli üçüncü ülkede koruma bulabileceği izah edilmektedir. Bu fıkra ile Avusturya kanun koyucusu, 26 Haziran 2013 tarih ve 2013/32/EU sayılı Avrupa Konseyi Vasıf Yönergesinin 38. maddesinin ölçütlerini üstlenmiş görülmektedir. Yani, bir ülke bu kanunun 8. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki tehditlere maruz kalmıyorsa, Cenevre Mülteci Sözleşmesi uyarınca mülteci statüsü verilmesi için bir prosedür açıksa veya 8. maddenin 1. fıkrası bağlamında tehdide maruz kaldığında, ikameti esnasında başka bir üçüncü ülke tarafından menşe ülkeye geri gönderme karşısında koruma altına alınmışsa, o ülke güvenli üçüncü ülkedir. 3. fıkraya göre ise, 2. fıkradaki koşullar, bir devletin Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ni onaylamış, yasal bir sığınma prosedürü oluşturmuş, AİHS’nin ve 6, 11 ve 13. Ek Protokol’leri uygulamakta ise, aksi ispat edilmediği sürece mevcuttur. 4. fıkraya göre ise, AİHS’nin 8. maddesini ihlal edecek şekilde tedbirlerin uygulanması durumunda, güvenli üçüncü ülke kriterinin uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.⁴⁸

AB ülkesi olmamakla birlikte İsviçre, “güvenli üçüncü ülke” kriterini sığınma yasasında düzenlemektedir. Yasanın 6a maddesinin 1. fık-

⁴⁶ Bkz., https://www.gesetze-im-internet.de/asylvfg_1992/BJNR111260992.html, 17.03.2020.

⁴⁷ 4. Maddenin 1. Fıkrasına göre „sığınma başvurusu ya da uluslararası koruma başvurusunu inceleme yetkisine ilişkin hükümler içeren antlaşmaya taraf olmayan veya Dublin Tüzüğü uygulanmayan bir ülkede koruma bulan üçüncü ülke vatandaşlarının başvuruları reddedilir “.

⁴⁸ <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage= Bundesnormen& Gesetznummer=20004240>, 03.09.2017.

rasının b bendi, sadece “geri gönderme karşısında etkin koruma”nın olduğu durumlarda güvenli üçüncü ülkenin var olduğunu hüküm altına almıştır. Ayrıca Yasanın 31a maddesinin 1. fıkrasının a. bendine göre ise bir yabancıya, Yasanın 6a maddesinin 1. fıkrasının b bendi bağlamında daha önce ikamet ettiği güvenli üçüncü ülkeye geri dönebilecek durumda ise, sığınma düzenlemeleri uygulanmaz⁴⁹.

Bu örnekler haricinde, AB üyesi devletlerin Sığınma Yasalarında, AB mevzuatına uygun olarak “güvenli üçüncü ülke” düzenlemelerinin mevcut olduğu görülmektedir. Mesela Macaristan Sığınma Yasası'nın 2. maddesinin i bendinde “güvenli üçüncü ülke” kavramının tanımı yapılmakta, Yasanın birçok maddesinde güvenli üçüncü ülke” kriteri ele alınmaktadır⁵⁰. Buna keza, üye olmamakla birlikte, Lihtenştayn Sığınma Kanunu'nun 5a maddesinde güvenli üçüncü ülkenin unsurlarının düzenlendiğini görmekteyiz⁵¹. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz; AB ülkelelerinin iç hukuklarında güvenli üçüncü ülke kavramı yaygın olarak kullanılmakla birlikte, güvenli üçüncü ülke ulusal listesi oluşturma, AB ülkelerinde hali hazırda hiç de yaygınlaşmamıştır⁵².

VI. 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ve YUKK'un 74. Maddesi

1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin ilk halinde, *Avrupa'dan* gelen sığınmacılara mülteci statüsü verileceği belirtilmektedir⁵³. Ancak, 1967 yılında yapılan bir protokol ile bu sözleşmenin coğrafi sınırı, yani Avrupa'dan gelen sığınmacıların bu sözleşme kapsamında mülteci statüsü verileceğine dair şart kaldırılmıştır. Bu coğrafi sınırlamaya bazı sözleşmeciler devletler çekince koymuş, sadece Avrupa'dan gelen sığınmacılara mülteci statüsü verilmesinde ısrar etmişlerdir. Günümüzde, çekince koyan devletlerin neredeyse tamamı bu çekincelerini kaldırmışlar, sadece Türkiye, Madagaskar, Kongo ve Vatikan coğrafi çekin-

⁴⁹ Bkz., <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19995092/index.html>, 02.09.2017.

⁵⁰ Bkz., <http://www.refworld.org/docid/4979cc072.html>, 17.03.2020.

⁵¹ <https://www.gesetze.li/konso/2012029000>, 13.03.2020.

⁵² Mesela, sığınmacı akınına maruz kalan ülkelerden biri olan Yunanistan'da güvenli üçüncü ülke listesi mevcut değildir. Bkz., Niehaus, a.g.e., s. 393.

⁵³ krş., Hüseyin Özcan, a.g.e., s. 74.

ceyi kaldırmamış durumdadırlar⁵⁴.

YUKK'nun 74. maddesinin 1. fıkrasına göre ise zulümden kaçan bir yabancıнын sığınma başvurusu, "başvuru sahibinin, Sözleşmeye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir". Dünya üzerindeki "güvenli üçüncü ülke"lerin başında Avrupa ülkeleri gelmektedir. Böyle bir durumda şu soruyu sormalıyız; 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin coğrafi sınırlaması da Avrupa olduğuna göre, Avrupa menşeli olup Avrupa'dan gelen kişilere "güvenli üçüncü ülke" ölçütü uygulanabilir mi? Bu durumda; YUKK'nun 74. maddesi 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ile çatışıyor mu? Bu soruları cevaplamadan önce 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin ulusal hukukumuzda normlar hiyerarşisindeki yerini ve şayet 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ile YUKK'nun 74. maddesi çatışıyor ise, Anayasa Mahkemesi (AYM)'nin 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne anayasaya aykırılıkta dayanak ölçü norm olarak ele alıp almayacağını, şayet AYM, 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni dayanak ölçü norm olarak ele almaz ise, böyle bir durumda uygulayıcının bu hükümlerden hangisini öncelikle uygulayacağı meselesini ele almakta yarar görüyoruz.

1. 1951 Tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin Anayasa'nın 90. Maddesi bağlamında normlar hiyerarşisindeki yeri

Milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir". Bu açık hükme rağmen öğretilerde, milletlerarası antlaşmaların normlar hiyerarşisindeki yeri konusunda tartışmalar vardır. Öğretilerde hâkim görüşe göre; Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasının ilk cümlesinin lafzından da anlaşılacağı üzere milletlerarası antlaşmalar, kanunla aynı seviyede bulunurlar⁵⁵. Buna göre bir

⁵⁴ A.g.e., s. 118, d.n. 527.

⁵⁵ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, Ankara 2010, s. 411; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2018, s. 700; Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı Seçkin, Ankara 2019, s. 388.

kanunla milletlerarası antlaşma arasında çakışma çıkarsa, sonraki kanun- önceki kanun, özel kanun-genel kanun kuralları çerçevesinde sorun çözülür⁵⁶. Bir diğer görüşe göre ise milletlerarası antlaşmalar kanunun üzerinde, anayasal değerde⁵⁷, hatta anayasaüstü değerdedir. Öğretide Yüzbaşıoğlu'nun savunduğu bu görüşe göre; insan haklarına ilişkin uluslararası antlaşmalar, "ulusal -üstü hukuk kuralı olarak, Türk hukuk düzenindeki kurallar kademesinde, Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve bu nitelikte insan hakları belgeleri" anayasa üstü bir değer taşımaktadır⁵⁸.

7 Mayıs 2004 tarihinde yapılan kapsamlı bir anayasa değişikliği bağlamında 5170 sayılı Kanunla Anayasanın 90. maddesinin son fıkrasına bir cümle eklenmiş, bu doğrultuda bu tartışmalara bariz bir katkıda bulunulmuştur. Buna göre; "usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır".

Bu hükme göre insan haklarını düzenleyen uluslararası bir antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda uygulayıcı, kanunu değil, milletlerarası antlaşmayı uygulayacaktır. Burada anayasa koyucunun bahsettiği uygulayıcı, sadece yargıç değil, hukuk temelli bir meselede yasayı veya antlaşmayı uygulamakla yükümlü her türlü gerçek ya da tüzel kişilerdir. Anayasa koyucu bu hükmü ile sadece hâkimlere bir vazife vermemiş, her bir uygulayıcıya, yani, mahkemelere, idareye ve kişilere bu vazifeyi vermiştir.

Ayrıca şunu da ifade etmek gerekir ki; temel hak ve özgürlük kavramından anlaşılması gereken; her türlü "insan hakları"na ilişkin düzenlemelerdir⁵⁹. Yani, usulüne göre yürürlüğe girmiş olmak kaydıyla insan

⁵⁶ Bkz., Gözler, a.g.e, s. 699; Özbudun, a.g.e., s. 411.

⁵⁷ Batum, Soysal, Çelik ve Akıllıoğlu'na atfen Necmi Yüzbaşıoğlu, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1993, s. 55.

⁵⁸ A.g.e., s. 58.

⁵⁹ Bu konuda bkz., Olgun Akbulut, Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türk Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, sayı 115-116, Mart-Nisan 2014, s. 7 vd. (s.26, d.n. 45).

haklarına ilişkin her türlü sözleşme hükmü, kısacası insan haklarına atıf yapan her türlü sözleşme hükmü 90. maddenin sonuncu fıkrasına göre kanuna göre önceliğe sahiptir.

90. maddenin sonuncu fıkrasına eklenmiş olan bu hüküm öğretilde şöyle bir tartışmayı beraberinde getirmiştir: Acaba temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası sözleşmeler, hiyerarşik olarak kanunun üstünde midir, yoksa öncelik-sonralık ilişkisi haricinde bir hiyerarşik kademe yok mudur?

Öğretilde bir grup yazar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmanın hiyerarşik olarak kanunun üstünde olduğunu ileri sürmektedir⁶⁰. Gözler, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşma ile bir kanunun çatışması durumunda, kanunun değil milletlerarası antlaşmanın uygulanmasının, kanunlar ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar arasında bir hiyerarşi oluşturduğunu, bu tür antlaşmaların Türk normlar hiyerarşisinde kanunlarında daha üstün olduğunu, ancak bu antlaşmaların Anayasa altında olduğunu, bu düzenleme ile anayasa ile kanun arasında “temel hak ve hürriyetlere ilişkin milletlerarası antlaşmalar basamağı” mevcut olduğunu ileri sürmektedir⁶¹. Atar ise aksine bir görüş savunmaktadır. Atar’a göre ise; 2004 tarihli değişiklik ile getirilen hüküm insan hakları sözleşmelerine kanunlar karşısında genel bir üstünlük tanımamakta, sadece hüküm çatışması olması durumunda sözleşme hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir. Atar’ın ifadesi ile; “Başka bir ifade ile, m.90/son hükmü, insan haklarına ilişkin sözleşmeleri “kanun hükmünde” olmaktan çıkarmamakta, bu düzenleme, sadece hüküm çatışması olması durumunda “özel bir çözüm kuralı” getirmekte ve temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümlerinin uygulanmasını öngörmektedir”⁶².

Bu tartışmada Atar’a katılmak durumundayız. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmanın hiyerarşik olarak kanunun üstünde olduğunu ileri sürmek, bu normlar arasında alt norm- üst

⁶⁰ Mehmet Turhan, *Anayasal Devlet*, Ankara 2004, s. 52 vd.; Zühtü Arslan, *Anayasa Teorisi*, Ankara 2005, s. 224 vd.; Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2013, s. 14.

⁶¹ A.g.e., s. 704; Gözler, a.g.e., s. 392.

⁶² Bkz., Atar, a.g.e., s. 392.

norm ilişkisini ortaya çıkarır. Türkiye'nin usulüne uygun olarak yürürlüğe koyduğu temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların çeşitliliğini düşünürsek, 90/son'un yürürlüğe girdiği andan itibaren alt norm – üst norm çatışmasının ortaya çıkması gerekirdi. 90/son'un hükmü sadece uygulayıcıya, uyuşmazlıkta, temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir milletlerarası antlaşmaya öncelik tanınmasını emretmekten başka bir şey değildir. Bunun aksi düşünülduğünde, iç hukuktaki kanunların sözleşmeye aykırılığı olgusu ortaya çıkardı. Ancak günümüzde kanunlar, özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların yürürlüğü sonrasında yapılan kanunlar, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalara aykırılık teşkil ediyorsa, bu ahde vefa ilkesine aykırılıktan başka bir durum teşkil etmemektedir⁶³. Aksi durumda AYM'nin⁶⁴ temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları referans norm olarak esas alması zaruret haline de gelebilirdi⁶⁵.

28 Temmuz 1951 tarihinde imzaya açılıp, akabinde hemen Türkiye tarafından imzalanan Cenevre Mülteci Sözleşmesi, Türkiye'de 5.09.1961 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş, böylece iç hukukta kanun gibi uygulama alanı bulmuştur. Bu Sözleşme, ilk haliyle kanuna denk metindir, kanundan üstün değildir. Ancak 2004 yılında yapılan söz konusu anayasa değişikliği bu antlaşmayı, kanunlar karşısında “öncelikle uygulanması gereken” bir konuma getirmiştir.

1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi de bu bağlamda temel hak ve özgürlükleri, yani insan haklarını düzenleyen bir sözleşmedir. Mesele, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin 33. maddesini ihlal eden bir sözleşmecî devlet, insan haklarını ihlal etmiş sayılır. Sonuç olarak; 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesinin her bir hükmü YUKK hü-

⁶³ Atar, a.g.e., s. 390.

⁶⁴ Ayrıca iç hukuk yargı yolunda yargıç, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaların açık düzenlemesine rağmen kanuna göre karar vermişse ilgili kanunun iptali için AYM'ye somut norm denetimi yoluna gidilemez, üst norma aykırı alt norm iddiasında bulunulamaz.

⁶⁵ Bu duruma olumlu tarafından bakacak olursak; şayet böyle bir normlar hiyerarşisi ortaya çıksaydı, yargıç, doğrudan temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları uygulamak zorunda kalır, 2010 tarihinde Anayasamıza giren bireysel başvuru yoluna da gerek kalmazdı.

kümleri karşısında önceliğe sahiptir. Bu itibarla 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ve değişiklik getiren 1967 tarihli New York Protokolü kanunlardan üstün, anayasanın altındadır. Bir kanun ile bu Sözleşme aynı meseleyi düzenlendiğinde uygulayıcı, Sözleşmeyi uygulamakla yükümlüdür.

2. YUKK'un 74. Maddesi'nin Anayasaya Aykırılığı Sorunu

"Güvenli üçüncü ülke kavramı", BMMYK tarafından da kabul gören, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne aykırı olmadığı savunulan bir kurumdur. Ancak burada Türkiye'nin konumu, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne coğrafi çekince koyması sebebiyle çok farklıdır. Bu nedenle şöyle bir varsayımdan yola çıkalım. İspanya'da 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin 1. maddesinin a bendinin 2. fıkrasında sayılan sebeplerden biri kapsamında zulme uğradığını düşünen bir kişi, Fransa üzerinden Türkiye'ye gelerek Türkiye'den sığınma talep etmektedir⁶⁶. Fransa AB üyesi olarak güvenli üçüncü ülke kapsamında bir ülkedir. Türkiye YUKK'nun 74. maddesi kapsamında kişiyi Fransa'ya geri gönderirse, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne aykırı hareket etmiş olacaktır. Çünkü Türkiye, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ne koyduğu çekince ile sadece Avrupa'dan gelen talepleri kabul etmektedir. Böyle bir durumda, bu uyuşmazlık yargıda ele alınırsa yargıç, Anayasanın 90. maddesinin sonuncu fıkrası amir hükmüne göre 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni uygulamakla yükümlü olacaktır. Bu varsayımdan yola çıkarak; YUKK'nun 74. maddesinin 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi ile bağdaşır nitelikte olduğunu söyleyemeyiz. Burada sorulması gereken soru; AYM 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni Anayasa kavramına dâhil edip YUKK'nun 74. maddesini iptal konusu yapabilir mi?

Burada en başta düşünülmesi gereken "anayasa" kavramından ne anlaşılması gerektiği, temel hak ve özgürlükleri düzenleyen uluslararası antlaşmaların "anayasa" kavramı içinde düşünülüp düşünülmeyeceği ve anayasaya uygunluk denetiminde temel hak ve özgürlükleri düzen-

⁶⁶ Bu örneği farklı şekillerde düşünebiliriz. Burada bu iki ülkenin seçilmesinin sebebi, her ikisinin de Avrupa ülkesi olup, her ikisinin de bilinen "güvenli üçüncü ülke" olmalarındandır.

leyen, başka bir ifade ile insan haklarını düzenleyen bir uluslararası antlaşmanın- burada 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi- anayasaya uygunluk denetiminin ölçüsü olup olmayacağıdır.

Öncelikle belirtmeliyiz ki; 1982 Anayasası'nın 148. maddesinin 1. fıkrası, Anayasaya aykırılık denetiminin temel ölçütünün anayasa olduğunu ifade etmektedir. Buna göre "Anayasa Mahkemesi, kanunların ve Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü'nün Anayasaya şekil ve esas bakımından uygunluğunu denetler". Bundan anlaşılması gereken; AYM'nin norm denetiminin ilk ölçütü, Anayasa'nın kendisi, yani lafzıdır. Yüksek Mahkeme, denetime konu olan normun anayasaya uygun olup olmadığına, anayasanın kendisine göre karar verir⁶⁷. Anayasaya uygunluk denetimi kurumunun bulunduğu her ülkede Yüksek Mahkemeler, anayasaya uygunluk denetiminde ölçü olarak öncelikle Anayasa'nın kendisini kullanmaktadırlar⁶⁸.

Bazı ülkelerde iç hukuk normlarının aynı zamanda uluslararası antlaşmalara uygunluğunun denetimi de mevcuttur⁶⁹. Mesela Macaristan⁷⁰, Bulgaristan⁷¹, Çek Cumhuriyeti⁷², Polonya⁷³, Slovenya⁷⁴ ve Slo-

⁶⁷ Mehmet Merdan Hekimoğlu, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yayıncılık, Ankara 2004, s. 156; Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997, s. 103.

⁶⁸ İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, İstanbul 1994, s. 76.

⁶⁹ Kaboğlu, a.g.e., s. 78; Hasan Tahsin Fendoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında "Bağımsız Ölçü Norm" veya "Destek Ölçü Norm" Sorunu, in: Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü, "Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Normların İç Hukukumuzda Etkileri", Anayasa Yargısı Sempozyumu, 26 Nisan 2000, Anayasa Yargısı-2000, Ankara, 2000, Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 365; Aliefendioğlu, a.g.e., s. 42.

⁷⁰ Macaristan Anayasası'nın 24. Maddesinin 2 fıkrasının f bendine göre Anayasa Mahkemesi, "hukuk normlarının uluslararası antlaşmalara aykırılığını inceler". Bkz., <http://www.verfassungen.eu/hu/index.htm>, 22.01.2020.

⁷¹ Bulgaristan Anayasası'nın 149. Maddesinin 1. Fıkrasının 4. bendi de bu denetimi ifade etmektedir. Bkz., <http://www.verfassungen.eu/bg/index.htm>, 22.01.2020.

⁷² Çek Cumhuriyeti Anayasası'nın 87. Maddesinin a bendi de bu denetimi hüküm altına almıştır. Bkz., <http://www.verfassungen.eu/cz/index.htm>, 22.01.2020.

⁷³ Polonya Anayasası'nın 188. Maddesi Anayasa Mahkemesine kanunların ve uluslararası antlaşmaların anayasaya uygunluğunu denetleme yetkisi verdiği gibi, aynı zamanda uluslararası antlaşmalardan sonra yapılmış kanunların bu antlaşmalara uygunluğunu denetleme yetkisi de vermektedir. Bkz., <http://www.verfassungen.eu/pl/index.htm>, 22.01.2020.

vakya⁷⁵ Anayasaları, Anayasa Mahkemelerine hukuk normlarının uluslararası sözleşmeye aykırılığını da denetleme yetkisi vermektedir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise anayasaya uygunluk denetiminde temel ölçü norm olarak Anayasayı ele almaktadır⁷⁶. AYM'nin anayasaya uygunluk denetimine tabi tuttuğu bir kanunu, ölçü norma göre denetlemesi mümkün değildir. Burada denetimde esas alınan temel ölçü norm anayasadır. Ancak öğretilerde "anayasa" kavramı geniş bir şekilde ele alınmış, "anayasa" kavramı kapsamında bizzat anayasanın kendisinin yanında, bazı anayasa üstü normların var olduğu⁷⁷, anayasanın işaret ettiği bir takım genel ilkeler⁷⁸ ile, anayasada yer alan bazı temel ilkelerin somutlaştırılması için bunların dayanağını oluşturan bazı temel hukuk kurallarının da düşünülmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁷⁹ Bu görüşe, Fransız Yüksek Mahkemesi'nin ölçü norm olarak geliştirdiği⁸⁰ ve bazı yazarların savunduğu "anayasallık bloğu" görüşü kaynaklık etmektedir⁸¹. Buna göre; anayasaya uygunluk denetiminde salt Anayasanın metni dışında yer alan ölçü normlar da vardır ve bunların bir araya gelmesi bir "anayasallık bloku" nu oluşturmaktadır⁸². Anayasallık bloğu kapsamında, hukukun genel ilkeleri, uluslararası hukuk kuralları, Atatürk ilke ve inkılapları, başlangıçta ifade edilen ilkeler ve cumhuriyetin niteliklerine ilişkin ilkeler vardır⁸³. Buna göre her türlü uluslararası

⁷⁴ Slovenya Anayasası'nın 160. Maddesine göre Slovenya Anayasa Mahkemesine kanunların ve diğer düzenlemelerin, imzalanmış olan uluslararası antlaşmalara ve uluslararası hukukunun genel ilkelerine uygunluğunu denetleme yetkisi vermektedir. Bkz., <http://www.verfassungen.eu/sl/verf91-i.htm>, 22.01.2020.

⁷⁵ Slovakya Anayasası'nın 125. Maddenin e bendi hukuk kurallarının uluslararası antlaşmalar uygunluğunu düzenlemektedir. Bkz., <http://www.verfassungen.eu/sk/index.htm>, 22.01.2020

⁷⁶ Aliefendioğlu; a.g.e., s. 103.

⁷⁷ Fendoğlu; a.g.e., s. 18 vd.

⁷⁸, Anayasa Mahkemesi'nin anayasaya uygunluk denetiminde temel ölçüt norm olarak esas aldığı Anayasa, geniş anlamda ele alınmakta, burada anayasal kurallar, anayasal ilkeler ve hak ve özgürlüklere ilişkin kurallar da bu kapsamda kabul edilmektedir. Bkz., Kaboğlu, a.g.e., s. 76; Hekimoğlu, a.g.e., s. 157.

⁷⁹ Hekimoğlu, a.g.e., s. 158.

⁸⁰ Fendoğlu, a.g.e., s. 364.

⁸¹ Yüzbaşıoğlu, a.g.e.

⁸² Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 10 vd.; Hekimoğlu, a.g.e., s. 160.

⁸³ Yüzbaşıoğlu, a.g.e.; Hekimoğlu, a.g.e.

antlaşmalar, yani gerek temel hak ve özgürlükleri düzenleyen, gerekse düzenlemeyen uluslararası antlaşmalar, anayasallık bloğu kapsamındadır. Ayrıca şunu da ifade etmeliyiz ki; uluslararası antlaşmalar Uluslararası Adalet Divanı Statüsü' nün 38. maddesine göre uluslararası hukukun asli ve birincil kaynağını oluşturduğu da nazarı itibara alınmalıdır.

AYM "anayasallık bloğu"na doğrudan itibar etmemesine rağmen kararlarında, anayasallık bloğu kapsamındaki unsurları ölçü norm olarak kullanmaktadır. Öğretide Anayasa Mahkemesinin "anayasallık bloğu" kapsamındaki unsurların kullanılış biçimi, öğretide "bağımsız ölçü norm ya da referans norm - destek ölçü norm" şeklinde kategorilendirilmektedir⁸⁴. Bağımsız ölçü normdan anlaşılan, AYM'nin bir normu referans olarak alıp ilgili normu iptal etmesidir. Destek ölçü norm ise, 1985 yılında Erdoğan Teziç'in bir makalesinde de ifadesini bulduğu gibi, AYM'nin anayasaya uygunluk denetiminde kullandığı bir normu, bağımsız bir ölçü norm olarak değil, kararını destekleyici, onu teyit edici olarak kullandığı norm anlaşılmaktadır⁸⁵.

AYM, ilk döneminden itibaren verdiği kararlarında, anayasaya uygunluk denetiminde bağımsız ölçü norm olarak "hukukun genel ilkeleri"ni ve "anayasanın başlangıç kısmı"nı kullanmıştır⁸⁶. Buna karşın AYM'nin insan haklarına ilişkin belgeleri sadece "destek ölçü norm" olarak kullandığı⁸⁷, özellikle insan hakları belgelerinden birini, yani

⁸⁴ Gözler, a.g.e., s. 1046; Fendoğlu, a.g.e.

⁸⁵ Erdoğan Teziç, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, in: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 2, Ankara 1986, s. 21 vd.; krş. Gözler, a.g.e., s. 1046; Ayrıca bkz., <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/95770>, 02.01.2020.

⁸⁶ Bkz, E.1963/124, K. 1963/243, K.T., 11.10.1963; AYM, E. 1996/57, K. 1997/3, K.T., 23.1.1997.

⁸⁷ Süheyl Batum, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, IUHF yay. No: 702, İstanbul, 1993, s. 19, 31 ve 56; Mümtaz Soysal, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı NO: 2, AYM Yayını, Ankara 1986, s. 17; Tekin Akıllıoğlu, Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri, in: Tarık Z. Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu yayını, İstanbul, 1992, s. 51 vd.; Hasan Tunç, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı, No: 17, AYM Yay., Ankara 2000, s. 178 vd.

AIHS'yi oldukça sık "destek ölçü norm" kullandığı görülmektedir⁸⁸⁹. Buna karşın Yüksek Mahkeme'nin insan haklarına ilişkin belgeleri "bağımsız ölçü norm" olarak kullandığına dair bir karara rastlamak mümkün değildir.

AYM'nin kararlarında insan hakları belgelerini "destek ölçü norm" olarak kullanması, 2004 yılında Anayasa'nın 90. maddesinin sonuncu fıkrasında yapılan değişiklikle artmış, 2010 yılında yapılan referandumla "Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu"nun açılması ile neredeyse zaruret haline gelmiştir. Ancak AYM, 2004 öncesinde vermiş olduğu bazı popüler kararlarında da kararlarını teyit eder nitelikteki "destek ölçü norm" uygulamaları vardır.

AYM, 1996 yılında vermiş olduğu bir kararında, "Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirmede gözetilen uluslararası belgeler" ibaresi ile uluslararası antlaşmaların yerinin "destek ölçü norm" olduğunu açıkça göstermiştir⁹⁰. Mahkeme bu kararında AIHS'nin yanında insan haklarına ilişkin uluslararası belgelere de atıf yapmıştır⁹¹.

⁸⁸ Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s. 61 vd.; Yüksel Metin, Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu in: S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S1., Yıl 2012, s. 120.

⁸⁹ Diğer yandan Gözler, bu ayrımın yapay bir ayrım olduğu, bu girişimin, uluslararası hukuk normlarını ve hukukun genel ilkelerinin anayasallık bloğuna aktarma gayretinden başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir, bkz., a.g.e., s. 1046. Ancak, Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerine veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına atıf yaparak, "bu hükümde ya da bu kararda da böyle" olduğunu ifade eden sayısız kararlarının varlığı da inkâr edilemez.

⁹⁰ Bkz., AYM E.1996/15, K.1996/34, K.T., 23.9.1996, bkz., <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/111f4fd5-6607-4154-b52d-ee5adea767d0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, 11.01.2020.

⁹¹ Mahkeme bu kararında; "cinsiyete dayanan ayırımlar taraf olduğumuz insan haklarına ilişkin uluslararası belgelerde de zina eyleminin suç sayılmasını reddettiklerini, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin "Başlangıç" kısmında "Birleşmiş Milletler Halklarının, Birleşmiş Milletler Antlaşmasında temel insan haklarına, insan kişiliğinin onur ve değerine, erkeklerle kadınların hak eşitliğine olan inancını yeniden belirttikleri" açıklandığı, 2. maddesinde "Herkes; ırk, renk, cinsiyet gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bu Bildirgede öne sürülen tüm hak ve özgürlüklere sahiptir" denildikten sonra 7. maddesinde, "Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayırımcılığa ve ayırımcılık kışkırtıcılığına karşı eşit korunma hakkına

sahiptir." hükmü getirildiği, . 16. maddede ise yetişkin erkeklerle kadınların evlenirken, evlilik sırasında ve evliliğin bozulmasına ilişkin haklarının eşit olduğu vurgulandığı, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi"nin "Başlangıç" kısmında : İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne gönderme yapılarak, bu Bildirge'deki hakların evrensel ve etkin olarak tanınması ve gözetilmesinin güvence altına alınması amacıyla söz edildiği, 14. maddesinde de "Bu sözleşmede öne sürülmüş olan hak ve özgürlüklerden yararlanma; cinsiyet, ırk, renk, dil, din ... ayrımı gözetilmeksizin herkes için sağlanır" denildiği, "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nin ilkelerin genel hatlarıyla belirlendiği ilk bölümünde Birleşmiş Milletler Yasası ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin temel hak ve özgürlükler ile bunların cinsiyete dayalı olanlar dahil hiçbir ayrıma bağlı tutulmaksızın kullanılmasını öngören hükümlerine gönderme bulunulduktan sonra erkeklerle kadınlar arasında tam bir eşitliğin gerçekleşmesi için kadınlarla erkeklerin toplumdaki geleneksel rollerinde bir değişiklik ihtiyacı bulunduğuna işaret edilerek Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Beyannamesinde yer alan ilkeleri uygulamak ve bu amaçla bu tür ayrımcılığın her şekil ve belirtisinin ortadan kaldırılması için gerekli önlemleri almak konusundaki kararlılık dile getirildiği, Sözleşmenin 1. maddesine göre, kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, yoksunluk veya kısıtlama "kadınlara karşı ayırım" anlamına geldiği, kadınlara karşı her türlü ayırımın kınandığı, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayırımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemenin kabul edildiği 2. maddenin (a) bendinde "Kadın ile erkek eşitliği ilkesini kendi ulusal anayasalarına ve diğer ilgili yasalara, henüz girmemişse dahil etmeyi ve yasalar ile ve diğer uygun yollarla bu ilkenin uygulanmasını sağlamayı", (f) bendinde "Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden mevcut yasa, yönetmelik, adet ve uygulamaları, tadil veya feshetmek için yasal düzenlemeler de dahil gerekli bütün uygun önlemleri almayı", (g) bendinde de : "Kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden bütün ulusal cezai hükümleri ilga etmeyi" Taraf Devletlerin taahhüt ettikleri açıklanmaktadır. Taraf Devletler 5. maddenin (a) bendine göre, "Her iki cinsten birinin aşağılığı veya üstünlüğü fikrine veya kadın ile erkeğin kalıplaşmış rollerine dayalı ön yargıların, geleneksel ve diğer bütün uygulamaların ortadan kaldırılmasını sağlamak amacıyla kadın ve erkeklerin sosyal ve kültürel davranış kalıplarını değiştirmek" hususunda bütün uygun önlemleri alacaklarını, taraf Devletler, 15. maddenin (a) bendine göre, "kadınlara, kanun önünde erkeklerle eşit haklar tanıyacaklar"dır. Kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayırımı önlemek için gerekli bütün önlemlerin alınacağını belirtildiği 16. maddede kadınlara sağlanacak haklar arasında (c) bendinde "Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında aynı hak ve sorumluluklar"dan söz edilmekte olduğu, Anayasa'ya uygunluk denetiminde dayanılmamakla birlikte değerlendirilmede gözetilen uluslararası belgelerin, cinsiyete dayalı ayırımı ya da eşitsizliği reddeden bu hükümleri ile Anayasa'nın "Kanun önünde eşitlik" başlıklı 10. maddesi arasında özde bir farklılık bulunmamakta olduğu, ulusların ortak insanlık ideallerini yansıtan bu belgelerde, hak ve özgürlüklerden yararlanmada ortak çıkış noktasını "eşitlik" ilkesi oluşturduğu,

AYM, siyasi parti kapatma kararlarında, Anayasa hükümlerini referans norm olarak kullanırken, AİHM kararlarına da sürekli atıflar yapmaktadır⁹². AYM'nin, Refah ve Fazilet partileriyle ilgili kapatma davalarında, bu siyasi partilerin yöneticilerinin ve üyelerinin eylemlerin Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleri karşısında olduğu kadar, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30. ve AİHS'nin 17. maddesi karşısında da koruma göremeyeceğini ifade ederek, AİHS'nin 17. maddesine atıf yaptığı görülmektedir⁹³.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz; AYM son dönem kararlarında sıklıkla insan haklarını düzenleyen belgelere, özellikle AİHS'ye ve AİHM kararlarına atıf yapmaktadır. Şüphesiz bunda Anayasa'nın 90. maddesinin sonuncu fıkrasında yapılan değişiklik ve 2010 tarihli referandumla bireysel başvuru yolunun Türkiye'de uygulama alanı bulması etkili olmuştur. Ancak bu, Yüksek Mahkeme'nin atıflarında, insan haklarına ilişkin uluslararası belgeleri referans norm olarak esas almasını sağlamamış, sadece kendi kararlarını teyit etmek için "destek ölçü norm" olarak ele almasına sağlamıştır. Nihayetinde, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi, AYM tarafından YUKK'nun 74. maddesine yönelik yapılacak anayasaya uygunluk denetiminde referans norm olarak ele alınması mümkün görülemez.

VII. Sonuç Yerine

Türk mevzuatında, güvenli üçüncü ülkeyi düzenleyen YUKK'nun 74. maddesi dışında, Alman Sığınma Yasası'nın 29a maddesi ya da Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 16a maddesinin 3. fıkrası benzeri bir düzenleme mevcut değildir. YUKK'nun 74. maddesinin 1.

uluslararası metinlerde temel bir ilke olarak yerini koruyan "eşitlik" in zaman içinde insana verilen değerin artmasına bağlı olarak hak ve özgürlükler listesinin genişlemesiyle soyuttan somuta indirgenerek bir çok alanda düzenlemelerin kaynağını oluşturduğunun görüldüğü, çağdaş hukuk anlayışında görülen bu gelişmeler ulusların hukuk düzenlerinin yeniden gözden geçirilmesini, saptanan aykırılıkların giderilmesini gerektirmekte" olduğunu vurgulanmaktadır.

⁹² Mahkeme bunu yaparken, kararı sonrasında AİHM'ye yol göstermekte, aynı zamanda iç hukuk düzenini de tatmin etmeye çalışmaktadır. Gerçekten de Refah Partisi kararında AİHM, Anayasa Mahkemesi'nin çizgisinde de gelmiştir.

⁹³ Emrah A. Akyazan, 1982 Anayasasına Göre Siyasi Partilerin Kapatılması, in: TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 273.

fıkrasına göre "Başvuru sahibinin, Sözleşme' ye uygun korumayla sonuçlanabilecek bir uluslararası koruma başvurusu yaptığı veya başvurma imkânının olduğu güvenli üçüncü bir ülkeden geldiğinin ortaya çıkması durumunda, başvuru kabul edilemez olarak değerlendirilir ve güvenli üçüncü ülkeye gönderilmesi için işlemler başlatılır". Ancak bu durum istisna teşkil etmektedir. Sığınmacılar genellikle güvenli üçüncü ülkeyi, geçiş ülkesi olarak kullanmaktadırlar. Bu itibarla YUKK'nun 74. maddesinin 1. fıkrası pratikte fazla bir anlam taşımamaktadır.

Güvenli üçüncü ülkenin değerlendirilmesinde ise YUKK'nun 74. maddesinin 3. fıkrası temel ölçütleri işaret etmektedir. Buna göre, "bir ülkenin başvuru sahibi için güvenli üçüncü ülke olup olmadığı, başvuru sahibinin ilgili üçüncü ülkeye gönderilmesini makul kılacak bu kişi ve ülke arasındaki bağlantılar da dâhil olmak üzere, her başvuru sahibi için ayrı olarak değerlendirilir".

YUKK'nun güvenli üçüncü ülke kriteri, AB müktesebatından üstlenilmiştir ve Alman Sığınma Yasası'nın aksine anayasal bir güvenceye sahip değildir. Ayrıca 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'nin de "güvenli üçüncü ülke" kriterini düzenlemediği düşünülürse, YUKK'da olan sığınma hakkının sınırı olarak "güvenli üçüncü ülke" ölçütü, açıkça bir dayanağa sahip değildir. Ancak Anayasanın 90. maddesinin sonuncu fıkrasını dikkate alırsak, uygulamadaki öncelik ve sonralık kriterleri doğrultusunda uygulayıcının, YUKK'nun 74. maddesini ihmal ederek, doğrudan 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi'ni uygulaması zaruridir.

Sonuç olarak; zulümden kaçan bir kişinin kendisine bir ülke seçme ve o ülkeden koruma isteme şansı yoktur. Zulümden kaçan bir kişi bu kaçış sürecinde güvenli bir üçüncü ülkeye giriş yapmış ise, sığınma hakkı talep etmese de o ülkenin korumasından yararlanır⁹⁴. Ancak devletler, güvenli üçüncü ülkeden gelen sığınmacılara sığınma hakkı tanımayıp güvenli üçüncü ülkeye geri göndermektedirler. Sığınma hakkının tanınması, sığınma talep edenlere tanınmış mutlak bir hak değildir. Bazı istisnai durumlarda sığınma hakkı sahibi, güvenli üçüncü ülkeye

⁹⁴ Sodan, a.g.e., s. 173; BVerfGE 94, 49, s. 85 vd., bkz. <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv094049.html>, 16.03.2020.

geri gönderilemez. Birincisi, kişinin üçüncü ülkede kendisine zulüm uygulanacağını ispat etmesi halidir. Şayet bir kişi kendisine, güvenli üçüncü ülkede zulüm uygulanacağını ileri sürüyorsa, ispat külfeti ağırlıklı olarak iddia edenindir. Ancak kişinin kendisine zulüm uygulayacağı iddiasında bulunduğu ülke, AB ülkesi ise, bu iddia, Avrupa ülkelerinde kabul görmemektedir. Bir diğer itiraz da güvenli üçüncü ülkenin başvurucağı zulüm göreceği menşeyi ya da mutlak ikamet ülkesine iadesidir. Bu iddia ciddiye alınırsa başvurucağı güvenli üçüncü ülkeye geri gönderilemez. Bu uygulamanın pratik sonucu, sığınmacıların hiçbir koruma garantisi olmaksızın bir devletten diğerine zincirleme olarak sınır dışı edilmesidir⁹⁵.

Türkiye’de ise; YUKK’nun 74. maddesinin Anayasaya aykırılığını iddia etmek mümkün değildir; çünkü AYM 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ni referans norm olarak ele almamakta, yani 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ni anayasa kavramı içinde kabul etmemektedir. Ayrıca 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi normlar hiyerarşisinde YUKK’nun üstünde bir konuma sahip de değildir. Ancak, 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ne coğrafi çekince konulduğu dikkate alınrsa, Avrupa’dan gelen sığınmacılara YUKK’nun 74. maddesini uygulamak, şayet kişi, başka bir Avrupa ülkesi vatandaşı ise, olanaksız olacaktır. Şayet kişi Avrupa ülkeleri menşeyine sahip değil, sadece Avrupa’dan Türkiye’ye geçiş yapmış ise, sığınma talep sahibini Avrupa ülkesine göndermek mümkün olacaktır. Ancak, dünyadaki göç hareketlerinin akış yönü dikkate alınrsa, bu durumun gerçekleşmesinin de mümkün olabileceğine inanmıyoruz. Şayet bir kişi bir Avrupa ülkesi vatandaşı ise; o kişiye 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesini uygulamaksızın, doğrudan YUKK’nun 74. maddesini uygulanması, hem Anayasa’nın 90. maddesinin sonuncu fıkrasının ihlal edilmesine, hem 1951 tarihli Cenevre Mülteci Sözleşmesi’ni etkisizleştirilmesine ve hem de bu surette pacta sunt servanda ilkesinin ihlal edilmesine sebebiyet verir. Türkiye, güvenli üçüncü ülkelerinin hangilerinin olduğuna ilişkin yasal ölçütlerin yanında, Alman Sığınma Yasası’nın 26a maddesi ve eki olan Ek 1’de olduğu gibi bir de liste oluşturmalı, bu listede, özellikle Avrupa

⁹⁵ BMMYK, 2001, s. 161.

kökenli sığınmacılara güvenli üçüncü ülke ölçütünün uygulanmayacağı hüküm altına alınmıştır.

KAYNAKLAR

- AKBULUT, Olgun, Güncel Tartışmalar Işığında İnsan Hakları Sözleşmelerinin Türk Anayasal Sisteminde Normlar Hiyerarşisindeki Yeri, in: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, sayı 115-116, Mart-Nisan 2014, s. 7 vd.
- AKILLIOĞLU, Tekin, Uluslararası İnsan Hakları Kurallarının İç Hukukta Yeri ve Değeri, Tarık Z. Tunaya'ya Armağan, İstanbul Barosu yayını, İstanbul, 1992, s. 51 vd.
- AKYAZAN, Emrah A., 1982 Anayasasına Göre Siyasi Partilerin Kapatılması, in: TBB Dergisi, Sayı 65, 2006, s. 247 vd.
- ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz, Anayasa Yargısı, Yetkin Yayınları, Ankara 1997.
- ARSLAN, Zühtü, Anayasa Teorisi, Ankara 2005.
- ATAR, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı Seçkin, Ankara 2019.
- BATUM, Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasal Sistemine Etkileri, İUHF yay. No: 702, İstanbul, 1993.
- BECKER, Ulrich, Kommentierung des Art. 16a GG, in: Hermann von Mangoldt/Friedrich Klein/Christian Starck (Ed.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 6. Auflage, München 2010.
- BLECKMANN, Albert, Staatsrecht II, Grundrechte, 4. Bası, Carl Heymanns, Köln / Berlin / Bonn / München 1997.
- BYRNE, Rosemary, / GREGOR Noll, / VEDSTED -HANSEN, Jens, Understanding Refuge Law in an Enlarged European Union, in: EJIL 2004, Vol. 15, No. 2, s. 355 v.d. (s. 360 vd.).
- CARSTEN, Günther, § 27a AsylVfG, in: Beck'scher Online-Kommentar Ausländerrecht, 8. Edition, Stand: 1.9.2014.
- EKŞİ, Nuray, in: SÜRAL, Ceyda / ÖMEROĞLU, Ekin (Ed.), Yabancılar ve Uluslararası Koruma Kanununun Değerlendirilmesi, Seçkin, Ankara 2015.

- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Uluslararası İnsan Hakları Belgelerinin Uygulanmasında “Bağımsız Ölçü Norm” veya “Destek Ölçü Norm” Sorunu, in: Anayasa Mahkemesinin 38. Kuruluş Yıldönümü, “Temel Hak ve Özgürlüklere ilişkin Uluslararası Normların İç Hukukumuzda Etkileri”, Anayasa Yargısı Sempozyumu, 26 Nisan 2000, Anayasa Yargısı-2000, Ankara, 2000, Anayasa Mahkemesi Yayını, s. 363 vd.
- FISCHER-LESCANO, Andreas / HORST, Johan, Das Pönalisierungsverbot aus Art. 31 I GFK. Zur Rechtfertigung von Straftaten bei Flüchtlingseinreisen in: ZAR 2011, s. 81 vd.
- GÖZLER, Kemal, Türk Anayasa Hukuku, 2. Baskı, Ekin, Bursa 2018.
- HEILBRONNER, Kay, Refoulements – Verbote und Drittstaatenregelungen (Art. 33 GFK und Art 3 EMRK), in: Beyerlin , Ulrich / Bothe , Michael / Hofmann, Rainer / Petersmann, Ernst-Ulrich (Ed.), Recht zwischen Umbruch und Bewahrung, Springer, Berlin 1995.
- HEKİMOĞLU, Mehmet Merdan, Alman Hukuku Işığında Türk Anayasa Yargısının Hukuki Boyutları, Detay Yayıncılık, Ankara 2004;
- HUFEN, Friedhelm, Staatsrecht II, Grundrechte, 7. Bası, C.H.Beck, München 2018.
- KABOĞLU, İbrahim Ö., Anayasa Yargısı, İmge Kitabevi, İstanbul 1994.
- KARAKAŞ, Deniz, Mülteci Sorunu Çerçevesinde Avrupa Birliği – Türkiye İlişkileri, Ormer Perspektif Serileri, Ocak 2016.
- MAABEN, Hans-Georg, Md. 16a, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber, (Ed.), GG Grundgesetz Kommentar, Beck, 2. Bası, München 2013.
- MEIERHOFER, Stefan, Die asylrechtliche Drittstaatenregelung, Diss., Regensburg 1998.
- METİN, Yüksel, Anayasal Demokrasi İçinde Anayasa Mahkemesinin Konumu in: S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1., Yıl 2012.

- MORENO-LAX, Violeta, The Legality of the “Safe Third Country” Notion Contested: Insights from the Law of Treaties, in: Goodwin-Gill, G.S / Peckel, W., (Ed.), Migration and Refugee Protection in the 21st Century: Legal Aspects - The Hague Academy of International Law Centre for Research, Martinus Nijhoff 2015, s. 664 vd. (s. 664).
- NIEHAUS, Jessica, Sichere Herkunfts- und Drittstaaten – Ergebnisse einer rechtsvergleichenden Analyse der europäischen Asylrichter, ZAR 2017, s. 389 vd.
- ÖZBUDUN, Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 11. Baskı, Yetkin, Ankara 2010.
- ÖZCAN, Hüseyin, Anayasa Hukuku Açısından Sığınma Hakkı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- ÖZCAN, Mehmet, Avrupa Birliği Sığınma Hakkı, Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı, Usak Yayını, Ankara 2005.
- ÖZTÜRK, Neva Övünç, Mültecinin Hukuki Statüsünün Belirlenmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- PEKER, Bülent, / SANCAR, Mithat, Mülteciler ve İltica Hakkı, İnsan Hakları Derneği İktisadi İşletmesi 1986.
- REINHARD, Marx, Rechtsgutachten zur Frage, ob die Türkei als „sicherer Drittstaat“ eingestuft werden kann, in: Pro Asyl, 2016, bkz., https://www.proasyl.de/wp-content/uploads/2016/03/160304_Gutachten_Marx_Tuerkei_als_sicherer_Drittstaat_korr.pdf, 13.03.2020.
- SODAN, Helge, Das Konzept der sicheren Dritt- und Herkunftsstaaten, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Ed.), Der Staat in der Flüchtlingskrise: Zwischen gutem Willen und geltendem Recht, Ferdinand Schöningh, Paderborn 2016.
- SOYSAL, Mümtaz, Anayasaya Uygunluk Denetimi ve Uluslararası Sözleşmeler, Anayasa Yargısı NO: 2, AYM Yayını, Ankara 1986, s. 1 vd.
- TANERİ, Gökhan, Uluslararası Hukukta Mülteci ve Sığınmacıların Geri Gönderilmemesi (Non-Refoulement) İlkesi, Bilgi Yayınevi, Ankara 2012.

- TEZİÇ, Erdoğan, Anayasa Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2013.
- TEZİÇ, Erdoğan, Kanunların Anayasaya Uygunluğunun Esas Açısından Denetimi, in: Anayasa Yargısı, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Cilt 2, Ankara 1986, s. 21 vd.
- TUNÇ, Hasan, Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi Ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye İle İlgili Örnek Karar İncelemesi, Anayasa Yargısı, No: 17, AYM Yay., Ankara 2000, s. 174 vd.
- TURHAN, Mehmet, Anayasal Devlet, Gündoğan, Ankara 2004.
- WEBER, Ralf, Extremtraumatisierte Flüchtlinge in Deutschland, Campus – Verlag, Frankfurt a.M. 1998.
- WILL, Martin, Art. 16a, in: Michael Sachs (Ed.), Grundgesetz Kommentar, 8. Bası, C.H.Beck, München 2018.
- YILDIRIM, Tülay, Güvenlik Ekseninde Avrupa Birliği Mülteci Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2016.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi, Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1993.
- ZİMMERMAN, Andreas / TAMS, Christian, Art. 16a, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Friauf, Karl Heinrich / Höfling, Wolfram (Ed.), Schmid, Berlin 2009.



SERİ MUHAKEME VE BASİT YARGILAMA USULLERİNDE İTİRAZ KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Doç. Dr. Uğur ERSOY*

Öz

Seri muhakeme ve basit yargılama usulleri, 7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile ceza muhakemesi sistemimize girmiştir. Bu iki kurumun kabul edilmesinin temelinde yatan asıl amaç, yargının artan iş yükünün bir nebze de olsa hafifletilebilmesidir. Bu kurumların ceza muhakemesi sistemimize uygun olup olmadıkları, ceza muhakemesinin amacının gerçekleştirilmesi ve adil yargılanma hakkının yerine getirilmesi noktasında bir engel teşkil edip etmedikleri, uygulanma şartlarının ve koşullarının neler olacağı gibi birçok tartışmalı mesele mevcuttur. Ancak mevcut çalışmada söz konusu iki kuruma ilişkin yapılan bu ve buna benzer tartışmalara değinilmemiştir. Çalışmada ağırlıklı olarak seri muhakeme ve basit yargılama usullerinin uygulanması sonrasında mahkemece verilecek hükme karşı başvurulabilecek hukuki çare çeşidi olarak gösterilen itiraz kurumunun hukuki niteliğinin ne olduğu, itiraza başvurma süresi, şartları ve sonuçları üzerinde durulmuş, aleyhe değiştirme yasağı dahil olmak üzere uygulamada karşılaşılabilecek sorunlara çözüm önerileri getirilmiş ve bu bağlamda yapılması gerektiği düşünülen değişikliklere yer verilmiştir.

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Kırıkkale, Türkiye | Assoc. Prof., Kırıkkale University, Faculty of Law, Department of Criminal Law and Criminal Procedure Law, Kırıkkale, Turkey.

✉ ugurersoy@kku.edu.tr • ORCID 0000-0003-3770-0353

📄 **Atıf Şekli | Cite As:** ERSOY Uğur, "Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usullerinde İtiraz Kurumuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri", *SÜHFD.*, C. 28, S. 2, 2020, s. 857-885.

🔍 **İntihal | Plagiarism:** Bu makale intihal programında taranmış ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. | This article has been scanned via a plagiarism software and reviewed by at least two referees.

Anahtar Kelimeler

Seri Muhakeme Usulü • Basit Yargılama Usulü • İtiraz • Kanun Yolu • Hukuki Çare

PROBLEMS AND SUGGESTIONS FOR OBJECTION IN SPEEDY PROCEEDING AND SIMPLIFIED PROCEEDING

Abstract

The speedy and the simplified proceedings are two new institutions. The main purpose behind the inclusion of these two institutions in the criminal procedure system is that the increased workload of the judiciary can be reduced to some extent. In the study, what the legal nature of the objection institution, which is shown as the kind of legal remedy that can be applied against the judgment to be established by the court after the application of speedy proceeding and simplified proceedings, the duration, conditions and results of the objection will be emphasized, suggestions for solutions and results of the objection will be emphasized, suggestions for solutions to some problems that may be encountered in practice, the prohibition of reformatio in peius, would be presented and opinions regarding the amendments to law that are supposed to be made in this context would be included.

Key Words

Speedy Proceeding • Simplified Proceeding • Objection • Legal Redress • Legal Remedy

I. GİRİŞ

7188 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 24 Ekim 2019 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu değişikliklerle Ceza Muhakemesi Kanunu’na (CMK) “seri muhakeme usulü” ve “basit yargılama usulü” adı altında iki yeni özel muhakeme usulü girmiş ve 1 Ocak 2020 tarihinden itibaren de bu iki kurum uygulanmaya başlamıştır. Bu kurumların ceza muhakemesi sistemine dahil edilmesinin temelinde, yargının artan iş yüküne çözüm getirilmesi amacı yatmaktadır. Gerçekten de 7188 sayılı Kanun’un gerekçesine bakıldığında seri muhakeme usulünün hayata geçirilmesi ile belirli bir önem derecesinin altındaki suçlarda muhakeme sürecinin formalitelerden (!) arındırılmasının yanı sıra işlenen suçlara kısa süre içinde etkili ve orantılı bir karşılık verilerek bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanmasının amaçlandığı; basit yargılama usulünün hayata geçirilmesi ile de yargılama-

ların hızlanmasının ve yargının artan iş yükünün hafiflemesinin yanı sıra ağır suçların yargılanmasına daha fazla vakit ve emek harcanmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

Mevcut çalışmada yalnızca seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulünde başvurulabileceği belirtilen "itiraz" kurumu üzerinde yoğunlaşılacak ve bu minvalde önemli olduğu düşünülen bazı sorunlara çözüm aranacaktır. Bu kapsamda bu iki kurum açısından ortak kabul edilmiş hukuki çare olan "itiraz" ile neyin kastedilmek istendiği, bunun hukuki niteliği, itiraz süresinin ne kadar olduğu, aleyhe değiştirme yasağının burada geçerli olup olmayacağı gibi henüz üzerinde çok fazla tartışma yapılmamış ancak önemli olduğu düşünülen bazı konulara çözüm önerileri getirilmeye çalışılacaktır. Bu yapılırken bazen yorum yoluyla bazı sonuçlara varılacakken tıkanılan noktalarda ise kanun değişikliği önerilerimiz ortaya konulacaktır.

Çalışmanın kapsamını aşmamak için ceza muhakemesi sistemimize yeni girmiş bulunan bu iki kurumun ceza muhakemesine egemen olan ilkelere uyumlu olup olmadığı, adil yargılanma ilkesi karşısındaki konumu, ceza muhakemesinin amacıyla bağdaşp bağdaşmadığı, uygulanma şartları ve koşulları, uygulanmayacağı durumlar, terminolojinin yerinde olup olmadığı gibi diğer tartışmalı hususlar üzerinde açıklamalarda bulunulmayacaktır¹. Henüz üzerinde çok fazla tartışma yapılmamış bulunan bu iki yeni ceza muhakemesi kurumunun itiraz kurumu ile birlikte uygulanması sonrasında yaratabileceği mevcut ve müstakbel sorunlara ilişkin hem teorik hem de pratik çözüm önerileri getirilmesi amaçlanmaktadır. Böylelikle, ileriki günlerde yapılması gündeme gelecek kanun değişiklikleri için de

¹ Seri muhakeme ve basit yargılama usulleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.202 vd.; **YURTCAN, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.713 vd.; **DEĞİRMENCİ, Olgun**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)", Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1), s.36 vd.; **DEĞİRMENCİ, Olgun**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)", Batı Adalet Dergisi, Ocak-Haziran 2020, s.16 vd.; **UĞURLUBAY, Gülsün A. Aygörmez / HAYDAR, Nurdan / KORKMAZ, Mehmet**, "Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar", ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2, s.255 vd.; **KIZILARSLAN, Hakan**, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", BÜHFD, Kasım-Aralık 2019, C. 14, S. 183-184, s.1885 vd.; **ALDEMİR, Hüsnü**, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.17 vd.

şimdiden gerekli alt yapının oluşturulmasına katkı sağlanması umut edilmektedir.

Birinci bölümde seri muhakeme usulüyle ikinci bölümde ise basit yargılama usulüyle ilgili itiraz kurumu özelinde karşılaşılabilecek sorulara ve bunlara ilişkin çözüm önerilerine başlıklar halinde yer verilecektir.

II. SERİ MUHAKEME USULÜNDE İTİRAZ KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Mahkemece Verilen Hükme Yapılacak İtirazın Hukuki Niteliği

7188 sayılı Kanun değişikliğiyle CMK'ya getirilen kurumlardan bir tanesi seri muhakeme usulüdür. Seri muhakeme usulü, CMK m.250'de katalog halinde sayılan suçlarla ilgili yürütülen bir soruşturmada, toplanan deliller sonrasında kamu davasının açılmasının ertelenmesine karar verilmediği durumlarda uygulanacaktır. Bu muhakeme usulünün uygulanma şartları CMK m.250'de ve Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği'nde² (CMSMY) belirtilmiştir. Bu usulün uygulandığı durumlarda, C. savcısı, Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 61. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen hususları göz önünde bulundurarak, suçun kanuni tanımında öngörülen cezanın alt ve üst sınırı arasında tespit edeceği *temel cezadan yarı oranında indirim* uygulamak suretiyle yaptırımını belirleyecek, şartları gerçekleşmişse hapis cezası seçenек yaptırımlara çevirebilecek, erteleyebilecek veya hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verebilecektir. Daha sonrasında C. savcısı, şüpheli hakkında seri muhakeme usulünün uygulanmasını yazılı olarak görevli mahkemeden talep edecektir ki buna "*talepname*" denilmektedir (CMSMY m.4/1-ç). Talepnameyi alan mahkeme, şüpheliyi, müdafii huzurunda dinledikten sonra yapacağı inceleme sonrasında şartların gerçekleştiği kanaatine varacak olursa talepname de belirtilen yaptırım doğrultusunda hüküm kuracaktır. Hakkında mahkemece hüküm verilmiş olsa bile bu kişinin statüsü "sanık" değil "şüpheli" dir.

250. maddenin on dördüncü fıkrasında, dokuzuncu fıkra kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz edilebileceği belirtilmiştir. Ancak itirazın kapsamının ne olacağına dair maddede açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu noktada Ceza Muhakemesinde Seri Muhakeme Yönetmeliği'nin "İtiraz" başlıklı 15. mad-

² R.G. Tarih-Sayı: 31.12.2019-30995 (4. Mükerrer)

desinde daha kapsamlı bir açıklamaya yer verildiği görülmektedir: “(1) Mahkemece Yönetmeliğin 14 üncü maddesinin birinci fıkrası kapsamında Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda kurulan hükme genel hükümler çerçevesinde itiraz edilebilir.” Bu kapsamda Yönetmelikte genel hükümler çerçevesinde itirazdan³ bahsedilmiş olup bununla kastedilmek istenenin CMK m.267-271 arasındaki itiraz kanun yolu olduğu sonucu çıkmaktadır⁴. Her ne kadar burada mahkeme tarafından verilmiş bir hüküm söz konusu olsa da kanun koyucu genel kuraldan ayrılmış ve bu hükme karşı istinaf kanun yoluna değil itiraz kanun yoluna başvurulmasının önünü açmıştır. Böylelikle, CMK’da, hükme karşı istinaf kanun yoluna başvurulacağına dair genel kuralın iki istisnasından birisi (ikincisi ise basit yargılama usulündedir) burada karşımıza çıkmaktadır.

Sonuç itibarıyla maddede bahsi geçen *itiraz* ile teknik anlamda kastedilmek istenenin, CMK m.267-271 anlamında itiraz kanun yolu olduğu söylenebilir. Buna göre Cumhuriyet savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme, ilgililerin kararı öğrendikleri günden itibaren yedi gün içinde genel itiraz prosedürü içerisinde itiraz etmeleri gerektiği söylenebilir.

B. Mahkemenin, Talepnamede Belirlenen Yaptırım

Doğrultusunda Hüküm Kurması Sonrasında Mahkemece

Kurulan Hükme İtiraz Edilmesi Halinde İtiraz Mercisinin

İncelemesinin Kapsamı

Bir önceki başlık altında da belirtildiği üzere seri muhakeme usulünde verilen hükme karşı başvurulacak hukuki çare CMK m.267 vd. düzenlenmiş itiraz kanun yoludur. Seri muhakeme usulünün uygulanabileceği suç tiplerine bakıldığında, doğrudan doğruya bir kişinin mağdur olmadığı, başka bir ifadeyle herkesin mağdur olduğu suçlar olduğu görülmektedir. Bu kapsamda, C. savcısının talebi doğrultusunda mahkemece kurulan hükme itiraz etme yetkisinin pratik olarak C. savcısı ile şüpheli, müdafii, şüphelinin eşi ve kanuni temsilcisine ait olduğu söylenebilir (CMK m.260, 262).

³ Madde gerekçesinde de “itiraz kanun yolu” ifadesine yer verilmiştir.

⁴ Benzer görüşte bkz. UĞURLUBAY / HAYDAR / KORKMAZ, s.273 (Ancak yazarlar, *de lege ferenda* olarak en yerinde olanın, hüküm kavramının gereğini yaparak mahkemenin gerçekten bir hüküm vermesinin yolunun açılması olduğunu ve bu hükme karşı da itiraz değil, istinaf kanun yolunun öngörülmesi olacağını savunmaktadırlar.)

Usulüne uygun bir itirazın varlığı halinde vermiş olduğu hükme itiraz edilen mahkeme, itirazı yerinde görürse hükmünü düzeltecek, yerinde görmezse en çok üç gün içinde, dosyayı, itirazı incelemeye yetkili olan mercie gönderecektir (CMK m.268/2). Bu özel muhakeme usulünde, hükmüne itiraz edilen mahkeme her durumda asliye ceza mahkemesi olacağından, itirazı incelemeye yetkili merci de asliye ceza mahkemesinin yargı çevresinde bulunduğu ağır ceza mahkemesi olacaktır.

Hukuk sistemimizde itiraz, kural olarak hakim ve kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarının bir başka merci tarafından yeniden incelenmesini sağlayan bir kanun yoludur. Bu kapsamda itirazın konusunu kural olarak hakim kararları, istisnai olarak mahkemeler tarafından verilen *ara kararları* oluşturmaktadır. Ancak CMK'da yapılan değişikliklerle getirilen seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulü sonrasında, itiraz kanun yolunun kapsamı iyice genişlemiştir. Aslında bunun bir önceki en önemli adımı hükmün açıklanmasının geri bırakılması kurumunda görülmüştü. Gerçekten de hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz kanun yolunun açılmış olması ceza muhakemesi sistemimizde önemli bir *paradigma değişimine* yol açmıştır. Palyatif ve pragmatik düşüncelerle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararlarına karşı itiraz kanun yolunun açılması bir süre sonra beraberinde önemli sorunları getirmiş ve bu sorunlar Yargıtay'ın 2013 yılında vermiş olduğu bir içtihatla⁵ önemli ölçüde aşılıma çalışılmıştır. Yargıtay bu içtihadıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılan itiraz sonrasında itirazı inceleyecek merciiin uyuşmazlık konusunu yalnızca şekli olarak değil aynı zamanda esasa girerek maddi ve hukuki yönden de denetleyeceğine hükmetmiştir. Başka bir deyişle Yargıtay bu içtihadıyla, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yapılan itirazı inceleyecek mercii bir anlamda istinaf mahkemesi yetkileriyle donatmıştır.

Hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına yapılacak itirazla ilgili tartışmaların bir benzeri, seri muhakeme usulünde asliye ceza mahkemesince verilen hükme itiraz edilmesi durumunda da karşımıza çıkabilecektir. Gerçekten burada da itiraz merci tarafından yalnızca asliye ceza mahkemesince verilen hükmün şekli bakımından mı inceleneceği yoksa esasa girerek maddi ve hukuki yönden de bir denetleme yapıp yapılamayacağı sorusu büyük önem taşımaktadır. Kanaatimizce, hükmün açıklanmasının geri bı-

⁵ YCGK, 22.01.2013 T., 2012/10-534 E., 2013/15 K.

rakılmasında bile esasa girerek maddi ve hukuki yönden denetim yapabilen itiraz merciinin, teknik anlamda hüküm kabul edilen bir karara karşı yapılan itirazı yalnızca şekli yönden (örneğin, katalogda sayılan suçlardan birinin söz konusu olup olmadığı, şüphelinin teklifi müdafii huzurunda kabul edip etmediği, temel cezadan yarı oranında yapılan indirimin doğru uygulanıp uygulanmadığı gibi) değil aynı zamanda hem maddi olay yönünden hem de hukuki yönden inceleme ve araştırma yapabilmesi gerekmektedir. Şayet itiraz mercii, itirazı kabul edecek olursa, itiraz konusu hukuka aykırı kararı kaldırarak, itiraz konusu hakkında kendisi yeni bir karar vermelidir (CMK m.271/2). Bu açıdan bakıldığında, itiraz merciinin, şartları olduğu takdirde, asliye ceza mahkemesinin itiraza konu kararını kaldırarak, CMK m.223/2 uyarınca beraat kararı verebilmesinin bile mümkün olduğunu⁶ söyleyebiliriz.

C. Aleyhe Değiştirme Yasağının İtiraz Mercii Tarafından Uygulanması Sorunu

Burada inceleme konusuyla bağlantılı olarak cevaplandırılması gereken bir diğer soru da asliye ceza mahkemesince verilen hükme karşı şüpheli tarafından örneğin beraatine karar verilmesi gerektiği düşüncesiyle itiraz kanun yoluna başvurulması durumunda, ağır ceza mahkemesinin yapacağı inceleme neticesinde, şüpheliyi, asliye ceza mahkemesince verilen hükümden daha ağır bir cezayla cezalandırılıp cezalandıramayacağı, başka bir ifadeyle burada aleyhe değiştirme yasağının uygulama alanı bulup bulamayacağıdır. Bu soruya verilecek cevap, itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının geçerlilik kazanıp kazanmayacağıyla yakından ilgilidir.

Türk doktrininde ağırlıklı görüş, itiraz kanun yolu bakımından aleyhe değiştirme yasağının uygulama alanı bulmayacağı yönündedir. Bu görüşteki yazarlara göre itiraz kanun yoluna yalnızca sanık lehine başvurulmuş

⁶ İtiraz merciinin hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararını kaldırıp beraat kararı verebileceği yönündeki benzer görüşler için bkz. ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.192; ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.652.

olsa bile sanığın aleyhine kararın değiştirilebilmesi mümkündür⁷. Bu konuda verilen örneklerin ağırlıklı olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasıyla bağlantılı olduğu görülmektedir. Örneğin, görevi kötüye kullanma olarak nitelendirilen fiil dolayısıyla sanık hakkında tesis edilen mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda, itiraz merciinin, sanığa yüklenen fiilin, görevi kötüye kullanma suçunu değil de zimmet veya icbar suretiyle irtikap suçunu oluşturduğu gerekçesiyle hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kaldırılmasına karar verebileceği ifade edilmektedir. Bir başka örnek olarak, kasten yaralama olarak nitelendirilen bir fiil dolayısıyla sanık hakkında verilen mahkumiyet hükmüyle ilgili olarak hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmesi halinde, itiraz merciinin, sanığa yüklenen fiilin kasten yaralama suçunu değil de kasten öldürme suçuna teşebbüs olarak nitelendirmek suretiyle de itirazın kabulü yönünde karar verebileceği görüşü ileri sürülmektedir⁸.

Buna karşın azınlıkta kalan görüşe göre, aleyhe değiştirme yasağına kanun yoluna ilişkin genel hükümler arasında yer verilmiş olması (CMK m.265) ve herhangi bir ayırım yapılmaması dolayısıyla itiraz kanun yolu bakımından da bu yasağın uygulama alanı bulması mümkündür⁹.

Önceki tarihli bir çalışmamızda¹⁰ ayrıntılı olarak ifade edildiği üzere, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararına yapılacak itiraz neticesinde, itirazı inceleyecek mahkemece verilecek kararda aleyhe değiştirme yasağının uygulanıp uygulanmayacağı sorusuna verilecek cevap büyük önem taşımaktadır. Savunduğumuz konseptte, aleyhe değiştirme yasağına ilişkin hükümler istisna niteliğinde kabul edildiğinden ceza muhakemesinde kıyasın konusunu oluşturmamaktadırlar. Aleyhe değiştirme yasağının, hangi hukuki çareler bakımından uygulama alanı bulacağını açıkça gösteren CMK'da, itiraza ilişkin hükümler içerisinde bu yasağın geçerlilik kazanaca-

⁷ Bu görüşlerdeki yazarlar için bkz. **ERSOY, Uğur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018, s.383.

⁸ **ÖZTÜRK / TEZCAN / ERDEM / SIRMA GEZER / SAYGILAR KIRIT / ALAN AKCAN / ÖZAYDIN / ERDEN TÜTÜNCÜ / ALTINOK VILLEMIN / TOK**, s.652; **ŞAHİN / GÖKTÜRK**, s.192-193.

⁹ Bu görüşteki yazarlar için bkz. **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.383-384.

¹⁰ Bu başlık altında söz konusu çalışmada varılan sonuçlar özetlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.383 vd.

ğına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. Bu yasağın itiraz kanun yolu bakımından da uygulama imkanı bulacağını savunanların görüşlerini dayandırdıkları, kanun yollarına ilişkin genel hükümler içerisinde aleyhe değiştirme yasağına yer verilmiş olduğu (CMK m.265) iddiası da kanaatimizce kuvvetli bir argüman olarak değerlendirilemez. Aksi durumda, kanun yollarına ilişkin genel hükümlerde bu yasağa yer veren kanun koyucunun ayrı ayrı her bir kanun yolu bakımından bu yasağa yer vermesinin mantıklı bir izahı bulunamaz. Alman Hukuku'nda hakim doktrin tarafından savunulan ve itiraz kanun yolu bakımından da aleyhe değiştirme yasağının uygulanabileceğini kabul eden görüşün de Türk Hukuku bakımından geçerli kabul edilemeyeceği söylenebilir. Zira, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndan (StPO) farklı olarak CMK'da, aleyhe değiştirme yasağının uygulanmayacağı kurumlara kanunda açıkça yer verilmemiştir. Bu bağlamda, CMK'da itiraz kanun yoluna ilişkin hükümlerde aleyhe değiştirme yasağının uygulanmayacağına ilişkin bir hükme kanunda yer verilmemiş olmasından hareketle bu yasağın itiraz kanun yolu açısından uygulama imkanı bulabileceğini savunmak kanaatimizce mümkün değildir.

Sonuç itibariyle yorum veya kıyas yoluyla da olsa, itiraz kanun yolu bakımından Türk ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağının uygulama imkanı bulamayacağı ortadadır. Kanaatimizce böyle bir durum, hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok hakkın ihlali sonucunu doğurabilecektir. Zira bu yasağın amacı, sanığın, kanun yoluna başvurusu dolayısıyla daha ağır bir sonuçla karşılaşma korkusu yaşamamasını sağlamak ve kanun yoluna serbestçe başvurabilmesini temin etmektir. Bu bağlamda CMK'nın mevcut yapısı çerçevesinde aleyhe değiştirme yasağının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararları veya seri muhakeme usulü kapsamında verilen hükümler bakımından geçerli olmaması neticesinde, itiraz merciince, itiraza konu hükümden daha ağır bir cezaya hükmedilebilmesi pekala mümkündür. Böyle bir kabulün adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok hakkın ihlali sonucunu doğuracağı sabit olduğundan, bu durumun Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurunun konusunu oluşturabileceği de söylenebilir. Böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvuru incelemesi sonrasında Anayasa Mahkemesi'nce ihlal kararı verilmesi kuvvetle muhtemel gözükmektedir.

Bu nedenle kanaatimizce mevcut sistemde aleyhe değiştirme yasağının seri muhakeme usulü bakımından da uygulanmasının mümkün kılın-

bilmesi için CMK'nın 250. maddesinin on dördüncü fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelmek üzere şu cümlelerin madde metnine eklenmesinin birçok sorunu çözme noktasında faydalı olabileceği düşünülmektedir:

“Yalnız şüpheli lehine yapılan itiraz sonucunda verilecek yeni hüküm, dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulmuş hükümdeki cezadan daha ağır olmaz.”

III. BASİT YARGILAMA USULÜNDE İTİRAZ KURUMUNA İLİŞKİN SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

A. Mahkemece Verilen Hükme Yapılacak İtirazın Hukuki Niteliği

Basit yargılama usulünde, mahkemece verilen hükme karşı başvurulabilecek hukuki çare çeşidi olarak gösterilen “itiraz”ın hukuki niteliğinin doğru bir şekilde ortaya konulması büyük önem arz etmektedir. Acaba burada kanun yolu olan ve CMK m.267-271’de düzenlenen itiraz kurumu mu kastedilmek istenmiştir yoksa itirazla yalnızca isim benzerliği olan bir başka kurum mu ihdas edilmiştir?

Bu konuyla ilgili doğru bir sonuca varabilmek için ceza muhakemesi hukukunda kanun yollarına/hukuki çarelere ilişkin görüşlerimizi kısaca belirtmekte yarar görmekteyiz.

Kanun yolu/yolları veya daha geniş bir ifadeyle hukuki çare/çareler, davanın taraflarına tanınan hukuksal bir yol olup, bununla yanlış olan veya yanlış olduğu ileri sürülen kararların yeniden incelenmesi ve değiştirilmesi sağlanmaktadır¹¹. Yargı organları tarafından verilen kararlarda yanlışlık yapılma ihtimalinin her zaman mevcut olması karşısında, verilen kararların daha yüksek bir yargı organı tarafından denetlenmesi için bütün hukuk sistemlerinde kanun yolları ve hukuki çareler kabul edilmiş bulunmaktadır¹².

¹¹ Benzer yönde tanımlar yapan yazarlar için bkz. **ERSOY, Uğur**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı’nın İtiraz Yetkisi”, CHD, Yıl: 10, Sayı: 29, Aralık 2015, s.68 dn.1.

¹² **YILMAZ, Ejder**, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, TBBD, 1988/1, s.131.

Kanun yollarına/hukuki çarelere başvurma hakkının, hak arama özgürlüğünün¹³ ayrılmaz bir parçası olduğu ve anayasal teminat altında olduğu da söylenebilir¹⁴.

Hukuk devletinde hukuki çarelerin açık tutulmasının temelinde, hakimlerin, insan olmaları itibariyle hata yapabileceklerinin kabul edilmesi düşüncesi yatmaktadır. Mahkemelerin yaptığı yargılamadan hoşnut olmayan tarafa, hukuki çarelere başvurarak verilen kararı tartışma imkanı sağlanmaktadır. Hangi kanun yoluna başvurulursa vurulsun, kanun yolu başvurusunda bulunan tarafın, aleyhine olan ve onun iddiasına göre hatalı olan kararı, lehine/daha lehine olan bir kararla değiştirme amacı güttüğü açıktır ve bu durum insan doğasında var olan tabii bir eğilimdir¹⁵.

Benimsemiş olduğumuz sistemde “hukuki çareler” (Rechtsbehelfe) mahkemeler, hakimler ve Cumhuriyet savcıları tarafından verilen kararlara karşı başvuru yollarının bütününe ifade etmek için üst bir kavram olarak kullanılırken, “kanun yolu” (Rechtsmittel) ile “kanun yolu dışı hukuki çareler” ise hukuki çarelerin alt başlıklarını ifade etmek için kullanılmaktadır. Bunu şu şekilde formüle edebilmek mümkündür: “Hukuki çareler = Kanun yolu + Kanun yolu dışı hukuki çareler”¹⁶.

Bu noktada, basit yargılama usulünde kullanılan “itiraz” terimi ile neyin kastedildiğini/kastedilmek istendiğini ortaya koyabilmek için, hukuki çare, kanun yolu ve kanun yolu dışı hukuki çareden ne anlaşılması gerektiğini biraz daha ayrıntılı bir şekilde ortaya koymakta yarar görmekteyiz.

Doktrinde kanun yollarını sınıflandırmak için çeşitli ayrımlara yer verildiği bilinmektedir. Bunlardan en çok taraftar toplayanları dar anlamda kanun yolu-geniş anlamda kanun yolu ayrımı ile olağan kanun yolu-

¹³ Tanrıver'e göre hak arama özgürlüğü bağlamında hukuki dinlenilme hakkı ve adil yargılanma hakkı, bir devletin hukuk devleti sayılabilmesi için varlığı gereken unsurlardır. Bkz. **TANRIVER, Süha**, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016, s.80.

¹⁴ Anayasa Mahkemesi de vermiş olduğu bir kararda benzer tespitlerde bulunmuştur: “O halde, denebilir ki, kanun yollarına başvurulması olanağı, kişi haklarına ve topluma güvence sağlaması bakımından Anayasa'ya tüm olarak uygun düşmektedir.” (Anayasa Mahkemesi, 18.02.1971 T., 1970/31 E., 1971/21 K., R.G. Tarih-Sayı: 09.07.1971-13890).

¹⁵ **DEREN YILDIRIM, Nevhis**, “Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008, s.9.

¹⁶ **ERSOY**, Hukuki Çare, s.70-71.

olağanüstü kanun yolu ayrımıdır¹⁷. Kanaatimizce, kanun yollarının bu şekilde bir ayrıma tabi tutulmasına ihtiyaç bulunmamaktadır¹⁸. Bize göre kanun yolunu, kanun yolu dışı hukuki çarelerden ayırmaya yarayan iki temel kriter bulunmaktadır: Aktarma etkisi (*Devolutiveffekt*) ve erteleme etkisi (*Suspensiveffekt*)¹⁹. Kanun yolu incelemesinin konusunu oluşturan kararın gözden geçirilmesi veya düzeltilmesi kural olarak üst dereceli bir mahkeme eliyle gerçekleştirilmekte olup kararın üst dereceli bir mahkemeye gönderilmesine aktarma etkisi denilmektedir. Türk Hukukunda istinaf ve temyiz yargılamasında aktarma etkisi kendisini net bir şekilde göstermektedir. Erteleme etkisi ise kanun yoluna başvurulması için öngörülen süreye ve şekle uyulması sonrasında kararın kesinleşmesinin ve infaz edilebilir hale gelmesinin engellenmesini ifade etmektedir. Öngörülen süre içerisinde kanun yoluna başvurulduğunda, yapılacak incelemenin sonucunda verilecek karara kadar, aleyhine kanun yoluna başvurulmuş kararın kesinleşmesi ertelenmiş olmaktadır. Türk Hukukunda istinaf ve temyiz yoluna başvurulmuş olması hükmün kesinleşmesini ve infaz edilebilir hale gelmesini engellemektedir²⁰.

Şayet bir hukuki çare, aktarma ve erteleme etkisinin her ikisini bir arada bulunduruyorsa bunun hukuki niteliği “kanun yolu”; buna karşın bu iki etkiyi bir arada bulundurmeyen bir hukuki çarenin hukuki niteliğini ise “kanun yolu dışı hukuki çare” olarak tanımlamak gerekecektir²¹.

Bilindiği üzere itiraz kanun yolu, kural olarak hakim ve kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarının bir başka merci tarafından yeniden incelenmesine olanak tanıyan bir kanun yoludur. İtirazın konusunu, kural olarak hakim kararları oluşturmaktadır. Bu nedenle hakim tarafından verilen tüm kararlara karşı itiraz kanun yolu açıktır. Kanunda belirtilen hallerde ise mahkemenin vermiş olduğu ara kararlarına karşı da itiraz kanun yoluna başvurulabilir; ancak burada hakim kararlarından farklı olarak itiraz kanun

¹⁷ Bu ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ERSOY**, Hukuki Çare, s.74 vd.

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERSOY**, Hukuki Çare, s.78-81.

¹⁹ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **NAMLI, Mert**, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku’nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2013, s.59-65 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış doktora tezi).

²⁰ Bkz. **ERSOY**, Hukuki Çare, s.82-83.

²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERSOY**, Hukuki Çare, s.81-83; **PETERS, Karl**, Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985, s.615-617.

yoluna başvurulabileceğine dair kanunda açık bir düzenleme bulunması gerekmektedir²².

Bu açıdan bakıldığında, mahkemelerin son kararına yani hükme karşı başvurulabilecek hukuki çareler hukuk sistemimizde istinaf veya temyiz kanun yolu olacaktır. Başka bir ifadeyle, hükme (CMK m.223) karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilmesi -kural olarak- mümkün değildir.

Basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiği durumlarda, asliye ceza mahkemesi, ilgililere iddianameyi tebliğ edecek, beyan ve savunmalarını on beş gün içinde bildirmelerini istedikten sonra duruşma yapmaksızın ve Cumhuriyet savcısının görüşünü almaksızın hüküm tesis edecektir. Bu kapsamda tesis edilen hüküm ilgililere tebliğ edilecektir (CMK m.251/1, 2, 3).

CMK m.251/5'te verilecek hükümde itiraz usulü ve itirazın sonuçlarının belirtileceği ifade edilmiştir. CMK m.252/1'de de benzer bir düzenlemeye yer verildiği görülmektedir: *"251 inci madde uyarınca verilen hükümlere karşı itiraz edilebilir. Süresi içinde itiraz edilmeyen hüküm kesinleşir."* Burada çözümlenmesi gereken iki önemli husus bulunmaktadır: İlki, kanun koyucunun buradaki "itiraz" ile neyi kastetmek istediği, ikincisi ise itiraz süresinin ne kadar olacağıdır.

Burada ilk bakışta çözülmesi gereken bir sorun olmadığı düşünülebilir. Zira CMK'da itiraz kanun yolu ile kastedilmek istenenin ne olduğu, itiraz süresinin ne kadar olacağına Kanunda açıkça yazdığı (CMK m.267-271) söylenebilir. Ancak biz sorunun bu kadar basit olmadığını düşünmekteyiz. Bu sorunun temelinde, kanun koyucunun terminoloji seçiminde gereken özeni göstermemesi yatmaktadır. Şöyle ki; yukarıda da ifade olunduğu üzere itiraz kanun yolu bir hukuki çaredir ve hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı başvurulabilir. Ancak kanun koyucu CMK'nın bazı maddelerinde de "itiraz" terimini kullanmış olmasına rağmen bunun kanun yolu olan itiraz ile aynı olmadığı rahatlıkla ifade edilebilir. Örneğin, "Cumhuriyet savcısının kararına itiraz" başlıklı CMK m.173'te, kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen karara karşı, bu kararı veren Cumhuriyet savcısının yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimliğine "itiraz" edilebileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde CMK m.158/6 kapsamında verilen soruş-

²² ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.253.

turma yapılmasına yer olmadığına dair karara karşı CMK'nın 173. maddesindeki usule göre "itiraz" edilebileceği ifade edilmiştir. Dikkat edilecek olursa 173. maddede her ne kadar "itiraz" terimi kullanılmış olsa da bunun kanun yolu olan itiraz kurumu ile ilgisinin olmadığı ortadadır. Başka bir deyişle, burada kanun yolu olan itiraza ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Ancak kanun koyucu ne yazık ki burada farklı bir terim kullanmak yerine "itiraz" terimini kullanmayı tercih etmiş ve kavram kargaşası yaratmıştır. Basit yargılama usulü açısından da benzer tespitleri yapabiliriz: Kanun koyucu gerek CMK m.251'de gerek CMK m.252'de "itiraz" terimine yer vermişse de bunun da bir kanun yolu olan itiraz kurumu ile ilgisinin olmadığı rahatlıkla ifade edilebilir.

Bu açıklamalar kapsamında, yukarıda da ifade olunduğu üzere CMK m.251 ve m.252'de bahsi geçen "itiraz" kavramının CMK'da kanun yolu olarak düzenlenmiş itiraz kurumu (CMK m.267-271) olmadığı ortadadır. Zira burada ne aktarma ne de erteleme etkisi gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, CMK m.251 ve m.252'de bahsi geçen "itiraz" kurumunun hukuki niteliğinin "kanun yolu dışı bir hukuki çare" olarak kabul edilmesi ve değerlendirilmelerinin de buna göre yapılması gerekmektedir.

B. Mahkemece Verilen Hükme Karşı Yapılacak İtiraz Süresi

Doktrinde, basit yargılama usulünde bahsi geçen itiraz kurumu ile itiraz kanun yolu aynı kapsamda değerlendirildiğinden, itiraz kanun yolu için öngörülen yedi günlük sürenin (CMK m.268/1) basit yargılama usulüne itiraz bakımından da geçerli olacağı savunulmaktadır²³. Ancak kanaatimizce bunun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Zira, dikkat edilecek olursa, Cumhuriyet savcısının verdiği kovuşturmayaya yer olmadığına dair karara itirazı düzenleyen CMK m.173'te "itiraz" olarak nitelendirilen ancak teknik anlamda kanun yolu olan "itiraz"dan farklı olan bir kurum için başvuru süresinin ne kadar olacağı "...kararın kendisine tebliğ edildiği tarihten itibaren on beş gün içinde..." denilmek suretiyle açıkça gösterilmiştir. Kanun koyucu 173. maddede olağan kanun yolu olan ve yalnızca ismini ödünç aldığı itiraz kurumunun burada uygulanmayacağını fark etmiş ve buna ilişkin süreyi yerinde bir şekilde maddede ayrıca düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Ancak basit yargılama usulü söz konusu olduğunda, gerek 251. maddede gerek 252. maddede "itiraz" süresinin ne kadar olacağına dair herhangi bir düzen-

²³ ŞAHİN / GÖKTÜRK, s.209-210; DEĞİRMENCİ, Basit Yargılama Usulü, s.47; KIZILARSLAN, s.1951; ALDEMİR, s.326.

lemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Söz konusu maddelerdeki “itiraz”dan kasıt, yukarıda da ifade olunduğu üzere, kanun yolu olan itiraz olmadığına göre, kanun yolu itiraz için öngörülen süre olan yedi günlük sürenin burada uygulanabilmesi kanaatimizce mümkün değildir. Her ne kadar kıyas yoluyla kanun yolu olan itiraz kurumu için öngörülen yedi günlük sürenin basit yargılama usulündeki itiraz kurumu için de geçerli olacağı ileri sürülebilse de bunun teknik anlamda mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Zira basit yargılama usulü istisnai nitelikte bir düzenleme olduğundan ve istisnai nitelikteki hükümlerde de kıyas yapmak mümkün olmadığından, kanun yolu olan itiraz bakımından öngörülen yedi günlük sürenin kıyasen burada uygulanmasını kabul etmek doğru bir çözüm şekli olmayacaktır.

Acaba burada, madem kanun koyucu tarafından itiraz için bir süre öngörülmemiş o zaman hakim tarafından buna ilişkin bir süre belirlenmesi mümkündür denilebilir mi?

CMK’da süreler, hak düşürücü, koruyucu ve düzenleyici olmak üzere üç çeşittir. CMK m.252/1, c.2’de, süresi içinde itiraz edilmeyen hükümlerin kesinleşeceği ifade edilmiş olup, burada kanun koyucunun hak düşürücü bir süreye gönderme yapmak istediği anlaşılmaktadır. Ancak bu işlem için öngörülen sürenin ne kadar olacağı Kanun’da gösterilmemiştir. Bu husus kanaatimizce kanun koyucunun dikkatsizliğinin bir neticesidir. Peki burada ne yapılması gerekmektedir? Kanaatimizce yukarıda da ifade edildiği üzere kıyas yoluyla, kanun yolu itiraz için öngörülen sürenin burada da geçerli olduğunun kabul edilebilmesi mümkün değildir. Hakimin de itiraz için bir süre belirleyebilmesi mümkün olmadığından ortada tek bir çözüm kalmaktadır: İtiraz için ortada bir süre olmadığından, sürenin işlemeye başlamadığını kabul etmek! Bu kapsamda, CMK m.251 ve/veya m.252’de itiraz süresinin ne kadar olacağı açıkça gösterilinceye kadar itiraz yoluna başvurmak için herhangi bir süre sınırının getirilmesinin ve bu sürenin geçtiğinden bahisle itirazın süresinde yapılmadığının kabul edilmesinin, başta hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı olmak üzere birçok hakkın ihlali sonucunu gündeme getirebileceğini söyleyebiliriz. Bununla birlikte şayet verilen hükme itiraz edilmişse bu itirazın -süre bakımından- usulüne uygun bir itiraz olarak kabul edilmesi ve işleme konulması gerekmektedir.

Sonuç olarak kanaatimizce yapılacak bir kanun değişikliğiyle CMK’nın 252. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesindeki “karşı”

kelimesinden sonra gelmek üzere “tebliğden itibaren yedi gün içerisinde” ifadesinin eklenmesi, bu sorunu çözme noktasında en sağlıklı çözüm olacaktır.

B. Basit Yargılama Usulünü Uygulayan Asliye Ceza

Mahkemesinin İtiraz Üzerine Verdiği Yeni Hükme Karşı İstinaf Kanun Yoluna Başvurulması Durumunda İstinaf Mahkemesinin Aleyhe Değiştirme Yasağını Uygulaması Sorunu

CMK m.252/5'e göre, ikinci fıkra uyarınca verilen hükümlere karşı genel hükümlere göre kanun yoluna başvurulabilecektir. Bu kapsamda genel hükümlere göre kanun yoluna yalnızca sanık tarafından veya sanık lehine başvurulmuş olması durumunda CMK m.283 hükmü uyarınca istinaf mahkemesi tarafından aleyhe değiştirme yasağı dikkate alınacaktır.

C. Verilen Hükme Sanık Tarafından Yapılan İtiraz Sonrasında

CMK m.251/3 Uyarınca Yapılmış Olan İndirimin

Korunmayacağına Dair CMK m.252/3, c.2 Hükmünün

Anayasa'ya Aykırılığı Sorunu

Basit yargılama usulünde itirazı düzenleyen CMK m.252/3 şu şekildedir: “(3) Mahkeme, ikinci fıkra uyarınca hüküm verirken, 251 inci madde kapsamında basit yargılama usulüne göre verdiği hükümle bağlı değildir. Ancak, itirazın sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hallerde 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan indirim korunur.” CMK'nın 252. madde gerekçesinde (Tasarı teklif metni madde 25) buna ilişkin şu tespitlere yer verilmiştir: “Maddenin üçüncü fıkrasında, basit yargılama usulü uygulanarak verilen hükümlere itiraz edilmesi üzerine, mahkemenin itirazdan önce verdiği kararla bağlı olmaksızın genel hükümlere göre karar verebileceği hükme bağlanmaktadır. Buna göre mahkeme, sanık hakkında daha hafif ceza verebileceği gibi daha ağır ceza da verebilecek ve 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan dörtte bir oranındaki indirimi uygulamayacaktır. Ancak, itirazın mağdur, müşteki veya Cumhuriyet savcısı tarafından yapıldığı hallerde dörtte bir oranındaki bu indirim korunacaktır. Böylelikle, basit yargılama usulünden umulan faydanın gerçekleşmesi öngörülmektedir.”

Acaba basit yargılama usulü sonrasında verilen hükme karşı sanık tarafından yapılan itiraz sonrasında önceki hükümde yapılan indirimin korunmayacağı, başka bir ifadeyle önceki hükmün sanığın aleyhine değiştirilebileceği şeklindeki ifade Anayasa'ya aykırı mıdır? Bu sorunun yanıtı aleyhe değiştirme yasağı kurumunda bulunmaktadır.

Her şeyden önce ifade edebiliriz ki, aleyhe değiştirme yasağının²⁴ varlığından bahsedilebilmesi için, erteleme ve aktarma etkisine (Suspensiv- und Devolutiveffekt) sahip bulunan bir hukuki çarenin daha teknik bir ifadeyle bir kanun yolunun varlığı şart değildir. Başka bir deyişle erteleme ve aktarma etkisi aleyhe değiştirme yasağının uygulanabilmesi için önem arz etmemektedir. Zira ilgili kişi açısından aleyhe değiştirmenin hangi mahkeme tarafından gerçekleştirildiğinin hiçbir önemi bulunmamaktadır²⁵.

Türkiye'nin de bir parçası olduğu çağdaş ceza muhakemesi sisteminin amacı ne pahasına olursa olsun değil, yalnızca hukuk devletinin sınırları içerisinde, insan haklarına ve insan onuruna uygun şekilde gerçeğe ulaşılmasının sağlanmasıdır. Kanun yollarının/hukuki çarelerin varlık gayesini de aslında bu amaçtan ayrı düşünmek mümkün değildir. Ancak gerek Anayasa ve kanunlar tarafından gerek uluslararası sözleşmelerle teminat altına alınmış bulunan kanun yoluna başvuru hakkının kullanılması sonrasında (daha) aleyhe bir durumla karşılaşma, sanığa, *Beling'in* ifadesiyle²⁶ *yağmurdan kaçarken doluya tutulma riskini* yaşatacaktır. Böylelikle sanık bu yola başvurma noktasında büyük bir tereddüt yaşayacak, belki de kendisine tanınan bir hakkı sırf bu nedenle kullanamayacaktır. Çağdaş bir ceza muhakemesi sisteminde devletin, sırf kanunen tanınan kanun yoluna/hukuki çarelere başvurma hakkının kullanılması dolayısıyla sanığın daha ağır bir hukuki duruma sokulmayacağına ilişkin inancını berkitmesi bir zorunluluktur. Bu bağlamda, aleyhe değiştirme yasağının kabul edilmesinin ne ceza muhakemesinin gerçeğe ulaşma ne de kanun yollarının somut olay adaletini ve hukuk barışını sağlama yönündeki amacıyla çelişen bir durumunun olmadığı, bilakis söz konusu yasağın, bu amaçları gerçekleştirme noktasında önemli bir fonksiyon üstlenmiş olduğu ifade edilebilir²⁷.

Önceki tarihli bir çalışmamızda²⁸ aleyhe değiştirme yasağının dogmatik esasının ne olduğuyula ilgili ayrıntılı açıklamalarda bulunmuştuk. Burada tekrara kaçmamak için şunu söyleyebiliriz: Aleyhe değiştirme yasağın dogmatik temelleri, *adil yargılanma hakkı, silahların eşitliği ilkesi, insan onuru-*

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.19 vd.

²⁵ **KUHLMANN, Axel**, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010, s.21.

²⁶ Akt. **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.7.

²⁷ **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.65-66.

²⁸ **ERSOY**, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.122 vd.

nun korunması ve *hukuki dinlenilme hakkı* ile açıklanabilir. Aleyhe değiştirme yasağının, devletin sahip olduğu cezalandırma ve yargılama yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurduğu, başka bir ifadeyle devletin yargı yetkisinin sınırlarından birisini oluşturduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Zira aleyhe değiştirme yasağı sayesinde, devlet otoritesi, insan onurunu korumakla yükümlü olduğu sanığı, yargılamanın *objesi* olmaktan çıkarıp, hak ve yetkilere sahip olan, yargılamaya şekil verebilen bir *süje* konumuna yükseltmektedir. Ayrıca adil yargılanma hakkının temel unsurlarından birisi konumunda bulunan silahların eşitliği ilkesinin de aleyhe değiştirme yasağıyla doğrudan doğruya bir ilişkisinin olduğu söylenebilir. Yalnızca sanık lehine yapılan bir hukuki çareye başvuru neticesinde, mahkemece verilen hükmün sanık aleyhine değiştirilememesi, yargılamanın *süjesi* konumunda bulunan sanık ile Cumhuriyet savcısı arasındaki eşitsizliği kısmen de olsa dengeleme fonksiyonu da üstlenmektedir. Bu yasak sayesinde sanığın ikilemde kalmadan kanun yollarına başvurmasının önü açılmış ve bu yolla bir anlamda adil yargılanma hakkının da teminat altına alınması sağlanmış olmaktadır. Yine, yalnız sanık lehine kanun yoluna başvurulmuş bir olayda, hükmün sanığın aleyhine değiştirilebilme imkanının var olması, sanığın bu yola başvurmasını engelleyebilecektir. Böyle bir durumda sanık yargılamanın *süjesi* değil *objesi* olmaya razı olacaktır ki bu durum hukuki dinlenilme hakkının da ihlali sonucunu doğurabilecektir²⁹.

Aleyhe değiştirme yasağının uygulanabilmesi için yalnızca sanık lehine yapılmış bir hukuki çare başvurusu bulunmalıdır. Bu kapsamda sanık lehine olmak koşuluyla başvuruyu kimin yaptığı (C. Savcısı, sanığın müdafii, eşi, kanuni temsilcisi) hiçbir önem taşımaz. Başka bir ifadeyle kanun koyucu, aleyhe değiştirme yasağının geçerlilik kazanabilmesi için başvuruyu yapan *süjenin* sıfatına değil, başvuruyu yapma amacına üstünlük tanımaktadır. Bu kapsamda C. savcısı, sanığın aleyhine olduğu gibi yalnızca lehine bir kanun yolu başvurusunu da pekala yapabilir ve böyle bir durumda da aleyhe değiştirme yasağı geçerlilik kazanır. Zira bu yasağın kabul edilmesindeki amaç, daha önce de ifade edildiği üzere, kanun yoluna başvurma sonrasında daha ağır bir sonuçla karşılaşma tehlikesini bertaraf ederek sanığın serbestçe kanun yoluna başvurabilmesini sağlamaktır. Her ne kadar doktrinde bir görüş³⁰, CMK m.252/3'ün ikinci cümlesinde, itirazın

²⁹ Bkz. ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.403-305.

³⁰ YURTCAN, s.725; DEĞİRMENCİ, Basit Yargılama Usulü, s.48.

sanık dışındaki kişiler tarafından yapıldığı hallerde yapılan indirimin korunacağını belirtilmiş olmasını dolaylı olarak aleyhe değiştirme yasağının kabulü olarak kabul etse de kanaatimizce bu görüşün kabul edilebilmesi mümkün değildir. Çünkü aleyhe değiştirme yasağının varlık gayesi, sanık aleyhine kanun yoluna başvurmayı düşünen kişilerin değil sanığın veya sanık lehine kanun yoluna başvurmayı düşünen diğer kişilerin hiçbir korku duymaksızın bu yola başvurmalarını sağlamaktır. Oysa sanık dışındaki kişilerin itiraz yoluna başvurmalarının temelinde sanığın daha ağır bir ceza ile cezalandırılması amacı yatmaktadır. Bu nedenle bu kişilerin itiraz yoluna başvurmaları halinde yapılan indirimin korunacağını kabulünün mantıklı bir izahı bulunmamaktadır.

Bu genel tespit ve değerlendirmeler ışığında, CMK m.252/3'te belirtilmiş olan ve itirazın sanık tarafından yapılması durumunda önceki hükmünde yapılan indirimin korunmayacağına dair hükmün, sanığı, yargılamanın süjesi olmaktan çıkarıp objesi konumuna indirdiği söylenebilir. Yine sanık, basit yargılama usulünün uygulanması neticesinde verilen hükmün hukuka aykırı olduğunu düşünüp itiraz yoluna başvurması neticesinde aynı mahkeme tarafından yapılacak yargılama neticesinde dörtte bir oranındaki indirimden de mahrum kalma endişesi yaşayacak, belki de kendisine tanınan bir hakkı sırf bu nedenle kullanamayacaktır. Söz konusu hükmün, çağdaş bir ceza muhakemesi sisteminde devletin, sırf kanunen tanınan hukuki çarelere başvurma hakkının kullanılması dolayısıyla sanığın daha ağır bir hukuki duruma sokulmayacağına ilişkin inancını boşa çıkartacağı da her türlü şüpheden uzaktır. Bu kapsamda, yukarıda da ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, söz konusu düzenlemenin, Anayasa'ya aykırı olduğunu ve yapılacak bir kanun değişikliğiyle madde metninden çıkarılması gerektiğini söyleyebiliriz.

Bu konuyla ilgili son olarak önemine binaen Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (Strafprozessordnung) 407 ila 412. paragraflarında düzenlenmiş bulunan "*Ceza Kararnamesi Muhakemesi*" (*Verfahren bei Strafbefehlen*) kurumuna da kısaca değinmekte yarar görmekteyiz. Bizdeki basit yargılama usulüne kısmen benzerlik gösteren ceza kararnamesi muhakemesinin uygulanabilmesi için ön koşul, isnat olunan suçun bir *cünha* (*Vergehen*) olmasıdır. Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch) §12 Abs. 2'ye göre alt sınırı bir yıldan az hapis cezasını veya adli para cezasını gerektiren hukuka aykırı fiiller *cünha* kabul edilmektedir. Mahkeme burada sanık hakkında hapis cezası dışında kalan ve ilgili paragrafta sayma suretiyle belirtilen yaptırım

türlerinin birine veya birkaçına (örneğin, adli para cezası, müsadere, araba sürme yasağı, sürücü belgesinin iki seneden fazla olmamak üzere geri alınması gibi) hükmedebilmektedir. Şayet sanığın müdafii varsa, sanık hakkında bir yıla kadar hapis cezası verilebilmekte ancak bu ceza ertelenmektedir. Sanık, ceza kararnamesinin kendisine tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde bu kararnameye “*karşı koyma*” (*Einspruch*)³¹ imkanına sahiptir. Eğer kararnameme *karşı koyma* işlemi usule uygun yapıldıysa mahkeme duruşma için gün tayin edecektir. Bu noktada konumuzla yakından ilgisi olması sebebiyle Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 411. paragrafının dördüncü fıkrasını burada ayrıca incelemek istiyoruz. Söz konusu hükme göre mahkeme, vermiş olduğu ceza kararnamesine yapılan *karşı koymayı* incelerken, ceza kararnamesinde vermiş olduğu kararlarla bağlı değildir; başka bir ifadeyle Alman Hukuku’nda ceza kararnamesine sanık tarafından *karşı koyulması* durumunda aleyhe değiştirme yasağının uygulama alanı bulmayacağı savunulmaktadır. Aleyhe değiştirme yasağına ceza kararnameleri bakımından getirilen bu istisna, ceza kararnameleri gibi kısa süren yargılamalarda kamusal cezalandırma yetkisinin kullanılmış sayılmayacağı görüşüyle meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır³².

Bu görüşe yerinde bir şekilde karşı çıkan yazarlardan *Soester’e* göre, kanun koyucu bazı durumlarda usul ekonomisine ilişkin gerekçelerle yargılamanın hızlı bir şekilde sonuçlanmasını ve böylelikle yapılacak harcamalarda tasarruf yapılması yoluna gidilmesini amaçlayabilmektedir. Bunun için savcılık, sanık ve mahkeme arasında tabir caizse resmi olmayan bir anlaşma yapılmakta ve yargılama sessiz sedasız bir şekilde sonlandırılmaktadır. Bu durum, ceza muhakemesinin bütününe egemen olan somut olayın ayrıntılı bir şekilde araştırılmasını ve gerçeğe ulaşılmasını amaçlayan fonksiyonuyla çelişki oluşturmaktadır. Yazar bu duruma verilebilecek en iyi örneklerden birisi ceza kararnamesi kurumunu göstermektedir. Yazar çalışmasının devamında bizim de katıldığımız üzere, aleyhe değiştirme yasa-

³¹ Alman kanun koyucusu, itiraz kanun yolundan (Beschwerde) farkını belirtmek üzere ceza kararnamesi bakımından özel bir terim olan ve bizim “*karşı koyma*” olarak Türkçeleştirdiğimiz “*Einspruch*” terimini kullanmıştır. CMK bakımından da basit yargılama usulünde mahkemece verilen karara karşı koyma anlamına gelebilecek başka bir kavram kullanılabirdi.

³² **MEYER-GOßNER, Lutz**, “*Einstellung des Verfahrens und Verschlechterungsverbot*”, in: *Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985*, Hrsg.: Karl Heinz Gössel und Hans Kauffmann, München 1985, s.287, 292.

ğının ortadan kaldırılması sonucunu doğurduğundan, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun §411 Abs. 4 hükmünün Federal Alman Anayasası'na açıkça aykırı olduğunu ifade etmektedir³³.

D. CMK m.252/3'te "yalnız" İfadesine Yer Verilmemiş Olması Bir Eksiklik midir?

Bilindiği üzere istinaf kanun yolunda, sanık lehine başvurma halinde verilecek hükmü düzenleyen 283. maddenin ilk halinde, istinaf yoluna sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz denilmekteydi. Ancak uygulamada ve doktrinde sanığın hem lehine hem de aleyhine başvuru yapılması durumunda da aleyhe değiştirme yasağının uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmaya başlanmıştır. Bunun üzerine 2017 yılında 7035 sayılı Kanunla³⁴ yapılan değişiklik sonrasında 283. maddeye "yoluna" ibaresinden sonra gelmek üzere "yalnız" ifadesi eklenmiş, aleyhe değiştirme yasağının uygulanabilmesi için yalnız sanık lehine başvuru yapılmış olması hususu vurgulanarak, sanığın hem lehine hem de aleyhine başvuru yapılması halinde aleyhe değiştirme yasağının uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Ayrıca söz konusu değişiklikle 307. maddenin dördüncü fıkrasıyla da uyum sağlanmıştır.

Ancak 252. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde kanun koyucu, itirazın, sanık dışındaki kişiler tarafından yapılması halini düzenlerken, sanık dışındaki kişilerle birlikte sanık tarafından da itiraz yoluna başvurulması halinde ne yapılacağına dair açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Acaba burada, önceki hükümde yapılan indirim evleviyetle korunur mu diyeceğiz, yoksa madem sanık da itiraz yoluna başvurmuş o zaman indirim korunmayacak mı diyeceğiz?

Kanaatimizce kanun koyucunun bu hükmü ihdas etmekteki amacı - katılmamakla birlikte- itirazın, "yalnız" sanık dışındaki kişiler tarafından yapılması durumunda dörtte birlik indirimin korunmamasını sağlamaktır. Böylelikle kanun koyucu, söz konusu düzenlemeyle hukuk sistemimize

³³ SOESTER, **Thiemo**, Zum Verschlechterungsverbot im deutschen Strafprozess nach alleinigem Rechtsbehelf des Angeklagten – Herleitung und Reichweite, Hamburg 2016, s.187-188.

³⁴ 20.07.2017 tarihli ve 7035 sayılı Kanun m.18. R.G. Tarih-Sayı: 07.08.2017-30145 (Mükerrer).

“*lehe değiştirme yasağı / reformatio in melius yasağı*”³⁵ olarak ifade edebileceğimiz yeni bir yasağı sokmuş bulunmaktadır. Zira ceza muhakemesi sistemimizde, yalnız savcı veya yalnız müşteki tarafından sanığın aleyhine kanun yoluna başvurulmuş olması, hükmün sanığın lehine bozulmasını engellemektedir. Bu kapsamda, yalnızca sanık tarafından bir hukuki çareye başvurulması durumunda *a fortiori* hükmün sanığın lehine değiştirilmesi engellenmemelidir. Ancak kanun koyucu, basit yargılama usulü söz konusu olduğunda bu genel kuraldan ayrılmıştır. Her ne kadar basit yargılama usulünde itiraz yoluna başvurulması sonrasında verilen ilk hükmün teknik anlamda bozulması değil kaldırılması söz konusu olsa da yeni verilecek hükümde önceki hükümdeki indirimin korunmayacak olması da rahatlıkla “*reformatio in melius yasağı*” olarak ifade edilebilir.

Kanun koyucu, hayata geçirmek istediği *reformatio in melius yasağını* biraz dolambaçlı bir yolla ifade etmeyi tercih ettiğinden bir anlam kargaşasına sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda yalnızca mağdur, müşteki ve C. Savcısının veya sanıkla birlikte mağdur, müşteki veya C. savcısının itiraz yoluna başvurusu durumunda önceki hükümde yapılan indirimin korunacağını kabul etmek gerekmektedir. Kanaatimizce kanun koyucunun perspektifinden bakıldığında yapılması gereken-hükmün içeriğine ve kapsamına ilişkin itirazlarımız ve önerdiğimiz konsept bir tarafa bırakılacak olursa-252. maddenin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesini şu şekilde kaleme almak olmalıdır:

“*İtirazın, yalnız sanık dışındaki kişiler veya bunlarla birlikte sanık tarafından yapıldığı durumlarda 251 inci maddenin üçüncü fıkrası uyarınca yapılan indirim korunur.*”

E. CMK m.252/3'te Bahsedilen “...yapılan indirim korunur.”

İfadesinin Anlamı

CMK m.252/3'te bahsedilen “...yapılan indirim korunur.” ifadesinin ne anlama geldiği de büyük önem taşımaktadır. Örneğin, mahkeme ilk hükümde güveni kötüye kullanma suçunun oluştuğu kanaatine vardı ve sonuç cezadan dörtte bir oranında indirim yaptı; müşteki tarafından yapılan itiraz üzerine mahkeme, fiilin, güveni kötüye kullanma suçunu değil hırsızlık suçunu oluşturduğu kanaatine varacak olursa hırsızlık suçundan vereceği sonuç cezayı mı dörtte bir oranında indirecektir yoksa önceki hükümde

³⁵ Kavram için bkz. ERSOY, Aleyhe Değiştirme Yasağı, s.102.

yaptığı dörtte bir oranında indirimi düştükten sonra mı sonuç cezaya hükmedilecektir?

Doktrinde bir görüşe göre³⁶, itiraz üzerine hükmü veren mahkemece açılan duruşma sonrasında temel cezanın alt sınırından uzaklaşıldığı ve nitelikli hallerdeki ağırlaştırılmış cezanın farklı uygulandığı durumlarda, indirim oranı korunmasına rağmen, verilecek ceza basit yargılama usulü sonucu verilen cezadan daha ağır olabilecektir.

Yukarıda da ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere, basit yargılama usulünde de aleyhe değiştirme yasağının uygulanması gerekmektedir. Bu kabilinden hareketle madde metninde geçen "...yapılan indirim korunur." ifadesinin anlamlandırılması gerekmektedir. Ancak metnin lafzından bu sonuca varılabilmesi çok da mümkün görünmemektedir. Bu durumu bir örnekle açıklamak daha sağlıklı olacaktır.

Örnek: Şüpheli hakkında güveni kötüye kullanma suçundan düzenlenen iddianamenin kabulünden sonra yetkili ve görevli asliye ceza mahkemesince basit yargılama usulünün uygulanmasına karar verildiğini düşünelim. Mahkeme, tarafların beyan ve savunmalarını yazılı olarak aldıktan sonra sanığın iddianamede gösterilen güveni kötüye kullanma suçundan (TCK m.155/1) mahkumiyetine karar vermiş, hiçbir artırım ve indirim yapmamış, seçenek yaptırımlara hükmetmemiş, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar vermemiş ve altı ay hapis cezasından dörtte bir oranında indirim (1,5 ay) yaparak sonuç olarak sanığın 4,5 ay (6 ay – 1,5 ay) hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar vermiştir. Yalnız sanık tarafından, verilen bu mahkumiyet hükmüne karşı süresi içinde mahkemeye itirazda bulunmuş ve hükmü veren mahkemece duruşma açılmış ve yapılan yargılama neticesinde sanığın gerçekleştirdiği fiilin nitelikli hırsızlık suçunu (TCK m.142/2, m.143) oluşturduğu kanaatine varılarak sanığın mahkumiyetine karar verilmiş, önceki hükümde olduğu gibi hiçbir artırım ve indirim yapılmayarak sanığın 7,5 yıl hapis cezasıyla cezalandırılmasına karar verilmiştir. Bu örnekten de net bir şekilde anlaşılacağı üzere sanık, kanun tarafından kendisine verilen bir hukuki çareye başvurması neticesinde önceki hapis cezasının *yaklaşık yirmi katı ağırlığında* bir hapis cezasıyla cezalandırılmaktadır.

³⁶ DEĞİRMENCİ, Basit Yargılama Usulü, s.48.

Basit yargılama usulüne tabi suçların üst sınırının iki yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar olduğu dikkate alındığında, yapılan indirim korunacağına dair hükmün çok da fazla bir önemi olmayacağı, sanığın *üç aşığı beş yukarı* aynı hapis cezasıyla cezalandırılacağı ilk başta düşünülebilirse de yukarıda verilen örnek konunun sanık bakımından bazı durumlarda ne kadar aleyhe sonuçlar doğurabileceğini göstermektedir.

Kanaatimizce burada yapılması gereken, yukarıda da savunulduğu üzere, indirimin korunması prensibinden vazgeçilerek aleyhe değiştirme yasağının basit yargılama usulü bakımından hayata geçirilmesi olmalıdır. Ancak önerdiğimiz bu değişiklik hayata geçirilene kadar söz konusu hükmün, sanığın en lehine olacak şekilde yorumlanması gerektiğini düşünmekteyiz.

F. CMK m.252/3, c.2'de Bahsedilen "...yapılan indirim korunur." İfadesinin Beraat Kararı Verilmesi Karşısındaki Durumu

Bir önceki başlıkta, maddede bahsedilen "...yapılan indirim korunur." ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştu. Acaba asliye ceza mahkemesince beraat kararı verilmesi durumunda bu ifadeyi nasıl değerlendirmek gerekmektedir? Başka bir ifadeyle, sanık hakkında verilen beraat kararına müştekinin veya C. savcısının itiraz ettiğini düşünelim. Mahkeme yeniden yapacağı yargılama neticesinde mahkumiyet yönünde hüküm oluşturacak olursa maddede geçen "*yapılan indirim korunur*" ifadesi nasıl anlamlandırılacaktır? Beraat kararı verilmesine ilişkin Kanun'da herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Kanaatimizce, uygulamada bu gibi durumlarda, verilecek ikinci hüküm şayet mahkumiyet yönünde olacaksa, mahkemeler sonuç cezadan dörtte bir oranında indirim yapmak suretiyle *orta yolu* bulmaya çalışacaklardır. Ancak olması gereken, uygulamanın bu konuda bir çözüm/orta yol bulmasını beklemek yerine, Kanun'da bu duruma ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi ve böylelikle yaşanabilecek sorunların önüne geçilmesi olmalıdır.

G. Asliye Ceza Mahkemesinin İtiraz Üzerine Yapacağı Yargılama Sırasında Görevsizlik Kararı Vermesi Durumunda Ağır Ceza Mahkemesinin Önceki İndirimle Bağlı Olup Olmayacağı Sorunu

Kanaatimizce böyle bir durumda, dosya kendisine gelen ağır ceza mahkemesinin, asliye ceza mahkemesinin vermiş olduğu indirim oranını

koruma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmesi her şeyden önce mahkemelerin bağımsızlığı ilkesinin ihlali sonucunu doğuracaktır. Zira burada ağır ceza mahkemesi, bir başka mahkeme tarafından verilen hükümdeki indirim zorunlu olarak kendi vereceği hükümde uygulamak durumunda kalacaktır.

Ayrıca, ağır ceza mahkemelerinin toplu mahkeme olması, asliye ceza mahkemesine göre üst dereceli bir yargı mercii konumunda bulunmaları ve bazı durumlarda ise asliye ceza mahkemesi tarafından verilen kararlara yönelik itirazları inceleyecek mercii olarak görev yapmaları karşısında asliye ceza mahkemesi tarafından yapılan indirim miktarının ağır ceza mahkemesi tarafından dikkate alınmasını beklemek de eşyanın tabiatına aykırı olacaktır.

Kanaatimizce bu tür bir sakıncanın önüne geçebilmek için, asliye ceza mahkemesince görevsizlik kararı verilerek dosyanın ağır ceza mahkemesine gönderildiği durumlara özel yasal bir düzenleme getirilmesinin, örneğin ağır ceza mahkemesinin bu gibi durumlarda asliye ceza mahkemesince yapılan indirimle bağlı olmayacağına ancak sonuç cezadan dörtte bir oranında indirim yapabileceğine dair bir düzenleme getirilmesinin en sağlıklı çözüm şekli olacağı düşünülmektedir.

IV. SONUÇ

Yargının artan iş yükünün bir nebze de olsa hafifletilebilmesi için uzun zamandır bazı düzenlemelere gidildiği bilinmektedir. Bu kapsamda atılan adımlardan ilki, uzlaştırma kurumunu tekrar hayata döndürmek olmuştur. Daha sonrasında ise uzlaştırmaya tabi suçların sayısı gittikçe genişlemiş ve kapsama alanına giren suç sayısı daha da artırılmıştır. Ancak bu değişiklik de beklenen faydayı doğurmamış olsa gerek ki sonrasında önödeme tabi suçların sayısı artırılmıştır. Sonuncu adım ise 7188 sayılı Kanun'la yapılmış ve bu kapsamda kamu davasının açılmasının ertelenmesi kurumunun kapsamı genişletilmiş ayrıca seri muhakeme usulü ve basit yargılama usulü adı altında iki yeni kurum ceza muhakemesi sistemimize dahil edilmiştir. Bu iki yeni kurumun hukuk sistemimize dahil edilmesiyle birlikte yargının artan iş yükünün hafifletilmesi amaçlanmaktadır.

Önemsiz olduğu düşünülen bazı suçlar bakımından genel yargılama usulünün dışında farklı özel yargılama usulü benimsenmesi ve böylelikle hem yargılamaların daha kısa sürede sonuçlanması hem de daha önemli olduğu düşünülen suç tiplerine daha fazla zaman ayrılması yönündeki eği-

limden Türkiye’de etkilenmiş ve yukarıda da ifade olunduğu üzere 7188 sayılı Kanun’la önemli kurumların ceza muhakemesi sistemimize dahil etmiştir.

Ancak yargılamayı hızlandırma adına kabul edilen müesseselerin gerekli dikkat ve özen gösterilmeden uygulamaya geçirilmesi sonrasında başka bazı sorunların ortaya çıkması da kaçınılmazdır. Bu kapsamda mevcut çalışmada, seri muhakeme ve basit yargılama usulü kurumlarının itiraz kurumu özelinde ortaya çıkarabileceği bazı sorunlar üzerinde durulmuştur.

Çalışmada vardığımız ve önemli olduğunu düşündüğümüz bazı sonuçları şu şekilde özetleyebiliriz:

- İtiraz kanun yolu bakımından Türk ceza muhakemesi hukukunda aleyhe değiştirme yasağının uygulama imkanı bulamayacağı, böyle bir durumun da hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı başta olmak üzere birçok hakkın ihlali sonucunu doğurabileceği ortadadır. CMK’nın mevcut yapısı çerçevesinde aleyhe değiştirme yasağının seri muhakeme usulü kapsamında verilen hükümler bakımından geçerli olmaması neticesinde, itiraz merciince, itiraza konu hükümden daha ağır bir cezaya hükmedilebilmesi mümkündür. Kanaatimizce mevcut sistemde aleyhe değiştirme yasağının seri muhakeme usulü bakımından da uygulanmasının mümkün kılınabilmesi için CMK’nın 250. maddesinin on dördüncü fıkrasının birinci cümlesinden sonra gelmek üzere şu cümlenin madde metnine eklenmesinin birçok sorunu çözme noktasında faydalı olabileceği düşünülmektedir: *“Yalnız şüpheli lehine yapılan itiraz sonucunda verilecek yeni hüküm, dokuzuncu fıkra kapsamında mahkemece kurulmuş hükümdeki cezadan daha ağır olamaz.”*

- Basit yargılama usulünde bahsi geçen “itiraz” kavramının, CMK m.267-271 arasında düzenlenmiş bulunan itiraz kanun yolu kurumu ile ilgisinin olmadığı söylenebilir. Zira burada ne aktarma ne de erteleme etkisi gerçekleşmektedir. Bu bağlamda, basit yargılama usulünde bahsi geçen “itiraz” kurumunun hukuki niteliğinin “kanun yolu dışı hukuki çare” olarak kabul edilmesi ve yapılacak yorumlarda bunun gözetilmesi gerekmektedir.

- Basit yargılama usulünde mahkemece verilen hükme karşı itiraz edilebileceği belirtilmişse de itiraz süresinin ne kadar olacağı açıkça gösterilmemiştir. Bu kapsamda çalışmada ayrıntılı olarak açıklandığı üzere yapılması gereken, bir kanun değişikliğiyle, CMK’nın 252. maddesinin birinci

fıkrasının birinci cümlesindeki “karşı” kelimesinden sonra gelmek üzere “tebliğden itibaren yedi gün içerisinde” ifadesinin eklenmesi olmalıdır.

- Çalışmada cevap aranan sorulardan bir diğeri de, CMK m.252/3, c.2'nin Anayasa'ya aykırı olup olmadığıdır. Kanaatimizce, CMK m.252/3'te belirtilmiş olan ve itirazın sanık tarafından yapılması durumunda önceki hükümde yapılan indirimin korunmayacağına dair hükmün, sanığı, yargı-lamanın süjesi olmaktan çıkarıp objesi konumuna indirdiği söylenebilir. Yine söz konusu hükmün, çağdaş bir ceza muhakemesi sisteminde devletin, sırf kanunen tanınan hukuki çarelere başvurma hakkının kullanılması dola-yısıyla sanığın daha ağır bir hukuki duruma sokulmayacağına ilişkin inan-cını boşa çıkartacağı da ortadadır. Sonuç itibariyle söz konusu hükmün Anayasa'ya aykırı olduğunu ve yapılacak bir kanun değişikliğiyle madde metninden çıkarılması gerektiğini düşünmekteyiz.

- CMK m.252/3, c.2'de bahsi geçen “...yapılan indirim korunur.” ifade-sinin, asliye ceza mahkemesince beraat kararı verilmesi durumunda nasıl anlaşılacağı da önemli bir sorundur. Kanaatimizce, uygulamada bu gibi durumlarda, verilecek ikinci hüküm şayet mahkumiyet yönünde olacaksa, mahkemeler sonuç cezadan dörtte bir oranında indirim yapmak suretiyle *orta yolu* bulmaya çalışacaklardır. Ancak olması gereken, uygulamanın bu konuda bir çözüm bulmasını beklemek yerine, Kanun'da bu duruma ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi ve böylelikle yaşanabilecek sorunların önüne geçilmesi olmalıdır.

- Asliye ceza mahkemesinin itiraz üzerine yaptığı yargılama sırasında görevsizlik kararı vererek dosyayı ağır ceza mahkemesine göndermesi du-rumunda, ağır ceza mahkemesinin, asliye ceza mahkemesinin yapmış oldu-ğu indirimle bağlı olup olmayacağı da önemli bir sorundur. Kanaatimizce bu duruma özel yasal bir düzenleme yapılmasının, örneğin ağır ceza mah-kemesinin bu gibi durumlarda asliye ceza mahkemesince yapılan indirimle bağlı olmayacağına ancak sonuç cezadan dörtte bir oranında indirim yapa-bileceğine dair bir düzenleme getirilmesinin en sağlıklı çözüm şekli olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKLAR

- ALDEMİR, Hüsnü**, Ceza Yargılamasında Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- DEĞİRMENCİ, Olgun**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Yargılama Usulü (CMK m.251-252)", Terazi Hukuk Dergisi, 2020, 15 (1).
- DEĞİRMENCİ, Olgun**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Seri Muhakeme Usulü (CMK m.250)", Batı Adalet Dergisi, Ocak-Haziran 2020.
- DEREN YILDIRIM, Nevhis**, "Kanunyollarına Dair Bazı Düşünceler", Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı VI – Medeni Usul Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme, 19-20 Ekim 2007, Ankara 2008.
- ERSOY, Uğur**, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", CHD, Yıl: 10, Sayı: 29, Aralık 2015.
- ERSOY, Uğur**, Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme (reformatio in peius) Yasağı, Adalet Yayınevi, Ankara 2018.
- KIZILARSLAN, Hakan**, "7188 Sayılı Kanun'la Ceza Muhakemesi Hukukuna Getirilen Seri Muhakeme ve Basit Yargılama Usulleri", BÜHFED, Kasım-Aralık 2019, C. 14, S. 183-184.
- KUHLMANN, Axel**, Das Verbot der reformatio in peius im Zivilprozessrecht, Berlin 2010.
- MEYER-GOßNER, Lutz**, "Einstellung des Verfahrens und Verschlechterungsverbot", in: Strafverfahren im Rechtsstaat, Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985, Hrsg.: Karl Heinz Gössel und Hans Kauffmann, München 1985.
- NAMLI, Mert**, Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, İstanbul 2013 (İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü yayımlanmamış doktora tezi).
- ÖZTÜRK, Bahri / TEZCAN, Durmuş / ERDEM, Mustafa Ruhan / SIRMA GEZER, Özge / SAYGILAR KIRIT, Yasemin / ALAN AKCAN, Esra / ÖZAYDIN, Özdem / ERDEN TÜTÜNCÜ, Efser / ALTINOK VILLEMIN, Derya / TOK, Mehmet Can**, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, 13. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
- PETERS, Karl**, Strafprozeß, 4. Auflage, Heidelberg 1985.

- SOESTER, Thimo**, Zum Verschlechterungsverbot im deutschen Strafprozess nach alleinigem Rechtsbehelf des Angeklagten – Herleitung und Reichweite, Hamburg 2016.
- ŞAHİN, Cumhur / GÖKTÜRK, Neslihan**, Ceza Muhakemesi Hukuku II, 10. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- TANRIVER, Süha**, Medeni Usul Hukuku, Cilt I, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2016.
- UĞURLUBAY, Gülsün A. Aygörmez / HAYDAR, Nurdan / KORKMAZ, Mehmet**, “Seri Muhakeme Usulüne İlişkin Sorunlar”, ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/2.
- YILMAZ, Ejder**, “Hukuk Davalarında Yasayollarına Başvuru Hakkı ve Bu Hakkın Sınırlandırılmasının Yerindeliği Sorunu”, TBBD, 1988/1.
- YURTCAN, Erdener**, Ceza Yargılaması Hukuku, 16. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.