

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117



ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

(ASBUHFD)

Cilt: 2

Sayı: 2

Aralık-2020

Vol.: 2

no.: 2

December-2020

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2020

ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ

Hukuk Fakültesi Dergisi

(ASBUHFD)

ISSN: 2667-5668

e-ISSN: 2667-6117

Cilt: 2 Sayı: 2

Vol.: 2 no.: 2

Aralık-2020

December-2020

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBUHFD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 Fax: +90 312 311 86 00

e-mail: asbuhfd@asbu.edu.tr <https://dergipark.org.tr/asbuhfd>

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

ASBUHFD is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi aşağıda belirtilen indekslerde/veritabanlarında taranmaktadır.

ASBUHFD is scanned the indexes/databases as demonsrated below.



YAYINA HAZIRLAYAN

Adalet Yayınevi

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara

Tel: (0312) 231 17 00 Fax: (0312) 231 17 10

www.adalet.com.tr

Baskı

Ay-bay Kırtasiye İnş. Gıda Paz. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 33365

Tel: (0 312) 472 58 55 - Ankara

Basım Tarihi:

Aralık, 2020

İMTİYAZ SAHİBİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Bülent KENT

Editör Kurulu

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğr. Üyesi Talat KAYA

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Hakan KOÇAK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Hayrunnisa ALTIN ŞAHİN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Hasan Utku ŞATIROĞLU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Aysegül POLAT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Rumeysa ÇEVİK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü

İsmail ÖZCAN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa AVCI

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Cemil KAYA

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Refik KORKUSUZ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cengiz KÖSEOĞLU

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mustafa Serdar ÖZBEK

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülin GÜNGÖR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Rauf KARASU

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hayri BOZGEYİK

Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ömer ANAYURT

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Doğan SOYASLAN

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. İzzet ÖZGENÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf KARAKOÇ

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yusuf AKSAR

Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtalic.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz. <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.
<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>
<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>
3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasında boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
 - Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düşüldüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematik kullanılması gerekir.

| | |
|--|--------|
| Anayasa Mahkemesi | AYM |
| Bireysel Başvuru | BB |
| Bölge Adliye Mahkemesi | BAM |
| Ceza Dairesi | CD |
| Ceza Genel Kurulu | CGK |
| Daire | D |
| Danıştay | Dan. |
| Esas | E. |
| Hukuk Bölümü | HukukB |
| Hukuk Dairesi | HD |
| Hukuk Genel Kurulu | HGK |
| İçtihadı Birleştirme Kurulu | İBK |
| İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu | İBK |
| İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı | İDDK |
| Karar | K. |
| Uyuşmazlık Mahkemesi | UM |
| Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı | VDDK |
| Yargıtay | Yar. |

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atfılar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER/CONTENTS*

İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler..... 249

Einreichung vor der Verwaltungsjustiz mehr als Einer Klage mit Einer Einzigigen Petition: Bewertungen über der Bedeutung und dem Umfang von Artikel 5 des Türkischen Verwaltungsprozessgesetzes

Prof. Dr. R. Cengiz DERDİMAN

Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku..... 296

Artificial Intelligence and Tort Law

Dr. Öğretim Üyesi Erman BENLİ / Ar. Gör. Gayenur ŞENEL

Locke'un Toplum Sözleşmesi Hipotezi, Hipotezin Felsefi-Tarihi Açından Eleştirisi Ve Günümüz Koşullarında Değerlendirilmesi..... 337

Locke's Social Contract Hypothesis, Philosophical-Historical Criticism of the Hypothesis and Evaluation It in Today's Conditions

Alp ÖZTEKİN

Elektrik Tüketim Vergisi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri..... 434

Electricity Consumption Tax, Problems and Solutions

Muhammet Ali ATEŞ

Kira İlişkisinin Devri 504

Transfer of Rental Relationship

Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ

Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk..... 551

Mediation in Family Law Disputes

Ar. Gör. Duygu DAĞLIOĞLU

Türkiye'de Gecekondu Önleme, Tasfiye ve Islah Bölgeleri 588

Prevention, Clearance and Improvement Zones for Squatters in Turkey

Ar. Gör. Dr. Onur KAPLAN

*Makale sıralamasında akademik unvan ve makale gönderim tarihi esas alınmaktadır.

İDARİ YARGIDA BİRDEN FAZLA DAVANIN TEK DİLEKÇE İLE AÇILMASI: TÜRK İDARİ YARGILAMA USULÜ KANUNUNUN 5. MADDESİNİN ANLAMI VE KAPSAMI ÜZERİNDE DEĞERLENDİRMELER

*Einreichung vor der Verwaltungsjustiz mehr als
Einer Klage mit Einer Einzigen Petition:
Bewertungen über der Bedeutung und dem
Umfang von Artikel 5 des Türkischen
Verwaltungsprozessgesetzes*

R. Cengiz DERDİMAN*

Özet

Birden fazla idari davanın tek dilekçeyle açılması mümkündür. Birden fazla davacı tarafından tek dilekçeyle dava açılması da mümkündür. Bunun için davacılar tarafından imzalanmış tek dilekçeyle idari yargı merciine başvurulması yeterlidir.

* Prof. Dr., Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi (hukuk bilimleri anabilim dalı) eski öğretim üyesi, emekli, rderdیمان@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-7826-8790.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 15.06.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 04.10.2020.

Atıf/Citation: Derdiman, R. Cengiz. "İdari Yargıda Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması: Türk İdari Yargılama Usulü Kanununun 5. Maddesinin Anlamı ve Kapsamı Üzerinde Değerlendirmeler." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (2020): 249-295.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Tek dilekçeyle dava açmanın yasal şartları, (2577 sayılı) Türk İdari yargılama Usulü Kanununda bulunmaktadır. İdari yargı mercii, yaptığı ön inceleme aşamasında yasal hal ve şartlara uymayan dilekçeleri reddeder.

Dilekçe ret kararına konu edilen her bir dava, hukuka aykırılığı giderildikten sonra, yasal süre içinde yeniden açılabilir.

Bu yazıda, tek dilekçe ile açılan birden fazla davanın ön incelemesinde dilekçe ret kararı verilmesi sırasında, yasal hükümlerin geniş yorumlanması önerilmiştir:

Davaların tek bir dilekçeyle sunulmasına ilişkin yasal hüküm (sayı 2577, madde 5) yorumlanırken, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü kanununda (madde 38/1) yer alan ve "bağlantılı dava" adı verilen başka bir yasal hüküm dikkate alınmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Tek Dilekçe, Yasal Hüküm, Dava, Bağlantılı Dava, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 5. Madde.

Zusammenfassung

Es ist möglich, dass vielen verwaltungsrechtlichen Klagen von einem Kläger mit einer einzigen Petition eröffnet werden. Außerdem man kann die Klagen Einreichung auch mehr als von einem Kläger mit einer einzigen Petition. Dafür genug ist es, von den Klägern mit einer von allen unterzeichnete Petition am Verwaltungsgerichtshof gewendet wird.

Die gesetzlichen Bedingungen der Einreichung eine Klage mit einer einzigen Petition sind in der Verwaltungsprozessgesetz (Nummer 2577) enthalten hat. Verwaltungsgerichtshof lehnt die gesagten Petitionen während der Voruntersuchung ab, wenn diese Petitionen keine gesetzlichen Anforderungen haben.

Wenn die gesagten Petitionen abgelehnt werden, kann jeder abgelehnter Klage innerhalb der gesetzlichen Frist nach Beseitigung der Rechtswidrigkeit wieder eröffnet werden.

In diesem Beitrag handelt sich darum, wird während der Voruntersuchung mehr als einer Klage mit einer einzigen Petition ausdehnende Auslegung nach die gesetzlichen Bestimmungen vorgeschlagen:

Während zu die gesetzliche Bestimmung (Nummer 2577, Artikel 5) zusammenhängend mit der einreichenden Klagen mit einer einzigen Petition Kommentar gegeben wird, soll man einer anderen gesetzlichen Bestimmung berücksichtigen, die ist Artikel 38/1 im Verwaltungsprozessgesetz (Nummer 2577) und heißt „verbundene Klage“.

Schlüsselwörter: Einziger Petition, Gesetzliche Bestimmung, die Klage, Verbundene Klage, Verwaltungsverfahrensordnung Nummer 2577, Artikel 5.

Giriş

İdari yargıda her bir davanın ayrı dilekçe ile açılması esastır. Ancak hukukta objektif ya da sübjektif dava çokluğu denilen ve İYUK'un 5. maddesinde söz konusu edilen hallerde, tek dilekçe ile dava açılması da mümkündür.

Tek dilekçe ile açılan davalarda, İYUK'un 5. maddesine aykırılık görülmesi halinde, Anayasanın 37. maddesi gözetilerek dilekçe ret kararları verilmektedir. İdari yargıda görev ve yetkinin kamu düzeninden addedilmeleri de burada önemli bir durum arz etmektedir.

Ancak, İYUK'un 38/1. maddesinden başka, Anayasanın “adil yargılanma hakkı”nı düzenleyen 36 ile “usul ekonomisi” ilkesini düzenleyen 141/1. maddeleri birlikte düşünüldüğünde; İYUK'un 5. maddesinin, uyarlılığı ölçüsünde aynı kanunun “davalarda bağlantı usul ve şartları”nı düzenleyen 38/1.

maddesini de nazara alacak şekilde geniş yorumlanması, haklı bir iddia ya da öneri olarak görülebilir.

İşte bu yazının önemli yanlarından birisi, yukarıdaki izahat çerçevesinde, İYUK'un 5. maddesinde yazılı "yasal hal şartlar"ın; uyarlılıkları derecesinde, yine İYUK'un 38/1. maddesinde yer alan "bağlantılı davalar"a ilişkin usûl ve şartları kapsayacak şekilde geniş yorumlanmasını önermesidir. Ayrıca, bu yazıda, dilekçe ret kararı verilen davaların birinin, birkaçının ya da tümünün yeniden açılmamasının hukuki sonuçları üzerinde de durulmaktadır.

Bu hususların daha anlaşılabilir olmasına da katkı sağlayacağı düşünülerek, bu yazımızda, "dava çokluğu" hallerinde tek dilekçe ile dava açma usul ve şartlarına ilişkin yasal şartların izahatı ve değerlendirmeleri yapılmakta; tüm izahat ve değerlendirmeler, yargısal ve bilimsel içtihatlarla da desteklenmektedir.

I. İDARİ YARGIDA TEK DİLEKÇE İLE DAVA AÇMAYA İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Genel Kuralın İstisnası Olarak Birden Fazla Davanın Tek Dilekçe ile Açılması

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununa(İYUK'a) göre(m.5); idari yargıda her bir dava, somut uyuşmazlığa mahsus bir dilekçeyle açılabilir. Dava dilekçesi, ya (iptal davası olarak) iptal talebini ya da (tam yargı davası olarak) zararların tazmini talebini içerir.

İYUK'un 5. maddesinde yer alan "yasal hal ve şartlar"da; birden fazla davanın tek dilekçeyle birlikte açılabilmesi mümkün olduğu gibi; birden fazla davacının birlikte verecekleri tek dilekçeyle dava açabilmeleri de mümkündür.

"Yasal hal ve şartlar"da tek dilekçe ile dava açmak, davaların mutlaka tek dilekçeyle açılmalarının gerekli olduğu

anlamına gelmez. Bu usul, davacıların dilerlerse tercih edebilecekleri, “bir seçenek” olmaktadır.

B. Dava Çokluğu mu Talep Çokluğu mu?

Birden fazla talebin yapılabileceği bir kısım davalarda, her bir talebin daima bir dava anlamına gelmesi söz konusu değildir. Örneğin, bir idari işlemin iptalinin yanı sıra yapılan, bu “işlemin yürütmesinin durdurulması” talebi ayrı bir dava konusu değildir. Çünkü; “yürütmeyi durdurma ancak açılmış bir iptal davasında ve bu davaya bakan yetkili idarî yargı merciinden istenilebilir.”¹ “Yürütmeyi durdurma”, iptal davası ile doğrudan bağlantılı olduğundan,² tek başına yürütmeyi durdurma talebi ile açılan davalar incelenmeksizin reddedilirler.³

“Dava çokluğu”nda birden fazla (ve “aynı kapsamın ferileri” olmayan) aslî talep vardır. Bu davalarda her bir talep ayrı ve farklı bir edimi gerektirmektedir.⁴ İdari yargıda İYUK’un 5. maddesinin imkân verdiği “tek dilekçe ile dava açma”nın uygulanmasında, “talep çokluğu” değil; aynı zamanda bunların ayrı bir dava konusu olup olmayacakları nazara alınarak, “dava çokluğu esas alınmalıdır.

¹ R. Cengiz Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 3. Baskı (Bursa: Aktüel Yayınları, 2014), 319.

² Dieter Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht* (Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag, 2000), 469; Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 318.

³ Dan. 7. D. E. 2000/10215, K. 2004/500, 26.02.2004, nakleden: Ergen, Cafer, *İdarî Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2008), 63. Aynı yönde: “Danıştayda dava açılmaksızın yürütmenin durdurulmasının istenilemeyeceği...” Dan. 9. D. E. 1984/1106, K. 1984/2257, 30.05.1984, nakleden: Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 318.

⁴ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, *Medenî Usul Hukuku*, 12. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2011), 316.

“Dava çokluğu”nda, davaların her birisi, bağımsız istemleri konu edinir. Bu nedenle dava çokluğu kapsamına “biri olmazsa diğerinin nazara alınması” anlamına gelecek şekilde yedekli, terditli ya da seçenekli talepler⁵ konumuz kapsamına girmezler.⁶

C. Birden Fazla Davanın Tek Dilekçede Açılmasına Yasal Dayanak

İYUK(m.5) hükümleri incelendiğinde, “dava çokluğu”nda tek dilekçe ile birden fazla dava açmak, davayı;

1-) “Birden çok idari işleme karşı (=Objektif dava çokluğu)” ya da;

2-) “Birden çok kişinin kendilerini ilgilendiren idari işleme karşı (=sübjektif dava çokluğu)”;

Açmaları şeklinde olabilecektir.⁷

⁵ Wolf-Rüdiger Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 16. Neu bearbeitete Auflage (Heidelberg: C. F. Müller, GmbH 2019), 56. Alman hukukunda, bu durumda mahkemenin terditli talep sırasıyla bağlı olmadığı, esas ya da ikincil taleplerden birisine göre karar verebilmesi yönünde değerlendirme için bkz: Friedrich Schoch, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier und Jost Pietzcker, 37. EL Juli 2019, *VwGO* (Quelle: beck-online; Kopie von Istanbul Üniversitesi), § 44 Rn. 4, 5.

⁶ Bilimsel ve yargısal içtihatlarda, bu tür davaların idari yargıda söz konusu olmayacakları genelde kabul edilmektedir. Örnek: Ramazan Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 7. Güncellenmiş Baskı (Ankara: Seçkin Yayınları, 2015), 232; Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi 2018), 147; Celal Işıklar, “İdari Yargıda Derdestlik,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2012): 71. Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 100; Dan. 8. D. E. 2017/7116, K. 2017/8217, 21.11.2017, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı). Aynı yönde: Dan. 11. D. E. 2006/7974, K. 2006/5418, 22.11.2006, nakleden: Ergen, *İdari Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*, 87.

⁷ Turgut Tan, *İdare Hukuku*, 2. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi Yayını, 2013), 1060, 1063; Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 56.

Tek dilekçeyle birden fazla davanın açılmasında, davalı da davacı da prensip olarak tektir.⁸ İdari yargı sistemimizde “davalının birden fazla olması” hali başlı başına bir “dava çokluğu” olarak görülmemektedir.

Tek dilekçeyle birlikte açılan davaların her birisi hukuken bağımsız bir dava niteliğindedir.⁹ Bu şekilde açılan her bir dava, ön/kabul şartları bakımından, ayrı ve müstakilen incelenir;¹⁰ eksiklikleri yoksa “esas”tan incelemeye geçilir.

II. TEK DİLEKÇEYLE AÇILACAK DAVADA “YASAL ŞARTLAR”IN KAPSAMI

A. Objektif Dava Çokluğu Bakımından

1. Genel Olarak

“Aralarında maddi ya da hukuki yönden bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi bulunmayan düzenleyici işlem ile bireysel işlemlere karşı (davalar) tek dilekçeyle (açılamayacaktır).”¹¹ Bu durum, bu bağlardan ya da ilişkilerden birisinin varlığının,

⁸ Johann Bader, Michael Funke-Kaiser, Jörg von Albedyll und Thomas Stuhlfauth, *Verwaltungsgerichtsordnung*, (Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: 5. Auflage, C.F.Müller Verlag GmbH, 2011), 219; “Die Anfechtungsklage,” 13, erişim tarihi: Nisan 19, 2020, http://www.al-online.de/fileadmin/userfolders/downloads/pdf/leseproben/Leseprobe_%C3%96ffR_-_Anfechtungsklage__Oktober_2014_.pdf; Schenke, *Verwaltungsprozessrecht* 56. İdari yargıda açılmış bir davada birden fazla merci/makam davalı gösterilebilmektedir. Davalının çokluğu konumuz açısından dava çokluğu kapsamında değildir.

⁹ Bundesfinanzgerichtshof Urteil com 12.07.2017, XK3.16.0, erişim tarihi: Mayıs 24, 2020, <https://juris.bundesfinanzhof.de/cgi-bin/rechtsp rechung/druckvorschau.py?Gericht=bfh& Art=en&nr=35335>.

¹⁰ Bader et. al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 220.

¹¹ Dan. 10. D. E. 2019/7087, K. 2019/3965, 15.05.2019, (Danıştay.gov.tr).

davaları tek dilekçeyle birlikte açmak için yeterli ve gerekli olduğunu göstermektedir. Şu halde: birden fazla davanın tek dilekçe ile açılabilirdiği davalarda, “objektif dava çokluğu” mevcut bulunmaktadır. Objektif dava çokluğunda, tek dilekçe ile dava açabilmek için:

1-) Bu davaların birbirleri arasında maddi veya hukuki bağ bulunması¹² ya da;

2-) Davacılarının hak veya menfaatlerinde iştirak bulunması kaydıyla, “davaya yol açan maddi olay veya hukuki sebeplerin aynı olması”;

gerekli ve yeterlidir.¹³

Burada kısaca söylemek gerekirse:

Tek dilekçeyle açılan davaların, aynı usule tabi olmaları ve aynı maddî-fiilî veya hukuki sebeplere dayanmaları gerekmektedir.¹⁴ Dolayısıyla davalar arasında bu şekilde bir ilgi mevcut olmalıdır. Bu davalarda husumet, aynı davalıya karşı yöneltilmeli ve bu davalar aynı yetkili mahkemenin görevi kapsamında girmelidirler.¹⁵

B. “Objektif Dava Çokluğu için Gerekli “Yasal Şartlar” Bakımından

1. Maddi Bağ

Davalar arasında “maddi bağ” bulunması; davaların aynı olaydan kaynaklanmaları, aynı maddi sebebe ya da olaya

¹² Schoch et. al., *VwGO*, Rn. 7.

¹³ Oğuz Sancakdar, “İdari Yargıda ‘Tek Dilekçe ile Dava Açma’ (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2007): 227.

¹⁴ Lorenz, *Verwaltungsprozessrecht*, 554.

¹⁵ Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 56; “Die Anfechtungsklage,” 13.

dayanmaları anlamına gelmektedir.¹⁶ “Günlük hayatta yaşanmış olan aynı olay” a dayanan davalar, tek dilekçeyle açılabilirler.¹⁷

Böyle bir bağ için dile getirilen, “dava konusu idari işlemlerin ‘aynı maddi sebepten kaynaklanması’”nı,¹⁸ “bu idari işlemlere aynı olayın sebep olması” şeklinde anlamak gerekir. Aralarında “maddi bağ” aranan “dava çokluğu”nda eylem tek; bundan doğan veya bunun sebep olduğu birden fazla dava söz konusu olmalıdır.¹⁹ Bir memurun aynı eylemine verilen disiplin cezası ve başka bir göreve de ayrıca atama işlemlerinin, tek dilekçe konusu yapılması mümkündür.²⁰

2. Hukuki Bağ

“Hukuki bağ”, davaların aynı hukuki işlem den kaynaklanmaları ya da davalardan birisinin diğerine hukuki dayanak teşkil etmesi olarak anlaşılmalıdır. Örneğin, bir polisin, branşının genel hizmete aktarılması sonucunda, atamasının da

¹⁶ Aynı yönde: Yahya Kazım Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, Cilt. 2 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 568; Schoch et. al., *VwGO*, Rn. 7.

¹⁷ Bader et. al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 220; Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 56.

¹⁸ Gaye Alpaslan, “İdari Yargılama Usulünde Tek Dilekçe İle Dava Açılabilir Durumlar,” Hukuki Haber, erişim tarihi: Nisan 24, 2020, <https://www.hukukihaber.net/idari-yargilama-usulunde-tek-dilekce-ile-dava-acilabilecek-durumlar-makale,4367.html>.

¹⁹ “...Dava konusu edilen her iki ödeme emri davacı tarafından yapılan tek inşaatın cezasını içermesi nedeniyle aralarında maddi ve hukuki bakımdan bağlılık bulunduğu gözetilmeksizin mahkemece dilekçenin reddinde isabet bulunmamaktadır.” (Dan. 6. D. E. 1987/414, K. 1987/1052, nakleden: Metin Polat, “İdari Yargıda Aynı Dilekçe ile Dava Açılabilir Haller,” Hukuki Haber, erişim tarihi: Nisan 24, 2020, https://www.hukukihaber.net/idari-yargida-ayni-dilekce-ile-dava-acilabilecek-haller-makale,6996.html#_ftnref1).

²⁰ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, *İdari Yargı*, 2. Baskı (İstanbul: 2007), 215, nakleden: Polat, *İdari Yargıda*, 2019.

özel harekât biriminden başka bir birime yapılması işlemleri arasında bağlantı vardır.²¹ Yine bir memurun sicilinin bozulması ve buna dayanılarak terfi ettirilmemesi işlemleri, tek dilekçe ile birlikte dava konusu olabilir.²² Keza bir konuda düzenlenen idari işlemle ve bu işlemin dayanağı olan yönetmeliğin ilgili hükmünün arasında (sebepten sonuç ilişkisinin yanı sıra) hukuki bağ olduğu söylenebilir.²³

“Hukuki bağ” iki şekilde ortaya çıkabilmektedir:

1-) Davaların aynı hukuki sebebe ya da temele dayanmaları: Davaların hukuki sebeplerinin ve tenellerinin “aynı” olması halinde bunların aralarında hukuki bağın mevcudiyetinden bahsedilebilir. Vergi davalarında “hukuki yönden bağlılık işlemlerin aynı yasal gerekçeye dayanılarak tesis edilmiş olmaları anlamını taşır.”²⁴

Doktrinde “hukuki bağ”ın, davaların aynı kanun hükmünden kaynaklanmaları anlamına geleceği ileri sürülmüştür.²⁵ Hâlbuki farklı hukuki temellere ya da sebeplere

²¹ Dan. 5. D. E. 2016/49732, K. 2019/4667, 11.09.2019, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

²² Sabri Coşkun, Müjgan Karyağdı, *İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar* (Ankara: Seçkin yayınları, 2001), 264, 265; Halil Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı (Konya: Sayram Yayınları, 2016), 270.

²³ Aynı yönde: A. Şeref Gözübüyük, Turgut Tan, *İdare Hukuku-II, İdari Yargılama Hukuku*, Güncelleştirilmiş 6. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi yayınları, 2013), 908; Kalabalık, *İdari yargılama Usulü Hukuku*, 270.

²⁴ Alpaslan, *İdari Yargıda*, 2015.

²⁵ Turgut Candan, *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu* (Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005), 261; Bader et.al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 220. Emsal bir karardan [Dan. 10. D. E. 2019/7087, K. 2019/3965, 15.05.2019, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı)] bir kanunun farklı maddelerine dayanan işlemlere karşı açılacak davalarda; maddi ya da hukuki bağ olmadığı ve bunlar arasında sebep sonuç ilişkisinin de kurulamayacağına hükmedilmiş olduğu müşahede olunmaktadır.

dayanan davalar için, tek dilekçe ile dava açmayı mümkün kılacak bir “dava çokluğu”ndan bahsedilemez.²⁶ “Dava ‘konularının’ aynı olması”, tek başına bunlar arasında hukuki ya da maddi bağ olduğu anlamına gelmez; aralarında maddi ya da hukuki bağ olmayan işlemler ise birlikte dava edilemezler.²⁷ Buna karşılık, farklı yasal mevzuata dayandırılan işlemler de, aralarında hukuki varsa tek dilekçe ile dava konusu edilebilirler.²⁸

Bu nedenle anılan “hukuki bağ” şartı, kanaatimizce; davalara konu işlemlerin “aynı ‘kanun hükmüne’ dayanmaları”ndan ziyade; “aynı ‘hukuki temele’ dayanmaları”;²⁹ daha açık bir deyişle, dava konusu işlemlerin “hukuki temelleri”nin de aynı olmaları³⁰ halinde mevcut olabilir. Örneğin: yükseltilmediği gibi, aynı zamanda buna bağlı olarak emekli de edilen bir kimsenin, bu işlemlere karşı, tek dilekçeyle dava açması mümkündür.³¹

2-) Birinin diğerini etkilediği davalar: Örneğin:

“Katma değer vergisi sistemimizde, takvim yılı aşılmamak koşuluyla yapılmakta olan indirim ve mahsuplar nedeniyle her vergilendirme döneminin bir önceki dönemden etkilendiği, sonraki dönemi de etkilediği bilinmektedir.” Bu nedenle farklı

²⁶ Schoch et. al., *VwGO* § 44 Rn. 4, 5.

²⁷ Çağlayan, *İdarî Yargılama Hukuku*, 240.

²⁸ DVDDK. E. 1990/26, K. 1990/62, 03.11.1990, nakleden: Ramazan Yıldırım, *Türk İdarî Rejimi Dersleri, (İdarî Yargılama Hukuku)*, Cilt. 3, ed. Selam Sacit Boz ve Mehmet Fatih Gürkan (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 171.

²⁹ Schoch et. al., *VwGO*, Rn. 4, 5.

³⁰ Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, 570.

³¹ DDDK. E. 1962/353, K.1963/270, 17.09.1963 nakleden: Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 980. Ayrıca bkz. Kalabalık, *İdarî yargılama Usulü Hukuku*, 271.

dönemlerin cezalarının aynı dilekçede dava konusu edilmesi dilekçe ret sebebi olamaz.³²

Dolayısıyla:

2a-) İdari işlemlerin birinin diğerinin sebebi ya da bunlardan birisinin diğerinin uygulama işlemi olması;³³

2b-) Davalardan birisi hakkında diğer dava dosyası incelenmeden karar verilmesinin uygun görülmemesi;

Bu davalar arasında hukuki bağın varlığı anlamına gelmektedir.³⁴

3. Sebep-Sonuç İlişkisi Şeklindeki Bağ

İşlemlerden birisi hakkında verilecek kararın diğerini etkileyecek ya da birinin diğerinin sebebi veya sonucu olan idari işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisinden söz edilir.³⁵ Örneğin; yönetmelik hükmü ile buna dayanılarak tesis edilen bireysel idari işlem arasında sebep-sonuç ilişkisi vardır.³⁶ Tersinden söylenirse: “işlemlerden birinin diğerinin sonucu olmadığı veya biri hakkında verilen kararın diğer işlemi de etkilemediği durumlarda, birden çok işlem tek dilekçe ile dava konusu yapılamaz.”³⁷

³² DVDDK. E. 1996/167, K. 1997/476, 13.11.1997, (Hukuktürk hukuk veri tabanı).

³³ “İhtilaf konusu ödeme emrinin dava konusu edilen düzenlemenin uygulama işlemi olduğu” sonucuna varan DVDDK. E. 2017/682, K. 2018/5, 17.01.2018, (<https://barokart.com.tr>); bu davaların tek dilekçeyle açılmasını, dilekçe ret sebebi olarak görmemiştir.

³⁴ Polat, *İdari Yargıda*, 2019; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270.

³⁵ Polat, *İdari Yargıda*, 2019; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270.

³⁶ Bkz. Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 908; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270.

³⁷ Dan. 2. D. E. 2009/1314, K.2011/1174, 18.03.2011, [Cumhuriyet Savcısının düşüncesi. (Hukuktürk hukuk veri tabanı)].

4. “Yasal Hal ve Şartlar”ın Birbirlerine Geçişmeleri

Tek dilekçeyle açılacak birden fazla dava arasında, hem hukuki hem de maddi bağ birlikte görülebilir. Bundan başka, bu bağlardan en az birisi ile birlikte “sebe-sonuç ilişkisi” de bulunabilir. Örneğin aralarında günlük yaşantıdan doğan hukuki ilişkinin mevcut davaların, tek dilekçe ile açabilmeler mümkündür.³⁸

Örneğin:

1-) Hem ceza öngören disiplin kurulu kararı, hem de bu kararın onaylanması işlemlerinin iptaliyle;

2-) Verilen bu disiplin cezasından doğan zarar ve kayıplarının tazmin edilmesi;

Tek dilekçede talep edilebilecektir.³⁹

Bu örnekte disiplin cezası işlemi ve bunu onaylayan işlem; - iki ayrı işlemin aynı olaya dayanması anlamındaki- “maddi bağ(lantıy)”a işaret etmektedir. Bu örnekte, disiplin cezasının hem kararlaştırması hem onaylaması işlemleri ile tazminat talepleri arasında, hem maddi hem de hukuki bağdan söz edilebileceği gibi; disiplin cezası ve onaylama işlemlerinden her birisi de diğerini etkileyebilecek içerik taşımış, böylece bunların arasında sebe- sonuç ilişkisi de görülmüş olmaktadır.

Keza, bir kimsenin arazisinin kamulaştırılması ve ayrıca bu taşınmaz üzerindeki yapının kamulaştırma sebebiyle yıktırılması, kamulaştırma olayından meydana gelmiştir. Dolayısıyla Bu iki işlem arasında maddi bağ olduğu gibi, bunlardan birinin, diğerinin sonucu olduğu da söylenebilir.

³⁸ Schenke, *Verwaltungsprozessrecht*, 56.

³⁹ Örneğin: Dan. 10. D.E. 1988/1945, K.1989/2394 6.12.1989, (<https://www.hukukmedeniyeti.org/>).

Taşınmazın, “imar planı”na dayanarak “kamulaştırılması” işlemleri arasında “maddi ve hukuki bağ” bulunması sebebiyle, her iki işleme karşı tek dilekçe ile dava açılabilir.⁴⁰ Aynı parselasyona tabi tutulan aynı düzenleme alanındaki yerler için de, aynı sebeplerle, tek dilekçe ile dava açılacaktır.⁴¹

C. Sübjektif Dava Çokluğunda “Yasal Hal ve Şartlar”

Birden fazla davacının kendilerini ilgilendiren işlem için tek dilekçeyle dava açılabilirdiği haller, yukarıda da değinildiği üzere, “sübjektif dava çokluğu” olarak adlandırılmaktadır.

“Sübjektif dava çokluğu”nda tek dilekçe ile dava açılabilmesi için, davacıların hak veya menfaatlerinde “iştirak bulunması” ön şarttır. Buna ek olarak da ayrıca, “davaya yol açan maddi veya hukuki sebeplerin aynı olması” gerekmektedir (İYUK, m. 5/2).⁴²

“Sübjektif dava çokluğu”nda “yasal şartlar”a uygun olarak verilecek dilekçeler, “davacıların her birisi tarafından” ayrı ayrı imzalanmalı; tebligat işlemleri için de, mümkün olduğunca, tüm davacılar için tek adres verilmelidir.⁴³

⁴⁰ Dan. 6. D. E.1987/1002, K. 1987/835, DD., 70-71, 315, nakleden: Polat, *İdari Yargıda*, 2019.

⁴¹ “Dava konusu parselasyon işlemiyle aynı düzenleme alanı sınırı içindeki taşınmazlarla ilgili düzenleme yapıldığına ve aynı iddialara dayanılarak dava açıldığına göre, parselasyon işleminin bütün halinde incelenmesinin bu yolla mümkün olması karşısında tek bir dilekçe ile dava açılmasında 2577 sayılı Kanun’un 5. maddesine aykırı bir yön bulunmadığı...” Dan. 6. D. E.2015/9290, K.2016/336, 02.02.2016, (https://gayrimenkul.mevzuati.com/parselasyonda-birden-fazla-parsel-icin-tek-dilekce-ile-dava-acilabilir-mi/#_ftn1).

⁴² Sancakdar, *İdari Yargıda*, 227; Bader et. al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 385.

⁴³ Karakoç, Yusuf, *Vergi Yargılaması Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı (Ankara: Yetkin Yayınları, 2017), 224, 225. Dan. 4. D. E. 1989/1860, K. 1989/3185, 13.09.1989 kararında, bu dilekçelerde

Davacıların hak veya menfaatlere “iştirakleri”nin olması; idari işlem ya da işlemlerin ihlâl ettiği hak ve menfaatlerinin davacılar bakımından “aynı” veya “ortak” olması demektir.⁴⁴ Dolayısıyla kişisel hak veya menfaat dairesinin kesiştiği “ortak alan veya konu”lar, bu kapsamda görülebilirler.

Yasal hüküm, “hak veya menfaatlerde iştirak olması”ndan bahsettiğine göre; birisinin hakkını, diğersinin de menfaatini ihlâl eden tek bir işleme karşı da, tek dilekçe ile dava açabilme şartının oluştuğunun kabulü gerekir.

İdari yargıda yürütülebilir işlemi tesis eden ya da ortaya çıkan zararlardan sorumlu olan idari makamlar, dava dilekçesinde davalı olarak yer alacaklardır. Hatta idari yargı mercileri de, İYUK’un 15/1-c maddesinden hareketle, davada, başka idari makamları/mercileri, davalı olarak eklemek ya da yanlış hasım gösterme halinde davalıyı değiştirmek gibi ara kararları alabileceklerdir. Husumetin birden fazla davalıya yöneltilmiş olması; tek dilekçeyle dava açma hal ve şartları dışında kalmaktadır.

Yukarıda da değinildiği gibi, idari yargılama hukukumuzda farklı davalıların bir dilekçede gösterilmesini “sübjektif dava çokluğu” kapsamında görmek,⁴⁵ isabetli değildir.

davacıların tek adres göstermesinin zorunlu olduğuna hükmetmiştir. Fakat bu yönde yasal bir hüküm yoktur. Dolayısıyla tebligat masraflarının karşılanması kaydıyla farklı adreslerin gösterilmesinde bir sakınca olmadığı söylenebilir. (Karakoç, *Vergi Yargılaması Hukuku*, 224). Ancak, tebligatla birlikte sürenin tüm davacılar için farklı tarihlerde başlayıp farklı tarihlerde sona ermesinin, kanun yollarına başvurularda sorun olabileceği gibi noktalardan bakıldığında; tek adres gösterilmesi daha doğru görünmektedir.

⁴⁴ Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 105; Karakoç, *Vergi Yargılama Hukuku*, 223; Zabunoğlu, *İdare Hukuku*, 573.

⁴⁵ Bkz. Mike Wienbracke, *Verwaltungsprozessrecht*, 3. neu bearbeitete Auflage (Heidelberg: C.F.Müller GmbH, 2019), 76.

III. TEK DİLEKÇEYLE BİRDEN FAZLA DAVA AÇILABİLMESİNİN MADDİ VE ŞEKLİ ŞARTLARI

A. Maddi Şartlar

Davaların ön şartlar bakımından incelenmesi safhasında, dava konusunun ve/veya taleplerin belirsizliği ya da anlaşılabilirlikleri hallerinde, “dilekçe ret” kararları verilmektedir. Bunun gibi, dava dilekçesinde yer alan “davanın konusu” ile “talep neticesi”nde yer alan ifadelerinin bir birlerine zıt ya da çelişir olmamaları; dava dilekçesinde taleplerin açık ve somut olmaları gerekmektedir.

Bu doğrultuda:

1-) “Dava dilekçesinin; iptali istenilen ... konusunda tereddüte yol açmayacak şekilde istemler açık ve net şekilde belirtilmek suretiyle yeniden düzenlenmesi gerekmektedir.”⁴⁶

2-) Dava dilekçesinden tüm işletmelerin mi yoksa tek işletmenin mi satılmasının iptalinin açıkça anlaşılabilmesi, dilekçe ret sebebi sayılmıştır.⁴⁷

B. Usule Müteallik Şartlar

1-) Tek dilekçe ile yapılabilecek başvuru ilk derece mahkemesi önünde açılan dava ile ilgilidir. İstinaf ya da temyizde yargı kararlarının tek dilekçeye konu edilmeleri

⁴⁶ Dan. 2. D. E. 2016/283, K. 2016/661, 11/02/2016, (<https://www.kararara.com>). “İstem açık ve net ortaya konulamadığı...” Dan. 8. D. E. 2015/14286, K. 2015/11142, 02.12.2015, nakleden: Hüseyin Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2018), 315.

⁴⁷ Ankara 2. İdare Mahkemesi, E. 996/245, K. 96/285, 11.03.1996, nakleden: Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 910.

hukuka aykırı addedilebilmektedir.⁴⁸ Lâkin, kanaatimizce, İYUK'da aksine bir hüküm olmadığından; birden fazla istinaf veya temyiz başvurusunda, "yasal hal ve şartlar"a(İYUK,m.5) uygun tek dilekçeyle yapılan başvurular, esasa girerek karara bağlanmalıdırlar.⁴⁹ Bu kanaatimizi, tek dilekçe ile dava açılmasında güdülen usul ekonomisi amacının "kanun yolları"nda değişmediği; ve "kanun yolları"na başvurunun da "dava" olduğu hususları pekiştirmektedir.

2-) Tek dilekçeyle açılacak davalar, aynı mahkemenin görevi kapsamına girmelidir.⁵⁰

2a-) Aynı mahkemenin görev ve yetkisine girmeyen davalar, tek dilekçede dava konusu edilemezler.⁵¹

2b-) Emsal kararlarda,⁵² da belirtildiği üzere, dava dilekçelerinin ön şartlar bakımından denetimde (İYUK'un 14/3. maddesinde) sözü edilen "sıralama"da öncelik, "görev ve yetki"de olup; farklı yargı mercilerinin yetkili oldukları davaların aynı dilekçeyle açılmaları "dilekçe ret" sebebidir.

⁴⁸ Her ikisi de Danıştay 5. Dairesinde görülmüş olan davanın temyizi sürecinde "İYUK'un 48. Maddesine göre temyiz dilekçelerinin ayrı ayrı düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle dilekçe ret kararı verilmiştir. DİDDK. E.1994/37, K.1994/76, 28.01.1994, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁴⁹ Benzer görüş: DİDDK. E.1994/37, K.1994/76, 28.01.1994, muhalefet şerhi, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı) muhalefet şerhi.

⁵⁰ Örneğin: DVDDK. E. 2019/527, K.2019/358, 12.06.2019, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

⁵¹ Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 104; Dan. 2. D. E. 2008/5431, K. 2008/3408, 24.07.2008 bkz: Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 104.

⁵² Dan. 2. D. E. 2008/5431, K. 2008/3408, 24.07.2008, (Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 104). Aynı yönde: DVDDK. E. 2019/527, K. 2019/358, 12.06.2019, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

2c-) İşlem türü aynı olmayan; biri ya da birkaçı idari işlem türünde olmayan davalar, tek dilekçe ile açılmazlar.⁵³ Bun göre; biri adli diğeri idari yargıda görülecek davaların tek dilekçede açılmaları dilekçe ret sebebidir.⁵⁴

2d-) Danıştay, birden fazla davanın tek dilekçede açılabilmesi için, yalnız aynı yargı yerinin görevli olmasını değil; bu davaların temyiz yerlerinin de aynı olmasını aramaktadır. Dolayısıyla, örneğin:

- (1) Danıştay'ın farklı dairelerinde temyizi gereken;⁵⁵
- (2) Her birisi farklı idari yargı ilk derece, istinaf ya da temyiz mahkemelerinin görev ve yetkilerine giren;⁵⁶
- (3) Birisi vergi mahkemelerinin, diğeri idare mahkemelerinin görevlerine giren;⁵⁷

⁵³ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 913; Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 241

⁵⁴ Dan. 15. D. E. 2016/7777, K. 2016/4554, 06.09.2016; Dan. 15. D. E. 2015/10249, K. 2016/314, 28.01.2016, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı). Ayrıca bkz. Schoch et. al., *VwGO*, Rn. 4, 5.

⁵⁵ "Dava konusu damga vergisi ve noter harcı arasında hukuki bağıllık söz konusu olmadığı gibi, damga vergisi konusunda temyiz mercii, Danıştay 7. Dairesi olduğu halde, noter harcının Danıştay 9. Dairesinin görevine girmesi nedeniyle de her bir konu için ayrı ayrı dava açılması gerekir." Dan. 7. D. E. 1984/3374, K. 1985/490, 15.02.1985, nakleden: Alpaslan, *İdari Yargılama*, 2015. Aynı karar için bkz: Tan, *İdare Hukuku*, 1062.

⁵⁶ Dan. 11. D. E. 2016/2510, K. 2018/1112, 27.02.2018, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı). "...işleminden kaynaklanan uyumsuzluk temyiz ... il içi naklen atama işleminden kaynaklanan uyumsuzluk itiraz incelemesine tabi olduğundan, her iki işleme karşı tek dilekçe ile dava açılmasının hukuken (mümkün) olmaması nedeniyle..." Dan. 5. D. E. 2016/ 49732, K. 2019/4667, 11.09.2019, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

⁵⁷ Dan. 8. D. E. 2004/4249, K. 20015/2083, 03.05.2005, nakleden: Tan, *İdare Hukuku*, 1062. Aynı yönde: Dan. 10. D. E. 2016/1304, K. 2016/2057, 18.4.2016 (www.lexpara.com).

(4) Tek hâkimin karara bağlayacağı davalarla heyetin karara bağlaması gereken;⁵⁸

Davalar tek dilekçeyle açılmazlar.

3-) Davalıları farklı olan davalar da, tek dilekçede açılmazlar.⁵⁹ Dolayısıyla, davalılarından birisinin bile farklı olduğu davalar da tek dilekçede açılmayacaklardır.

4-) Dava açma süreleri aynı -ya da eşzamanlı- olmayan davaların, tek dilekçe ile açılmayacakları düşünülebilir. Ancak, bu yönde bir bağlayıcılıktan bahsetmek isabetli değildir.⁶⁰ Ancak süresi geçmiş bir dava, diğer davalarla birlikte, tek dilekçeyle açılmaz.⁶¹ Süresi geçen davaların tek başına açılmaları da, “davanın ‘süre’ den reddi”ni gerektirir.

IV. TEK DİLEKÇE İLE AÇILAN DAVALARDA DİLEKÇE RET KARARLARINA ÖRNEKLER

A. Objektif Dava Çokluğu

1-) Danıştay, birisi Danıştay’da, diğeri de idare mahkemesinde görülmesi gereken 2 ayrı uyuşmazlığın tek dilekçe ile dava edilmesini dilekçe ret sebebi saymıştır.⁶² Aşağıda

⁵⁸ Candan, *İdari Yargılama Usulü Kanunu*, 267, nakleden: Alpaslan, *İdari Yargılama*, 2015.

⁵⁹ Dan. 5. D. E. 1966/4161, K. 1966/4241, 15.10.1966, nakleden: Tan, 1063; Ayrıca bkz. Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 913; Çağlayan, *İdari Yargılama hukuku*, 241.

⁶⁰ Aksi görüş: Dava açma süreleri farklı olan davalarında birlikte ve tek dilekçeyle açılmayacağını, Anayasanın 37. maddesine dayandıran karşı oy yazısı. Bkz. DVDDK. E. 2017/682, K. 2018/5, 17.01.2018, (<https://barokart.com.tr>).

⁶¹ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 240; Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 913.

⁶² Örneğin: DVDDK. E. 2019/527, K. 2019/358, 12.06.2019, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

değınileceği üzere, birisi hakkında verilecek kararın diğerini etkileyeceđi⁶³ hallerde söz konusu edilen bağlantının burada dikkate alınmamış olduğu değerlendirilmektedir.

2-) Memurun:

2a-) Aylıksız izni sonlandırılarak göreve döndürölmesi ile;

2b-) İstifa etmesine ya da göreve dönmeme iradesine rağmen müstafi addedilmemesi;

İşlemlerine karşı, tek dilekçe ile açtığı iptal davasında; bu iki talep arasında yasal hükmün aradığı bağlılık ya da sebep-sonuç ilişkisi olmadığına hükmedilmiştir.⁶⁴

3-) Bir başka olayda, kamu görevine atanma isteği, müstafilik sebebiyle beklenmesi gereken yasal süre dolmadığından reddedilmiştir. Davacı hem atanma isteğinin, hem de bu ret işleminin sebebi olan müstafilik işleminin iptalini tek dilekçe ile birlikte istemiştir. Bunlarla ilgili olarak tek dilekçede birlikte açılan davada, olaylar arasında maddi veya hukuki bağ bulunmadığından bahisle dilekçenin reddine karar verilmiştir.⁶⁵

Halbuki yukarıda da değinildiği üzere, İYUK'un 5. maddesinden, bir işleme ön (dayanak) olan; bir işlem olmasaydı diğerinin de yapılmamış olacağı hallerde de "sebe-sonuç ilişkisi"nden ve/veya bunlar arasında "hukuki ya da maddi bağ"dan bahsedebilmek gerektiği düşünölmelidir.

4-) Yasal hükümde, tek dilekçe ile açılacak davaların aralarında maddi veya hukuki bağlardan birisinin bulunması

⁶³ Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 358; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270; Yıldırım, *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, 172.

⁶⁴ Ankara Bölge İdare Mahkemesi 2. İdari Dava Dairesi, E. 2018/3072, K. 2019/658, 29.03.2019, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁶⁵ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E. 2012/1235, K. 2012/1090, 13.09.2012.

aranmışken; emsal içtihatlarda bunların birlikte bulunması gerektiğine;⁶⁶ ya da maddi veya hukuki bağlardan birisinin bulunmadığı hallerde tek dilekçe ile dava açılmayacağına⁶⁷ hükmedilmiştir. Halbuki, davalar arasında “sebepe ve sonuç ilişkisi”nin varlığının mutlaka hukuki ya da maddi bağın mevcudiyeti şartına bağlı olduğunun kabulü, İYUK’un böyle bir şart aramayan 5/1. maddesi hükmüne aykırı olacaktır.

B. Sübjektif Dava Çokluğu

“Birden fazla kişinin davalı idarece işe alınmalarına dair işleme karşı tek dilekçe ile dava açmalarının yasal olmadığı”ndan⁶⁸ bahisle; “dilekçenin reddi”ne hükmedilmiştir.

Burada, atama işlemlerinin aynı konuda ya da birbirlerini ilgilendiren; birinin çözümü diğerlerini de aynı yönde çözecek olup olmadıkları önemlidir. Birbirleriyle ilgili ya da biri hakkında verilecek kararın, diğeri için de verilmesinin gerekeceği davaların tek dilekçe ile açılmaları halinde “dilekçe ret” kararı verilmesi; belki de, ayrı dilekçelerle yeniden açılacak olan -birbirleri ile ilgili- davalarda, farklı kararlar verilmesine sebep olabilecektir.

C. Dava Dilekçesinde Konu ve Talep Çelişkisi ya da Anlaşmazlığı

Makul ve objektif bir bakışla; dava dilekçelerdeki talep ile konu bölümündeki içeriğin:

1-) Birbirleri ile zıt ya da çelişkili olduklarının görülmesi;

⁶⁶ Dan. 13. D. E. 2011/3899, K. 2011/5211, 22.11.2011, (DD., no. 129, 411-415 (Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *İdari Yargı Mevzuatı*, Güncellenmiş 8. Baskı (Ankara: Seçkin yayınları, 2015), 372.

⁶⁷ Dan. 13. D. E. 2006/3942, K. 2007/5164, 24.09.2007; Yıldırım, *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, 171.

⁶⁸ Dan. 12.D. E. 2005/1136, K. 2005/2921, 13.09.2005, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

2-) Birbirleriyle uyumlu olduklarının açıkça ve tam anlaşılabilmesi;

Hallerinden birisinin varlığı, dilekçe ret sebepleri içinde görülmektedir.

Emsal bir kararda; “dava dilekçesindeki iptali istenilen yeterlik sınavları konusunda istemlerin, tereddüde yol açmayacak şekilde açık ve net şekilde belirtilmemiş olması”; dilekçe ret kararına gerekçe olarak gösterilmiştir.⁶⁹

Tek bir dava dilekçesinde bile:

1-) Davanın hangi konuyu; daha açık bir ifadeyle iptal ve tam yargı davalarından hangi dava türünü içerdiğinin;

2-) Davada talep edilenin ne olduğunun;⁷⁰

Açıkça yazılmamış olması dilekçe ret sebebi olarak görülmüştür.

Avukat olmayan kimse, kendisi ile ilgili tek dilekçe ile açtığı davada:

1-) İptal;

2-) Hukuki emekleri için avukatlık ücretine kıyasen ücret ödenmesi;

Taleplerini dile getirmiştir. Mahkeme, avukatlık ücreti ile ilgili kısmı, tam yargı davası kapsamında istenen tazminat olarak görmüş ve bu ücret miktarının net belirlenmesi gerektiği gerekçesi ile dilekçe ret kararı vermiştir.⁷¹

Avukatlar için istenen avukatlık ücreti, “Avukatlık Ücret Tarifesi”ne göre, Mahkemece belirlenmektedir. Mahkemece avukata emeği karşılığında ödenmesi öngörülen bu ücretin, aynı

⁶⁹ Dan. 2. D. E. 2016/283, K. 2016/661, 11/02/2016, (<https://www.kararara.com>).

⁷⁰ “İstem açık ve net ortaya konulamadığı...” Dan. 8. D. E. 2015/14286, K. 2015/11142, 02.12.2015, nakleden: Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, 315.

⁷¹ Ankara 16. İdare Mahkemesi, E. 2018/506, K. 2018/672, 16.03.2018.

emeği gösteren ve davasını avukatla takip etmeyen davacıya da ödenmesi; avukatlık ücretinin talep edilmese de hükmedilecek ücret olması ve bu ücret talep edildiğinde önceden bir harç yatırılmayışı, bu talebin tam yargı davası kapsamında algılanmasına kanaatimizce mani teşkil etmektedir.

Dolayısıyla, tazminat olarak düşünülemezken böyle bir talebi de içeren iptal davalarında, kanaatimizce, dilekçe ret kararı verilmeyip davanın esasına girilerek hüküm kurulmalıdır.

V. İYUK'UN 5. MADDESİNİN GENİŞ YORUMLANMASININ GEREKLİLİĞİNE İLİŞKİN DÜŞÜNCELER

A. Anayasal Hükümler Açısından

İdari yargıda tek dilekçeyle açılan davalarda, İYUK'un 5. maddesinin her bir somut duruma özgü anlamı ve uygulanması, bu hükmün "lâfzı ve ruhu" araştırılarak bulunmalıdır.

İdari yargı mercilerinin davanın (konumuzla ilgili) ön şartları bakımından denetimde, Anayasanın 37. maddesindeki doğal hâkim teminatını nazara aldıkları⁷² gözlenmektedir.

"Doğal hâkim ilkesi"; "kuruluşu ve uygulayacağı yasaları önceden belirli ve teminat sahibi hâkimlerden oluşan mahkemelerde yargılanma hakkını ifade eder."⁷³ "Hiçbir kimse, yetkisiz yargı mercileri önünde yargılanmayacaktır."⁷⁴ Doğal hâkim ilkesinin geçerliliği, sadece suç ya da cezai kapsamla sınırlı tutulamaz. "Kapsama her türlü yargılama işinin girdiği kabul edilmelidir."⁷⁵ Buna göre, herhangi bir uyuşmazlığın, vukuundan sonra kurulan ya da görevlendirilen veya

⁷² Örneğin Dan. 7. D. E. 2005/5722, K. 2006/1099, 06.04.2006, nakleden: Alpaslan, *İdari Yargılama*, 2015.

⁷³ AYM, E. 1996/74, K. 1998/45, 01.07.1998, (anayasa.gov.tr).

⁷⁴ R. Cengiz Derdiman, *Anayasa Hukuku*, 3. Baskı (Bursa: Aktüel Yayınları, 2013), 250.

⁷⁵ Derdiman, *Anayasa Hukuku*, 250.

yetkilendirilen mahkemelerde yargılanmak, doğal hâkim ilkesine aykırı olacaktır.

Yasal şartların oluşmamasına rağmen, gerek davaların tek dilekçede açılmaları, gerekse ayrı dilekçelerle açılan davaların mahkemelerce birleştirilmeleri; uyuşmazlıkların kanunen tabi oldukları mahkemelerden başka mahkemelerde görülmeleri sonucunu doğurur. Bu da doğal(=tabî) hâkim ilkesinin ihlali anlamına gelir. Görev ve yetkinin kamu düzeninden olması da bununla bağlantılı olarak nazara alınacak husustur.

Ancak şurası var ki; konumuzla ilgili dilekçelerin davanın ön şartları açısından incelenmesi sırasında, kamu düzeninin ve tabii hâkim güvencesinin gözetilmesi gerektiği kadar, ilgili diğer Anayasal hükümlerin de gözetilmesi gerekir. Çünkü Anayasa Mahkemesinin kararlarında da belirtildiği üzere;⁷⁶ Anayasal hükümlerin birbirleriyle göre eşit etki ve değerde olduklarını kabul zorunludur. Bu tespitten hareketle, Anayasal hükümlerin birbirleriyle uyumlu yorumlanarak uygulanmaları gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Bu bağlamda: Adil yargılanma hakkı kapsamındaki mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme hakları ile usul ekonomisi prensipleri, tek dilekçe ile açılan dava çokluğunda gözetilmesi gereken diğer Anayasa hakları ve ilkeler arasında yer almaktadırlar. Bu Anayasal hakları ihlal eden yargılamalarda, istinaf ya da temyizde kararın kaldırılması ya da bozulması söz konusu olmaktadır.⁷⁷

⁷⁶ Örneğin: AYM, E. 1996/28, K. 1996/24, 26.06.1996, (anayasa.gov.tr).

⁷⁷ Örneğin hukuki dinlenilme hakkını tün yargılama sürecinde iddialar ulaşabilme, kısıtlanmadan savunma yapabilme gibi unsurları içine alan hukuki dinlenilme hakkına uyulmamış olması, kararın temyizde bozulma sebebi olacağına dair örnek karar: DVDDK. E. 2018/488, K. 2018/446, 21.06.2018, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

Kabul etmek gerekir ki bu hakların da diğer temel hakları işlevsiz kılacak şekilde geniş yorumlanması mümkün değildir.⁷⁸ Keza Anayasadaki (madde: 141/son) davaları en kısa zamanda, en az masrafla ve en adil şekilde sonuçlandırılmasını hedefleyen usul ekonomisi⁷⁹ ilkesine de, tabii hakim güvencesi, mahkemeye erişim veya hukuki dinlenilme hakkı gibi hak ve teminatları “işlevsiz kılacak şekilde” bir öncelik tanınamaz. Şu hale göre:

Tek dilekçe ile açılan davalarda “dilekçe ret” kararları verilip verilmemesinde, sadece tabii hâkim güvencesi değil; bununla birlikte adil yargılanma hakkı ve “usul ekonomisi”ne ilişkin Anayasal hükümlerin geçerliliğini sağlayacak “uyumlu bir denge” gözetilmelidir. Bu dengenin her bir somut duruma özgü olarak gözetilecek değişkenlere göre kurulması gereklidir. Bu denge kurulurken Anayasal ilkelerin birbirleri ile çatışmalarının ya da yarışmalarının, her bir somut duruma özgü objektif bakışla, kamu yararı ve kişi haklarının dengeli sınırlanması suretiyle giderilmesi söz konusu olmalıdır.

Bu kapsamda gözetilecek en önemli yorum kaidelerinden biri ve ilki, temel hakların sınırlandırılmasına ilişkin hükümlerin dar yorumlanmasıdır.⁸⁰ Anayasanın temel hak ve hürriyetlerin

⁷⁸ AYM Birinci Bölüm, BB. 2013/3954, 26.02.2015, (anayasa.gov.tr); Dan. 5. D. E. 2017/7199, K.2019/6639, 23.12.2019, (Sinerji mevzuat ve İçtihat programı).

⁷⁹ Yargıda usul ekonomisi farklı yargılamada, zaman ve masraf açısından adil sonuca ulaşmada daha elverişli olan usul ve şekli seçmeyi gerektirir. Bu yönden, farklı yöntemlerin karşılaştırılması ve en avantajlı olanına bakılması gerekir. Dolayısıyla yasal bir usul kendi başına değil, başka avantajlı görünen yöntemlere göre daha avantajlıysa ekonomiktir. Beat Brändli, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht –Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess*, Dissertation der Universität St. Gallen, zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, (Bern: Stämpfli Publikationen AG · 2013), 31.

⁸⁰ R. Cengiz Derdiman, “İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasını Kısıtlayan Yasal Hükümler,” Hukuki Yaklaşım Sitesi, erişim tarihi: Ekim

sınırlandırılması ile ilgili 13. maddesinden, serbestliğin asıl, sınırlamanın istisna olduğu ortaya çıkmaktadır.⁸¹ Temel haklarla diğer anayasal hükümlerin çatışmasında belirsizliklerin, temel haklar lehine çözümü de gereklidir.⁸² Zaruri hallerde çatışan hakların ya da hükümlerin hangisinden vazgeçildiğinde daha az zarar doğacaksa ondan; ama mutlaka sadece ihtiyaç ölçüsünde vazgeçmek isabetli olacaktır.⁸³ Ayrıca, bir temel hakkın ya da teminatın Anayasadaki diğer temel hakları ve hükümleri işlevsiz kılacak derecede etkin kılmamayacağının kabulü de, yorumda zorunu bir durumdur. Bunun için de her bir temel hak ya da anayasal hükmün amacı ve koruma alanının nazara alınması gereklidir.⁸⁴

B. Geniş Yorumu Destekleyen Emsal İçtihatlar

“Dava çokluğu” halinde tek dilekçe ile dava açmanın amacı ve sebebi, kanaatimizce, birbirleri ile bağlantıları görülen

25, 2019, https://www.hukukiyaklasim.com/makaleler/idari-yargidai-yurutmenin-durdurulmasini-kisiltlayan-yasal-hukumler/#_ftn29; Aynur Yongalık, “‘İstisnalar Dar Yorumlanırlar’ Kuralı ve Değerlendirilmesi,” *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011): 10; Derdiman, *Anayasa Hukuku*, 159.

⁸¹ Derdiman, *Anayasa Hukuku*, 159.

⁸² Volker Epping, *Grundrechte*, Vierte, aktualisierte und erweiterte Auflage (Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2010), 33.

⁸³ Zaruri hallerde, çatışan hükümlerin daha az zararlı olanından vazgeçilmelidir. Sıfatı arızda esas olan ademdir(=yokluktur). Ali Haydar Efendi, *Şerh-i Mecelle*, Cilt. 1, Osmanlıca aslından çeviren: Reşit Gündoğdu ve Osman Erdem (İstanbul: Osmanlı Kitabevi, (tarihsiz)), 55, 56.

⁸⁴ Andreas Kley ve Hugo Vogt, “Das Problem der Grundrechtskonkurrenzen,” *Zurich Open Repository and Archive*, Year: 2008, 3, erişim tarihi: 18, 2017, https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-0000-00005c4e183c/Kley_Vogt_iusfull_2008V.pdf; Aynı yönde: Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, Genişletilmiş 2. Baskı (Ankara: Orion Kitabevi Yayını 2011), 122, 123.

davaların birlikte görülmesini sağlamaktır. Bu usul “usul ekonomisi”ne de uygundur.⁸⁵ Emsal kararlara göre de,⁸⁶ tek dilekçe ile dava açılmasında amaç: “çözümleri ayrı emek gerektirmeyen idari uyuşmazlıkların aynı dava içerisinde görülmelerinin sağlanarak; gereksiz zaman israfı ile masrafın önlenmesi ve farklı kararların verilebilmesi riskinin ortadan kaldırılmasıdır.”

Bu kararlarda dile getirildiği gibi; yargı mercilerinin verdikleri dilekçe ret kararlarında; Anayasanın 37. maddesindeki tabii hâkim güvencesine dayanılmaktadır.⁸⁷

Kanunla belirlenmiş hallerde birbirleri ile bağlantılı davaların birleştirilerek görülmesi ise hukuka uygun ve bir anlamda Anayasanın 37. maddesine uyumlu bir durumdur.⁸⁸

Yukarıdaki izahatlardan da anlaşılacağı üzere tek dilekçe ile dava açarken yasal şartları, sırf şekilci bir açıdan değil;⁸⁹ geniş

⁸⁵ Melikşah Yasin, “İdari Yargıda Bağlantılı Davalar,” *E Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, no. 60 (2017): no. 80, erişim tarihi: Mayıs 27, 2020, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDAR%DD%20YARGIDA%20BA%DOLANTILI%20DAVALAR&kimlik=-1715152877&url=makaleler/myasin-2.htm>; Schoch et. al., *VwGO*, Rn. 7.

⁸⁶ Örneğin: DVDDK. E. 2019/527, K. 2019/358, 12.06.2019; Dan. 7. D. E. 2005/5722, K. 2006/1099, 06.04.2006, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı). Ayrıca bu yönde bkz. DİBK. E. 2003/1, K. 2003/1, 22.5.2003, *Danıştay Kararlar Dergisi*, no. 3, 41-52, nakleden: Yasin, *İdari Yargıda*, no. 48.

⁸⁷ “Birden fazla idari işlemin aynı dilekçeyle idari davaya konu edilebilmesi için; bu durumun, kamu düzeni için öngörülen usul ve görev kurallarını ve bu kurullarla korunan ve Anayasa’nın 37’inci maddesinde öngörülen “kanuni hâkim ilkesini” ihlal ediyor olmaması da gereklidir.” Dan. 7. D. E. 2005/5722, K. 2006/1099, 06.04.2006, nakleden: Alpaslan, *İdari Yargılama*, 2015.

⁸⁸ Yasin, *İdari Yargıda*, no. 2.

⁸⁹ Gözübüyük ve Tan, *İdare Hukuku*, 908.

yorumlamak da gerekecektir.⁹⁰ Aynı dilekçeyle birden fazla dava açılmasında “dilekçe ret” kararları verilmesinde, yukarıda da söylendiği gibi; adil yargılanma hakkı veya usul ekonomisi ilkeleri göz ardı edilmemelidir.

Usul kurallarının katı yorumlanmaları, mahkemeye erişim haklarının ihlali kapsamında görülmektedir.⁹¹ Mahkemeye erişim hakkının özüne aykırı sınırlamalar kabul edilemeyeceği gibi, meşru amaca ve demokratik devletin gereklerine uygun olmayan sınırlamalar da kabul edilemez.⁹²

Usul kurallarının uygulanmalarında bir yandan, davanın hakkaniyetine hanel getirecek aşırı şekilcilikten diğer yandan da yasal hükümleri işlevsiz kılacak aşırı geniş yorumdan kaçınmak gerekmektedir.⁹³ “Mahkemelerin usul kurallarını uygularken yargılamanın hakkaniyetine zarar getirecek ölçüde katı şekilcilikten kaçınmaları gerektiği gibi; kanunla öngörülmüş usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak ölçüde aşırı esneklikten de kaçınmaları gerekir.”⁹⁴

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), “dava açmaya ilişkin usul koşullarının birden fazla yoruma neden olabilecek nitelikte ise, mahkemeye erişim hakkı kapsamında o yorumlardan birinin davayı açmak isteyen kişileri engelleyecek

⁹⁰ Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 239.

⁹¹ Dan. 17. D. E. 2015/3370, K. 2015/4357, 27.10.2015, nakleden: Bilgin, *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*, 313, 314; AİHM, 2. Daire BB. 36533/04, 14.10.2008, (<https://www.kararara.com>).

⁹² AİHM, 2. Daire BB: 36533/04, 14.10.2008, (<https://www.kararara.com>).

⁹³ Dan. 14. D. E. 2011/652, K. 2012/383, 06.02.2012, nakleden: Hüseyin Bilgin, *İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Uygulama Rehberi* (Ankara: Adalet Yayınları, 2017), 143, 144.

⁹⁴ AYM Birinci Bölüm BB. 2016/1253, 21.03.2019, (anayasa.gov.tr).

şekilde katı bir şekilde kullanılmama veya söz konusu koşulların katı bir uygulamaya tabi olmaması gerektiğini ifade etmiştir.”⁹⁵

C. Geniş Yoruma Dayanak Olarak Görülebilecek Yasal Hükümler

1. “Davalarda Bağlantı” Hallerinin İYUK’un 5. Maddesine Uyarlılığı Ölçüsünde Nazara Alınması

a. İYUK’un, 5. Maddesinin Yorumunda 38/1 Maddenin Etkisi

İdari yargıda, İYUK’un 38/1. maddesine göre, aynı maddi ya da hukuki sebepten kaynaklanan ya da bir kimse hakkında verilecek hükmün diğer kişileri etkileyeceği davalar arasında “bağlantı”nın mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁹⁶ Dolayısıyla birisi için verilecek kararın diğerlerini etkileyeceği davalar arasında da bağlantının kabul edilmesi gerektiği gibi; birinin diğeri olmadan incelenemeyeceği davalar arasında da bağlantı kabul edilmelidir.

Görüldüğü üzere, İYUK’un 5. maddesinde yer alan ve yukarıda anılan yasal şartlar, uyarlılıkları ölçüsünde İYUK’un 38/1. maddesindeki hal ve şartları kapsar şekilde yorumlamaya imkân vermektedirler. Doktrin ve yargı kararlarından, “bağlantı” için, davaların aynı mahkemenin görev ve yetkisine

⁹⁵ Dan. 5. D. E. 2013/9315, K. 2015/1859, 04.03.2015, (danıştay.gov.tr). Bu kararda değinildiği üzere “(AİHM), mahkemeye etkili erişim hakkını ‘hukukun üstünlüğü’ ilkesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmekte ve hukuki belirsizliklerin ya da uygulamadaki belirsizliklerin tarafların mahkemeye erişimine zarar verdiği durumlarda bu hakkın ihlal edildiğine karar vermektedir. (Geffre/Fransa, BB. 51307/99, 23.01.2003, § 34).”

⁹⁶ Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 358; Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270; Yıldırım, *Türk İdarî Rejimi Dersleri*, 172.

girmesi gibi bir kısım şartların, tek dilekçe ile açılacak davalarda aranan ve yukarıda dile getirilen maddi ve usulî şartlara uyarlılık gösterdikleri de anlaşılmaktadır.

Hatta tek dilekçe ile açılan birden fazla dava hakkında, bunların her birisinin farklı görevli ve yetkili yargı mercilerinde görülecek olması sebebiyle dilekçe ret kararı verilecek olmasına rağmen; bunların ayrı ayrı dilekçelerle açıldıklarında⁹⁷ aralarındaki bağlantıdan bahisle birleştirilmeleri de söz konusu olabilmektedir.⁹⁸ Bu durum, konumuzla ilgili olarak, dilekçelerin, İYUK'un 5. maddesinde yazılı şartların lâfzına uymadıkları gerekçesiyle reddedilmelerinden evvel, bir de aralarında birleştirmeyi gerektirecek bağlantı olup olmadığı bakımından incelenmelerini gerekli kılmaktadır.

Kaldı ki, İYUK'un 5. maddesi çerçevesinde tek dilekçeyle birden fazla dava açılması için, davaların farklı mahkemelerin görev ve yetkileri kapsamına girmemeleri gibi sırf içtihatlarla geliştirilmiş bir kısım şartların aksine; İYUK'un 38 ve devamı maddeleri, idare ve vergi mahkemeleri ya da biri Danıştayda diğer idare mahkemesinde görülmesi gereken davalar gibi davaların, aralarında bağlantı görülmesi halinde birleştirilmelerini gerekli kılmaktadır. Şu halde, idari yargı düzeni içinde cereyan edebilecek ve İYUK m. 5 kapsamına giren "dava çokluğu"nun, tek dilekçe konusu edilmesinin bu yönden yasal uyarlılık ölçüsünde mümkün olabileceği değerlendirilmelidir.

⁹⁷ Esasen, "Bağlantılı davalarda aralarında bağlantı bulunan davalar aynı dilekçe ile açılmış değildir." Sancakdar, İdari Yargıda, 256.

⁹⁸ Örneğin, Danıştay, birisi Danıştay'da, diğeri de idare mahkemesinde görülmesi gereken 2 ayrı uyuşmazlığın tek dilekçe ile dava edilmesini dilekçe ret sebebi saymak gerektiğine ilişkin muhalefet şerh'i yazılan davayı dilekçe ret kararı vermeden sonuçlandırmıştır. Dan. 5. D. E. 2009/373, K. 2011/3380, 20.06.2011, (Legalbank.net).

Diğer taraftan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1/1. maddesinde yer alan ama genel bir hukuk ilkesi olan, “bir yasal hükmün lâfzı ve ruhu ile uygulanacağı” prensibi; İYUK’un 5. maddesinin aynı kanunun 38/1. maddesindeki hal ve şartlarla birlikte ve bunlara uyarlılığı ölçüsünde nazara alınmasını, “adil yargılanma” hakkı ve “usul ekonomisi” ilkesine de uygun hale getirmektedir. “Yorum” ile, uyuşmazlıktan evvel mevcut bir yasal hükmün anlamı ve geçerlilik kapsamı tespit edilmiş olduğundan; konumuzla ilgili olarak önerdiğimiz geniş yorum, Anayasanın 37. maddesini de gözetmiş, hatta bu hükme de işlerlik kazandırmış olacaktır.

Kaldı ki birden fazla davanın ayrı mahkemede tek başına açılacak olması halinde bile; bunlar hakkında, aralarında “bağlantı” varsa birleştirme kararı verilmesi gerekeceği yukarıda açıklanmıştır. Birisi için verilecek kararın diğerini etkileyecek olması ya da birisinin, diğeri olmaksızın incelenemeyeceği davaları birleştirmek, adalet için de gerekli olacaktır.⁹⁹ Aksi hal, yukarıdaki esasla göre bir biriyle bağlantılı sayılabilecek davalarda, birbirlerine uyumlu adil ve isabetli karar verilmesine olumsuz tesir edebilecektir.

Bu birleştirme iptal davalarının objektifliği ilkesine de uygundur. İYUK’un 5. maddesinde öngörülen tek dilekçe ile dava açabilme hal ve şartlarının, birleştirilebilecek davaların tek dilekçe ile açılmalarına da imkân verecek şekilde “geniş

⁹⁹ Bu kapsamda bakıldığında, ikisi de temyiz aşamasında olan davaların birleştirildiği de vakidir: Dan. 5. D. E.1994/6416, K.1997/210, 30.1.1997 kararında ise, ikisi de temyiz aşamasında olan ve aralarında bağlantı bulunan davaların birleştirilmesine kendisini yetkili görmüş ve bağlantıdan bahisle kararı yetkili olarak belirlediği idare mahkemesine göndermiştir. *Danıştay Dergisi*, no. 94, 359-362, nakleden: Yasin, *İdari Yargıda*, no. 24, aynı karar için bkz: Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 361.

yorum"u¹⁰⁰ yönünde içtihatların hukuka aykırı oldukları söylenemez.

İYUK'taki(m.5) "objektif ya da sübjektif dava çokluğu"ndan dolayı tek dilekçeyle dava açılmasını gerektiren davaların, bağlantılı davaların bir türlerini oluşturdukları¹⁰¹ gözetildiğinde; bağlantılı davaların tespitinde İYUK'un 5. maddesinin de nazara alınması gerekeceği¹⁰² sonucuna varılabilir. Aynı ayrı açılmakla birlikte bağlantı sebebiyle birleştirilmek istenmesiyle güdülen amacın, bunları birlikte görmeyi gerektirdiği¹⁰³ gibi, tek dilekçe ile birden fazla dava açılmasına imkân verilmesindeki amaçların da bunların birlikte görülmelerini gerektirdiği söylenebilir. Dolayısıyla her iki usulün güttüğü amaç ve sonuç arasında benzerlik de bulunmaktadır.

Aralarında İYUK'un 38/1. maddesinde sözü edilen şekilde bağlantı bulunan davaların tek dilekçe ile açılmaları halinde; davaya, bunların bağlantı yönünden incelenmeleri ve birleştirilmeleri prosedürüne gerek kalmadan devam edilmiş olacaktır. Aksi hal yargılamanın, "usul ekonomisi" ilkesine aykırı şekilde uzamasına da sebep olabilecektir.

Diğer taraftan, aynı dilekçeyle açılan davaların, birbirleri ile ilgili görülmemeleri halinde, -bu davalarda esasa girilmiş olsa

¹⁰⁰ Doktrinde de maddi ve hukuki bağı geniş yorumlamak gereğine ilişkin olarak bkz. Çağlayan, *İdari Yargılama Hukuku*, 239.

¹⁰¹ Celal Karavelioğlu, *İdarî Yargılama Usulü Kanunu*, Cilt. 2, 5. Baskı (Kayseri: 2001), 1499.

¹⁰² Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 238; Kâzım Yenice ve Yüksel Esin, *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü* (Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983), 685.

¹⁰³ Davaların, aralarında bağlantı bulunduğu bahisle birleştirilmiş olmalarının bunların birlikte görülmelerinin aksi bir düşünce, birleştirmenin amacına elverişli değildir. Nitekim, yasal hükümlerde bu yöndeki boşluğa rağmen Dan. 5. D. E. 1986/1133, 07.10.1986 bunların birlikte görülmeleri gerektiğine ilişkin karar vermiştir. Tan, *İdare Hukuku*, 1069.

bile-, ayrıştırılmalarına, {6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa [HMK'ya (m. 45-48)] bağlı kalmaksızın,¹⁰⁴} işin tabiatı icabı karar verilmesi mümkün olacaktır. Anlaşılacağı üzere, İYUK'da, tek dilekçeyle birlikte açılan davalarda esasa girildikten sonra, dilekçe ret kararının verilmesi gibi bir usul öngörülmemiştir. Bu sebeple tek seçenek, bağlantılı görülmemeyen davalar hakkında ayrıştırma kararı verilerek devam edilmesidir.¹⁰⁵ Nitekim, emsal bir karar, tek dilekçeyle açılan birden fazla davada, esasa girildikten sonra bunların farklı yetkili mahkemelerde görülmeleri gerektiğinin anlaşılması halinde ayrıştırılması gerektiğine işaret etmektedir.¹⁰⁶

Nihayetinde, sağlıklı yargılama ve doğru çözüm bakımından birbirleri arasında ilgi bulunan davaların birlikte açılmaları yerindedir.¹⁰⁷ Türk idari yargı sisteminde [-yer almayan "pilot karar" ya da (Federal Alman İdari Mahkemeler Kanununun 93a/1 maddesinde değinilen) "model dava" yöntemine benzemese de-], aynı konu ve sebebe bağlı işlemler için aynı nitelikte kararlar verme gerekliliği; bu nitelikteki davaların birleştirilmesini gerektirmeli ve hatta imkan varsa önceden tek dilekçe ile açılmalarına imkan vermelidir.

b. Objektif Dava Çokluğuna Özgü Durum ve Örnek İctihatlar

Her bir davanın diğerini etkileyeceği; bu davalardan birisi incelenirken diğerinin de nazara alınmasının gerekeceği davalar için; bunlar hakkında verilecek kararların farklı içerik ve hükümler içermemiş olmaları gibi sebepler, bunların tek

¹⁰⁴ Tan, *İdare Hukuku*, 1069.

¹⁰⁵ Derdiman, *İdarî Yargının Genel Esasları*, 105, 106.

¹⁰⁶ Dan. 2. D. E. 2008/5431, K. 2008/3408, 24.07.2008, nakleden: Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *İdari Yargı Mevzuatı*, 371.

¹⁰⁷ Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku*, 238.

dilekçeyle açılmalarına gerekli kılmaktadırlar.¹⁰⁸ Bu, yukarıda da değinildiği üzere, aralarında İYUK'un 38/1. maddesinde şekilde bağlantı görülen davaların tek dilekçeyle açılmasını mümkün kılacak bir yorumu gerekli kılmış olmaktadır. Bizce, bu sebeplerle aralarında bağlantı bulunan davalar da İYUK'un 5. maddesine uyarlılık ölçüsünde tek dilekçe ile açılabilir.¹⁰⁹

Emsal bir kısım kararlarda; örneğin:

1-) Danıştay, biri hakkında verilecek kararın, diğerine tesir edilecek mahiyette olan davaların birleştirilebileceğini kabul etmiştir.¹¹⁰

2-) Amacı dışında taşıma işinde kullandığından dolayı sürücüsüne ve sahibine para cezası kesilmesi ve aracı trafikten geçici süreyle men etme işlemlerine karşı tek dilekçe ile açılan davada; -muhalefet şerhinde davacıların menfaat ilişkileri ayrı ve aralarında hukuki veya maddi bir bağ bulunmadığı dile getirilse de-; dilekçeyi reddetmeyip de davayı esastan karara bağlayan yerel mahkeme kararı, istinafta oy çokluğuyla onanmıştır.¹¹¹

3-) Memurun "maaşının eksik ödenmesi, raporlu olduğu süreyi kapsayacak şekilde ücretsiz izninin idarece resen uzatılmasına ilişkin işlemde kaynaklandığından; dava konusu işlemler arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunduğu"¹¹² kabul edilmelidir.

¹⁰⁸ Aynı yönde: Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 270; Yıldırım, *Türk İdârî Rejimi Dersleri*, 172.

¹⁰⁹ Derdiman, *İdari Yargının Genel Esasları*, 105.

¹¹⁰ DİBK. E.1949/528, K.1950/270, 18.5.1951, Danıştay Kararlar Dergisi, no. 50-53, 51, nakleden: Yasin, *İdari Yargıda*, no. 8.

¹¹¹ İstanbul Bölge İdare Mahkemesi 8. İdari Dava Dairesi, E. 2017/768, K. 2017/880, 31.05.2017, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

¹¹² Dan. 12. D. E. 2012/4577, K. 2012/5649, 03.10.2012, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

c. Sübjektif Dava Çokluğuna Özgü Durum ve Örnek İctihatlar

Birden fazla davacıyı ilgilendiren tek işlem ya da konuda bunların menfaat ya da haklarının aynı ya da benzer olmaları halinde, tek dilekçeyle açılan davalara bakılmalıdır. Kaldı ki emsal bir karar, bir konuda hakları ortak olan kişilerin zorunlu dava arkadaşı olduklarını ve davaya sonradan katılmış olsalar bile, bunların davacı olarak aynı dava kapsamında kabul edilmeleri gerektiğine hükmetmiştir.¹¹³

Bir başka emsal de, kurum yöneticiliklerine yapılan tüm atamaların iptali talebini zımnın reddeden idari işleme karşı tek dilekçeyle açılan davada dilekçe ret kararı vermeyip, bu davayı tek bir işleme karşı açılan dava olarak görmüştür.¹¹⁴

D. Dava Dilekçesinin “Anlaşılabilirliğinden Maksat”a İlişkin Değerlendirme

İYUK, konuya ilişkin olarak tek dilekçe ile dava açılmasında öngörülen yasal hal ve şartlar içinde, dava dilekçesinde anlaşılabilirlik gibi hususları saymamıştır. Ancak bir dilekçenin hangi konuyu ve talebi içerdiği açıkça belli olmazsa, davanın ne olduğu, hangi konuları ve talepleri kapsadığı anlaşılabilir. İşte davaya, dilekçe ret kararı verilmeden devam edilmesi, dava dilekçelerinin bu yönlerden anlaşılabilir olmalarına bağlıdır.

¹¹³ “Mirasçı sıfatıyla müteveffa ... dan kalan mallara iştirak halinde malik oldukları, buna göre davacıların iştirak halinde mülkiyet kuralları gereği zorunlu dava arkadaşı olduğu, bu nedenle birinin süresinde yaptığı başvurunun sonradan davacı olarak dosyaya dahil olanlar için de aynı mal varlığına ilişkin ayrı başvuruları olmamak koşuluyla geçerli ve süresinde kabul edilmesi gerektiği açıktır.” Dan. 15. D. E. 2015/5364, K. 2018/5298, 29.05.2018, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı); Sancakdar, İdari Yargıda, 252.

¹¹⁴ DİDDK. E. 2014/5600, K. 2015/5509, 23.12.2015, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

Dava dilekçesindeki karmaşıklık gibi sebeplerle dilekçe ret kararlarının verilmesi; dava dilekçesinde yer alan konu ve talep kısmındaki ifadelerdeki; anlaşılabilirlik, karmaşıklık, çelişki ya da bunlardan birisindeki ifadenin diğerinde yer almayışı halleriyle sınırlı olmalıdır. Dava dilekçesinin açıklama, sebep veya delillerin ileri sürüldüğü kısımlarındaki çelişki, karmaşıklık ya da eksiklikler, ön şartlar bakımından dilekçe ret sebebi olarak görülmemelidirler.

Dilekçelerde, konu ve talep kısmındaki izahatlar, ne isteniyorsa o konuda ve o taleple sınırlı olmalı ve başka türlü anlaşılmayacak şekilde açık yazılmalıdır. Bu noktada, davanın konu kısmında değinilmeyen, ama talepte yazılan “dava harç ve masraflarının ve avukatlık ücretinin davalı idareye yüklenmesi” talebi dilekçe ret kararı verilmesini gerektirmez. Çünkü bu talep, yapılmasa da mahkeme tarafından verilecek kararda resen nazara alınacak husustur.

E. İYUK’un 12. Maddesinin Kendine Özgün Durumu

İYUK’un 12. maddesinde, bir idari işlemin iptaliyle bu işlemde doğan zararların tazmin edilmesinin birlikte istenebileceği¹¹⁵ hüküm altına alınmıştır. Bu durum, bir iptal davası ile iptali talep edilen idari işlemde doğan zararların tazmini taleplerinin tek dilekçede birlikte dava konusu edilebilecekleri anlamına gelmektedir.

İYUK’un 14. ve 15. maddelerinde, davanın ön artlar bakımından incelenmesi bakımından kapsamın, konumuzla ilgili olarak, sadece 3. ve 5. madde ile sınırlı tutulduğu görülmektedir.

¹¹⁵ Birden çok idari işleme karşı tek dilekçeyle dava açılması, usul ve şartlara uygun olmak kaydıyla, iptal ve tam yargısı davası gibi farklı dava türleri için söz konusu olabilir. Bader et. al., *Verwaltungsgerichtsordnung*, 219.

Ancak, İYUK'un 12. maddesinde öngörülen "birlikte dava açma hal ve şartları"na uygun olmayan dilekçeler, İYUK'un 5. maddesine istinaden reddedilmektedirler.¹¹⁶ Birlikte açılan ama anılan 12. maddeye uymayan davaların her birisi; diğeri ile bağl(antıl)ı olmadığı sürece ayrı dava olarak görülecektir. Tek dilekçeyle birlikte açılan davaların, İYUK'un 5. maddesine uymadıkları sonucuna varıldığında "dilekçe ret" kararı verilecektir.

Bu durum, anılan 5. maddenin kapsamını belirlerken, bu hükmün gözettiği amaca göre geniş yorumlanabileceğini de anlatmış olmaktadır.

VI. DİLEKÇE RET KARARI VERİLEN DAVALARIN TEKRAR AÇILMALARI

A. Genel Kural: Davaların Aynı Mahkemede Ayrı Dilekçelerle Açılması

Başta belirtmek gerekir ki; idari yargıda açılacak tüm davalarda dilekçelerin İYUK'un öncelikle 3. maddesindeki uygunluk şartlarını taşımaları gerekmektedir. İYUK'Un 3. ve 5. maddelerindeki hal ve şartlara aykırılıktan bahisle verilen "dilekçe ret" kararları sonrasında, davaların tekrar ve bu kararların tebliğ tarihi esas alınarak işleyecek 30 gün içinde tekrar açılmaları mümkün olabilecektir. Bu dilekçe ret kararlarında, davaların 30 gün içinde eksiklikleri giderilerek yeniden açılabilmesi belirtilmelidir.¹¹⁷ Kararda, yeniden açılacak davaların, dilekçe ret kararı veren mahkemeye hitaben yazılacak dava dilekçesiyle açılacakları de yazılmalıdır.

"Dilekçe ret kararları"nda, davanın esas numarasından başka karar numarası da verilmektedir. Bu hal, davanın anılan

¹¹⁶ Örneğin: Ankara 16. İdare Mahkemesi, E. 2018/506, K. 2018/672, 16.03.2018.

¹¹⁷ Kalabalık, *İdari Yargılama Usulü Hukuku*, 273.

30 gün içinde açılmazlarsa sonuçlandırıldığı anlamına da gelmektedir.

Dava çokluğu hallerinde tek dilekçeyle açılan davalarda verilen dilekçe ret kararından sonra, yeniden açılan her bir dava için, evvelce ödenmişse ayrıca bir harç ödenmez.

Yeniden açılacak dava dilekçelerinin de ön şartlar bakımından, denetlenmesi gerekecektir. Süresi içinde açılacak yeni davalarda aynı eksikliklerin mevcut oldukları görüldüğünde ise, dava reddedilecektir.

B. Davaların Yeniden Açılmamaları

1. “Dilekçe Ret” Kararından Sonra Genelde Uygulanan Usul: Yeniden Dava Açma

Açılmış bir davada “dilekçenin reddi” halinde dava yeniden aynı yargı mercii önünde, dilekçedeki ret sebebi olarak gösterilen eksiklikler giderilerek yeniden açılır.

İYUK’da “dilekçenin reddi” kararlarına karşı, bu yöntemden başka yöntem öngörülmemiştir. Dolayısıyla dilekçe ret kararlarına karşı, -istinaf veya temyiz gibi kanun yollarına değil-; aynı yargı merciine yeniden dava açmak şeklinde başvurulabilir.

“Dilekçe ret” kararı “davanın reddi” kararından farklıdır. “Davanın reddi”nde ise dava; nihai kararla sonlandırılış olur. Bu durumda yasal usul ve şartlara göre, ancak istinaf ve temyiz kanun yollarına başvuru yapılabilir.

“Dilekçe ret” kararında, davanın aldığı esas numarasından başka, karar numarası da gösterilir. Sonradan yeniden açılacak davaya da, evvelkinden farklı olarak, sıradaki yeni bir esas numarası verilir. Yeniden açılan davaya ilişkin nihai kararda “karar numarası” da, “esas numarası” gibi yenidir.

2. Dilekçe Ret Konusu Olan Davaların Tekrar Açılmaları Zorunlu Mudur?

Dilekçe ret kararına konu olan davalardan birini veya birkaçını, -30 günlük yasal süresi içinde- yeniden açmak ya da açmamak diye bir mecburiyetten bahsedilemez. Çünkü, yasal olarak, 30 gün içinde tekrar açılmayan her bir davanın yaptırımını bunun "açılmamış sayılması" olacaktır.¹¹⁸

Bu durum, daha evvel tek dilekçeyle açılan birden fazla davadan birinin veya birkaçının açılmaması halinde; eksiklikleri giderilerek -ayrı veya aynı dilekçelerle- yeniden açılan diğer davaların reddedilemeyeceği anlamına gelmektedir. Aksi hal, doğal hakim güvencesine ve adil yargılanma hakkının unsurlarından olan mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme haklarına aykırı olduğu gibi, kişi hak ve hürriyetlerine de aykırı olarak görülebilecektir.

Nitekim, mahkemelerin, "dilekçe ret" kararlarına esas numarasından başka karar numarası da vermeleri, bunları, ara karar olmaktan çıkarmakta; sadece süresi içinde açılmayan dava için nihai karar niteliğine dönüştürmektedir.

Dilekçe ret kararı verilen davalardan yalnız birini ya da birkaçını veya tümünü açmayı ya da açmamayı yasaklayan yasal bir hüküm yoktur.

Danıştay'ın emsal kararlarında da, bu şekildeki davaların her birinin ayrı ayrı açılmasında muhtar(≈serbest) olduğu belirtilmiştir.¹¹⁹

¹¹⁸ Yıldırım, *Türk İdârî Rejimi Dersleri*, 260.

¹¹⁹ Örneğin: DİDDK. E.1962/543, K. 1966/669, 20.05.1966; Dan. 12. D. E. 1969/3489, K. 1969/1801, 11.11.1969, nakleden: Yüksel Esin ve Erol Dündar, *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları Birinci Kitap: Usul* (Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık, 1971), 257-259.

Dilekçe ret kararından sonra birlikte açılan davalardan tümünün değil de, yalnızca birisinin ya da birkaçının yeniden açıldığı davalarda, Mahkemeler açılan davaları ön şartlar bakımından kabul edip davanın “esas”ına girmektedirler.¹²⁰

Keza, birden fazla kişinin tek dilekçeyle dava açması hallerinde dilekçe ret kararları sonrasında da, süresi içinde her bir kişinin dava açmakta ya da açmamakta serbest olduğuna dair örnek kararlar da bulunmaktadır.¹²¹ Dolayısıyla, birden fazla davacının tümünün değil de birinin ya da birkaçının yeniden açtığı davalar da; ön şartları bakımından herhangi bir eksiklikleri yoksa; -bir ya da birkaç davacının davasını yenilemediğinden bahisle reddedilmeyecekler-; “esas”tan karara bağlanacaklardır.

3. Yeniden Açılmayan Davanın Hukuki Sonuçları

Süresi içinde tekrar açılmayan davalara ilişkin “davanın açılmamış sayılmasına” dair karar; davanın doğrudan, mahkemesince nihai karara bağlanmış olması anlamına gelecektir. Konumuzla ilgili davalarda, dilekçe ret kararından sonra davanın yeniden açılmaması; eşdeyişle “dilekçenin yenilenmemesi halinde, yargılama giderinin davacı üzerinde bırakılmasına,”¹²² karar verilecektir.

Dolayısıyla dilekçe ret kararına konu davalardan tekrar açılmayacak olanlara ilişkin olarak; başvuru, ilâm ve karar harcı ve konu kapsamındaki diğer harçlar ile dava masraflarının davacıya yüklenmesi gerekecektir.¹²³

¹²⁰ Örneğin: Ankara 16. İdare Mahkemesi, E. 2018/506, K. 2018/672, 16.03.2018 kararında, tek dilekçede açılan davalardan birisi yeniden açılmıştır. Mahkeme, açılan davada yeni bir esas numarası vermiş ve davanın “esas”ına girmiştir.

¹²¹ Örneğin: Dan. 12. D. E. 2005/1136, K. 2005/2921, 13.9.2005, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat programı).

¹²² Dan. 2. D. E. 2016/283, K. 2016/661, 11/02/2016, (<https://www.kararara.com>).

¹²³ Sancakdar, *İdari Yargıda*, 267.

SONUÇ

İdari yargıda, birden fazla davanın tek dilekçe ile açılabilmesi ya da birden fazla davacının tek dilekçe ile dava açabilmesi mümkündür. Buna ilişkin “yasal şartlar” İdari Yargılama Usulü Kanununun (İYUK’un) 5. maddesinde öngörülmüştür.

Anayasanın 37. maddesindeki “tabiî (=doğal) hâkim teminatı”, davaya, görevli ve yetkili olduğu olay ya da uyuşmazlığın ortaya çıktığı tarihten evvel belirlenmiş yargı merciinde bakılmasını öngörmektedir. Bu yönden İYUK’un 5. maddesindeki usul ve şartlara aykırı dilekçeler hakkında, tabi hâkim teminatının ihlal edilmemesi bakımından, aynı kanunun 14. ve 15/1-d maddesi gereğince “dilekçe ret” kararı verilir. Bu aynı zamanda görev ve yetkinin kamu düzeninden oluşunun da bir gereğidir.

Buna karşılık, birden fazla idari işlemin tek dilekçeyle dava edilmesinin ya da birden fazla davacının tek dilekçeyle açtıkları davalar hakkında İYUK’un 5. maddesine aykırılıklarından bahisle dilekçe ret kararı verilmesinden evvel; İYUK’un 38/1. maddesinde öngörülen “bağlantı hal ve şartları”nın da, uyarılıkları ölçüsünde nazara alınmaları kanaatimizi belirtmek isteriz. Buna göre, İYUK’un 5. maddesinin amaca uygun geniş yorumu halinde, aynı kanunun 38/1. maddesindeki hal ve şartlara uygun olduğu görülen “tek dilekçe ile açılan davalar” hakkında “dilekçe ret” kararı verilmesi yerine; bu davaların “esas”a girilerek nihai karara bağlanmaları mümkün olabilecektir.

“Kanunların ‘lâfızları ve ruhları’ ile uygulanacakları”, sadece 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 1/1. maddesinde yer alan hüküm değil; tabiatı icabı hukukun genel ilkesi kabul edilmelidir. Diğer taraftan, Anayasal hükümlerin her birisinin diğeri ile eşit etki ve değerde oldukları; bu nedenle birbirleri ile yarışan ya da çatışan normların hiçbirini bertaraf etmeyecek

şekilde uygun yorum zorunludur. Dolayısıyla, yukarıda dile getirdiğimiz kanaatimiz, Anayasanın, davaların en az masrafla, en kısa zamanda ve en adil bir şekilde hükme bağlanmasını öngören 141/son; mahkemeye erişim ve hukuki dinlenilme haklarını kapsayan adil yargılanma hakkını düzenleyen 36. maddelerine işlevsellik kazandırdığı kadar, Anayasanın anılan 37. maddesine de uygundur.

Tek dilekçe ile açılan birden fazla dava, dilekçe ret kararı verilirse bu kararın tebliğ tarihi esas alınarak işleyecek 30 gün içinde aynı mahkemede eksiklikleri giderilerek yeniden açılabilir. Bu şekilde yeniden açılan davalara daha evvel ödenmişse ayrıca harç ödenmez.

Dilekçe ret kararına konu edilen davaların tümünün yeniden açılması diye bir zorunluluk söz konusu olamaz. Bu davalardan hiçbirisi de açılmayabilir. Çünkü yeniden açılan davaların yeni bir esas numarası alması ve bu davanın kendisinin ön şartlar bakımından eksikliği yoksa esastan görülmeye başlanmaları söz konusudur. Diğer taraftan, yasal süresi içinde yeniden açılmayan davalarla ilgili olarak yalnızca yeniden açılmayan dava ile sınırlı olmak üzere “davanın açılmamış sayılmasına” karar verilir.

Yeniden açılmayan ya da açıldıktan sonra aynı eksiklikleri görüldüğünden davanın reddi kararının verildiği davalarda, dava harç ve masrafları ve varsa avukarlık ücreti davacıya yükletilmiş olur.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *İdari Yargı Mevzuatı*. Güncellenmiş 8. Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Murat Sezginer ve Cemil Kaya. *İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi 2018.
- Ali Haydar Efendi. *Şerh-i Mecelle*. Cilt: 1, Osmanlıca aslından çeviren: Reşit Gündoğdu ve Osman Erdem. İstanbul: Osmanlı Kitabevi, (tarihsiz).
- Alpaslan, Gaye. "İdari Yargılama Usulünde Tek Dilekçe İle Dava Açılabilir Durumlar." Hukuki Haber. Erişim Tarihi: Nisan 24, 2020. <https://www.hukukihaber.net/idari-yargilama-usulunde-tek-dilekce-ile-dava-acilabilecek-durumlar-makale,4367.html>.
- Bader, Johann, Michael Funke-Kaiser, Jörg von Albedyll und Thomas Stuhlfauth. *Verwaltungsgerichtsordnung*. 5. Auflage. Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg: C.F.Müller Verlag GmbH, 2011.
- Bilgin, Hüseyin. *İdari Yargı İçin Avrupa İnsan Hakları Sözleşme Uygulama Rehberi*. Ankara: Adalet Yayınları, 2017.
- Bilgin, Hüseyin. *İdari Davalar ve Çözüm Yolları*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2018.
- Brändli, Beat. *Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess*, Dissertation der Universität St. Gallen, zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft, Bern: Stämpfli Publikationen AG · 2013.
- Candan, Turgut. *Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu*. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005.
- Coşkun, Sabri, Müjgan Karyağdı. *İdari Yargılama Usulü, Örnek İçtihatlar-Yorumlar*. Ankara: Seçkin yayınları, 2001.

- Çağlayan, Ramazan. *İdarî Yargılama Hukuku*. 7. Güncellenmiş Baskı. Ankara: Seçkin Yayınları, 2015.
- Derdiman, R. Cengiz. *Anayasa Hukuku*. 3. Baskı. Bursa: Aktüel Yayınları, 2013.
- Derdiman, R. Cengiz. *İdarî Yargının Genel Esasları*. 3. Baskı. Bursa: Aktüel Yayınları, 2014.
- Derdiman, R. Cengiz. "İdari Yargıda Yürütmenin Durdurulmasını Kısıtlayan Yasal Hükümler." Hukuki Yaklaşım Sitesi. Erişim Tarihi: Ekim 25, 2019, https://www.hukukiyaklasim.com/makaleler/idari-yargida-yurutmenin-durdurulmasini-kisitlayan-yasal-hukumler/#_ftn29.
- "Die Anfechtungsklage." Erişim Tarihi: Nisan 19, 2020. http://www.al-online.de/fileadmin/userfolders/downloads/pdf/leseproben/Leseprobe_%C3%96ffR_-_Anfechtungsklage__Oktober_2014_.pdf.
- Epping, Volker. *Grundrechte*. Vierte, aktualisierte und erweiterte Auflage. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag, 2010.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*. Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara: Orion Kitabevi Yayını, 2011.
- Ergen, Cafer. *İdarî Yargılama Usulü Kanunu Şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2008.
- Esin, Yüksel, Erol Dündar. *Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları Birinci Kitap: Usul*. Ankara: Balkanoğlu Matbaacılık Ltd Şti, 1971.
- Gözübüyük, A. Şeref, Turgut Tan. *İdare Hukuku-II, İdari Yargılama Hukuku*. Güncelleştirilmiş 6. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Işıklar, Celal. "İdari Yargıda Derdestlik." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 1 (2012): 63-106.
- Kalabalık, Halil. *İdari yargılama Usulü Hukuku*. Genişletilmiş ve Güncellenmiş 10. Baskı. Konya: Sayram Yayınları, 2016.

- Karakoç, Yusuf. *Vergi Yargılaması Hukuku*. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı. Ankara: Yetkin yayınları, 2017.
- Karavelioğlu, Celal. *İdarî Yargılama Usulü Kanunu*. Cilt: II. 5. Baskı. Kayseri: 2001.
- Kley, Andreas, ve Hugo Vogt. "Das Problem der Grundrechtskonkurrenzen." *Zurich Open Repository and Archive*, 2008. Erişim Tarihi: Eylül 18, 2017. https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:00000000-3d12-7c07-0000-00005c4e183c/Kley_Vogt_iusfull_2008V.pdf.
- Lorenz, Dieter. *Verwaltungsprozessrecht*. Berlin, Heidelberg: Springer-Verlag GmbH, 2000.
- Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan. *İdari Yargı*. 2. Baskı. İstanbul: 2007.
- Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes. *Medenî Usul Hukuku*. 12. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2011.
- Polat, Metin. "İdari Yargıda Aynı Dilekçe İle Dava Açılabilir Haller." *Hukuki Haber*. Erişim Tarihi: Nisan 24, 2020. https://www.hukukihaber.net/idari-yargida-ayni-dilekce-ile-dava-acilabilecek-haller-makale,6996.html#_ftnref1.
- Sancakdar, Oğuz. "İdari Yargıda 'Tek Dilekçe ile Dava Açma' (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. 2 (2007): 223-269.
- Schenke, Wolf-Rüdiger. *Verwaltungsprozessrecht*. 16. Neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C. F. Müller, GmbH 2019.
- Schoch, Friedrich, Jens-Peter Schneider, Wolfgang Bier und Jost Pietzcker. 37. EL Juli 2019, *VwGO*. Quelle: beck-online; Kopie von İstanbul Üniversitesi (25.04.2020) § 44 Rn. 4, 5, 7.
- Tan, Turgut. *İdare Hukuku*. 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.
- Wienbracke, Mike. *Verwaltungsprozessrecht*. 3. neu bearbeitete Auflage. Heidelberg: C.F.Müller GmbH, 2019.

- Yasin, Melikşah. "İdari Yargıda Bağlantılı Davalar." *E Akademi Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, no. 60 (2017). <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DDAR%DD%20YARGIDA%20BA%D0LANTILI%20DAVALAR&kimlik=-1715152877&url=makaleler/myasin-2.htm>.
- Yenice, Kâzım, Yüksel Esin. *Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü*. Ankara: Arısan Matbaacılık, 1983.
- Yıldırım, Ramazan. *Türk İdârî Rejimi Dersleri, (İdârî Yargılama Hukuku)*. Cilt. 3. Ed. Selam Sacit Boz ve Mehmet Fatih Gürkan. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Yongalık, Aynur. "'İstisnalar Dar Yorumlanırlar' Kuralı ve Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 60, no. 1 (2011): 1-15.
- Zabunoğlu, Yahya Kazım. *İdare Hukuku*. Cilt 2. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.

YAPAY ZEKÂ VE HAKSIZ FİİL HUKUKU

Artificial Intelligence and Tort Law

Erman BENLİ*

Gayenur ŞENEL**

Öz

Yapay zekâ teknolojisi gün geçtikçe ilerlemekte ve farklı seviyelerde yapay zekâlar ortaya çıkmaktadır. Çalışmamızda, yapay zekâ teknolojisine dair literatürde genel kabul gören dört tip yapay zekâ esas alınmıştır. Yapay zekâlar, insanlığa büyük faydalar sağladığı gibi, ciddi zarar risklerini de içermektedir. Bu risklerden biri de, yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlar ve bu zararlardan doğan haksız fiil sorumluluğudur. Türk hukukunda, yapay zekâlar özelinde bir kanuni düzenleme olmadığı gibi, yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlar ve bu zararlardan doğan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak da herhangi bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum,

* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, erman.benli@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-2277-2832.

** Araştırma Görevlisi, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı; Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Özel Hukuk Bölümü Tezli Yüksek Lisans Öğrencisi, gayenur.senel@hotmail.com, ORCID: 0000-0001-8668-5693.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 01.04.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 04.10.2020.

Atıf/Citation: Benli, Erman, ve Gayenur Şenel. "Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Hukuku." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 296-336.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yapay zekâların teknolojik ve sektörel kullanım çeşitliliği dikkate alındığında önemli bir sorun teşkil etmektedir. Yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlar ve bu zararlardan doğan haksız fiil sorumluluğunda özel düzenleme olmaması, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve diğer kanunlardaki haksız fiil düzenlemelerine başvurmayı gerektirmekte olup, söz konusu düzenlemelerin yapay zekâların özgün koşullarına uygulanmaya elverişli olmadığı düşüncesindeyiz. Dolayısıyla, bu çalışmada, yapay zekâların özgün koşullarını göz önünde bulundurabilecek düzenleme önerileri getirilmekte ve bu öneriler haksız fiil hukukuna yönelik olarak kusur ve kusursuz sorumluluk temelinde oluşturulmaktadır. Çalışmamız, hem yürürlükteki hukuk hem de olması gereken hukuk yönlerinden değerlendirme ve önerileri içermektedir.

Anahtar kelimeler: Yapay Zekâ, Haksız Fiil, Otonomi, Elektronik Kişilik, Tazminat.

Abstract

Artificial intelligence technology is progressing day by day and different levels of artificial intelligence arise. In our study, four types of artificial intelligence, which are generally accepted in the literature on artificial intelligence technology, are taken as basis. Artificial intelligence not only provides great benefits to humanity, but also includes serious harm risks. One of these risks is the damages caused by artificial intelligence and the tort liability arising from these damages. In Turkish law, there is no specific regulation regarding artificial intelligence, nor is there any special regulation regarding the damages caused by artificial intelligence and the tort liability arising from such damages. This poses an important problem when considering the technological and sectoral diversity of artificial intelligence. The damages caused by artificial intelligence and the absence of special regulations necessitate to apply to tort rules in Turkish Code of Obligations No. 6098 and other laws, and we think that these

regulations are not suitable to be applied to the original conditions of artificial intelligence. Therefore, in this study, regulatory proposals are introduced that can take into account the unique conditions of artificial intelligence, and these suggestions are created on the basis of fault liability and strict liability. Our study includes evaluations and suggestions in terms of positive and normative analysis.

Keywords: Artificial Intelligence, Tort, Autonomy, Electronic Personality, Compensation.

I. GİRİŞ

İnsanların kendilerini ve doğayı keşfetme merakı, doğayı taklit etmelerine imkân tanıyacak teknolojiler geliştirmeleri için itici güç olmuştur. İnsanların kendi yapmak zorunda kaldıkları tehlikeli ve istenmeyen işleri, doğayı örnek alarak kolaylaştırma çabaları, robotik bilimi ile yapay zekânın doğumunu ve gelişmesini sağlamıştır. İnsan zekâsı ve düşünme süreci tarih boyunca pek çok düşünürün ilgisini çeken bir konu olup, bu alanda çeşitli araştırmalar yapılmıştır. Bu araştırmaların bir sonucu olarak insanların doğuştan sahip oldukları zekâ ile çözebildikleri sorunları çözme becerisine sahip makine¹ olarak nitelendirilen yapay zekâlar ortaya çıkmıştır. Yapay zekâlar günümüzde sağlık sektöründen savunma sektörüne çok çeşitli alanlarda, çeşitli görünümelerde kullanılmakta olup, gelecekte yapay zekâların kullanım alanının artacağı şüphesizdir. Yapay zekâların kullanım alanı genişledikçe insanlarla etkileşimi ve bundan dolayı zarar meydana getirme riski artacaktır. Günümüzde yapay zekâların oluşturacağı zararların ilk örnekleri görülmeye başlanmıştır. Yaşanan bu gelişmeler

¹ Başak Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," iç. 7. *Tüketici Hukuku Kongresi: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer (İstanbul: Aristo, Eylül 2018), 173.

ışığında yapay zekâların sebep olduğu haksız fiil zararlarından kimin sorumlu tutulması gerektiği sorusu gündeme gelmektedir.

Çalışmamızın ilk bölümünde yapay zekâ kavramı anlatılacaktır. Bu kapsamda yapay zekânın en temel özelliklerinden biri olan otonomi kavramı açıklandıktan sonra, yapay zekâ çeşitlerine değinilecektir.

Çalışmanın ikinci kısmında yapay zekâların hukuki sorumluluğunu belirlemede önemli bir kıstas olan yapay zekânın kişiliği konusu ve bu konudaki çeşitli görüşlere değinilecektir.

Çalışmanın üçüncü kısmında ise yapay zekâlar, Türk sorumluluk hukuku kapsamında incelenecektir.

II. YAPAY ZEKÂ KAVRAMI

Yapay zekâ kavramını tanımlayabilmek için, öncelikle yapay ve zekâ sözcüklerinin ayrı ayrı tanımlarını ortaya koymak gerekmektedir. Yapay, doğadaki örneklerine benzetilerek insan eliyle yapılmış veya üretilmiş, doğal olanın karşıtı anlamına gelmektedir.² Zekâ ise insanın düşünme, akıl yürütme, objektif gerçekleri algılama, yargılama ve sonuç çıkarma yeteneklerinin tamamıdır.³ Yapılan çalışmalar sonucunda çeşitli zekâ türleri kabul edilmiştir. Yapay Zekâ kavramını kelime olarak incelediğimizde; insan eliyle üretilen bir makinenin/robotun etrafında karşılaştığı olgular karşısında insan gibi düşünme, algılama ve bunlardan sonuç çıkartarak davranışta bulunması şeklinde bir sonuca varabiliriz.

² TDK, erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://sozluk.gov.tr>.

³ TDK, erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://sozluk.gov.tr>.

Bilgisayar biliminin bir alt dalı olan⁴ yapay zekânın gelişimine baktığımızda, yapay zekâ ile ilgili araştırmalar 1950'li yıllarda başlamıştır. Alan Turing, 1950 yılında "Turing Testi"ni hazırlamıştır. "Turing Testi" kullanılarak bir bilgisayarın performansı ile bir insan zihninin performansının aynı olup olamayacağı ölçülmüştür.⁵ Yapay zekâ kavramı, ilk olarak Dartmouth Koleji'nde 1956 yılında yapılan bir konferansta kullanılmıştır.⁶ 1955 yılında, John McCarthy yapay zekâyı insanların doğuştan sahip oldukları zekâ ile çözebildikleri sorunları çözme becerisine sahip makine olarak nitelendirmiştir.⁷ Yapay zekâ alanındaki çalışmalar gereken ivmeyi gösteremediğinden, bu programlara verilen destekler kesilmiştir. 1980'li yıllarda yapay zekâ çalışmalarında sınırlı bir ilerleme kaydedilmişse de, bu ilerleme uzun sürmemiştir. Ancak, sinirsel yazılım ağlarının ve genetik algoritmaların yapay

⁴ Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," *TAAD*, no. 35 (Temmuz 2018): 212, <http://yayin.taa.gov.tr/dergiler/TAAD/TAAD35.pdf>.

⁵ Harun Pirim, "Yapay Zekâ," *Journal of Yasar University* 1, no. 1 (2006): 89. "Bu testte bir insan ve bir bilgisayar, deneyi yapan kişiden gizlenir. Deneyi yapan hangisiyle haberleştiğini bilmeden bunların ikisiyle de haberleşir. Deneyi yapan kişinin sorduğu sorular ve deneklerin verdiği cevaplar bir ekranda yazılı olarak verilir. Amaç, deneyi yapanın uygun sorgulama ile deneklerden hangisinin insan, hangisinin bilgisayar olduğunu bulmasıdır. Eğer deneyi yapan kişi güvenilir bir şekilde bunu söyleyemez ise, o zaman bilgisayar Turing testini geçer ve insanlar kadar kavrama yeteneğinin olduğu varsayılır." Çağlar Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk* (İstanbul: On İki Levha, 2017), 32.

⁶ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 212; Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 30; Eşref Adalı, "Yapay Zekâ," *İTÜ Vakfı Dergisi*, no. 75 (Ocak-Mart 2017), 9, erişim tarihi: Ekim 29, 2019, <http://www.itu.edu.tr/docs/default-source/haber-sl%C4%B1der---ekler/sayi75.pdf?sfvrsn=2>.

⁷ Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 173.

zekâ çalışmalarında kullanılmaya başlanmasıyla birlikte, 1990'lardan itibaren yapay zekâ teknolojisi durmaksızın ilerlemiştir.⁸

Yapay zekâ hakkında çok çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. Yapay zekânın kullanıldığı pek çok alan bulunduğundan, bunlar arasında tanım birliği bulunmamaktadır. Yapay zekâ tanımlarına baktığımızda; örneğin Stanford Üniversitesi Yapay Zekâ Laboratuvarı Müdürü Sebastian Thrun, yapay zekâyı "karmaşık bir şeyi algılama ve uygun karar verme" şeklinde tanımlamaktadır.⁹ Bir başka tanıma göre, "Yapay zekâ (AI), insanlar tarafından verilen/programlanan görevleri yerine getirmek için insan zekâsını taklit eden ve topladıkları bilgilere göre yinelemeli olarak kendilerini iyileştirebilen sistemler (bot) veya makinelerdir (robot).¹⁰" Yapay zekâ, çerçeve bir kavram¹¹ olup, bu kavramın içine makine öğrenimi ve derin öğrenme kavramları da girmektedir.

Makine öğrenimi, sistemin/yazılımın kullanılan verileri analiz ederek öğrenmesini ve performansını geliştirmesini ifade eder.¹² Diğer bir deyişle, makine öğrenimi bir sistemin/yazılımın çevresinde olan biteni gözlemleyerek, yaşadığı deneyimlerden sonuç çıkartarak, bir insan gibi, kendisini geliştirerek zeki

⁸ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 30.

⁹ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 29.

¹⁰ "Yapay Zekâ Nedir?" Oracle, erişim tarihi: Ekim 29, 2019, <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence.html>.

¹¹ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 212; Bozkurt Yüksel, Armağan Ebru ve Başak Bak, "Yapay Zekâ," *Futurist Hukuk* (İstanbul: Aristo Yayınları, 2018), 7.

¹² "Yapay Zekâ Nedir?"; Bozkurt Yüksel ve Bak, *Yapay Zekâ*, 7.

duruma gelmesidir.¹³ Makine öğrenimi kapsamındaki derin öğrenme, biyolojik nöronlardan esinlenerek geliştirilmiş olup, ham verileri öğrenme kabiliyetine dayanır.¹⁴

A. Otonomi Kavramı

Yapay zekâ ile ilgili ayrımlara girmeden evvel robotlar ile yapay zekânın önemli bir ayrımı olan otomasyon ve otonomi kavramlarına bakmak gerekir. Kişilere ait bir özellik olarak kabul edilen otonomiye Dworkin “bir kişinin kendi için koyduğu kurallara itaat etmesi” olarak tanımlamıştır.¹⁵ Buna göre, otonomi, kendi kendine karar alma yetisi olarak açıklanabilir. İnsanın kendi kendine karar alma süreci, John Richard Boyd¹⁶ tarafından geliştirilen OODA Döngüsü¹⁷ ile açıklanmaktadır.¹⁸ OODA Döngüsüne göre, bir insan karar alırken öncelikle

¹³ Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” 213.

¹⁴ Bak, “Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ,” 174; Bozkurt Yüksel ve Bak, “Yapay Zekâ,” 7.

¹⁵ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 21.

¹⁶ Boyd, 1945-1975 yıllarında Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetleri’nde savaş pilotu olarak görev yapmıştır. Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı (Pentagon)’na askeri stratejist olarak danışmanlık hizmeti de vermiştir. Bkz. erişim tarihi: Haziran 8, 2020, [https://en.wikipedia.org/wiki/John_Boyd_\(military_strategist\)](https://en.wikipedia.org/wiki/John_Boyd_(military_strategist)).

¹⁷ OODA döngüsü, askeri stratejist ve Birleşik Devletler Hava Kuvvetleri Albay John Boyd tarafından geliştirilen döngü gözlem-yönlendirme-karar verme eylemidir. Boyd, konsepti askeri harekâtlar sırasında genellikle operasyonel düzeyde olan muharebe operasyonları sürecine uyguladı. Bkz. erişim tarihi: Haziran 8, 2020, https://en.wikipedia.org/wiki/OODA_loop.

¹⁸ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 22; Murat Bulucu, “Trend Analizi: OODA DÖNGÜSÜ VE TDL’LER,” Thinktech (STM Teknolojik Düşünce Merkezi), erişim tarihi: Ocak 12, 2020, https://thinktech.stm.com.tr/uploads/raporlar/pdf/97201914442188_stm_oo_da_dongusu_ve_tdl.pdf.

etrafında olup biten olayları, çevresini gözlemler; kendisinin çevresi/meydana gelen olaylar içinde nerede olduğunu tespit ettikten sonra durumun gereğine göre karar verir ve bu kararı gerçekleştirmek için eyleme geçer.

Otomatik sistemler, dışarıdan bir insanın müdahalesi olmaksızın kendi kendine işleyebilen, ancak kendi başına karar alma yetisi bulunmayan sistemlerdir.¹⁹ Mühendislere göre, davranışta bağımsız sistemler(amacını belirleme ve amacı doğrultusunda eyleme geçme hususunda), otonom sistemler olup; otonominin sağlanması için olabildiğince az insan komutuna ihtiyaç duyması, değişen çevre koşullarına yüksek oranda uyum sağlaması ve sistemin takdir yetkisine sahip olması gereklidir.²⁰

Bir sistemin otonom olup olmadığı, matematiksel işlemlerin sonucu gibi kesin olmayıp, belli bir yelpaze aralığında değişmektedir. Yapay zekâların sahip oldukları otonomi Thomas Sheridan tarafından önerilen sınıflandırmada 1 (en az otonomi)'den 10'a (en fazla otonomi) kadar belirtilen derecelerde sınıflandırılmaktadır. Hava Kuvvetleri Araştırma Laboratuvarı (*Air Force Research Laboratory, AFRL*)²¹ tarafından geliştirilen sınıflandırmada ise 0'dan 10'a (otomatikten otonomiye) kadar otonomi dereceleri sınıflandırılmaktadır.²² Bu sınıflandırma sistemlerine göre, yapay zekâların sahip oldukları özellikler, karar alma süreçlerinde insan etkisi dikkate alınarak belirlenecektir. Aynı zaman dilimi içerisinde pek çok alanda kullanımı olan ve pek çok çeşidi bulunan yapay zekâların otonomi seviyelerinin birbirinden farklılık göstermesi

¹⁹ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 24.

²⁰ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 22.

²¹ AFRL, Amerika Birleşik Devletleri Hava Kuvvetleri Malzeme Komutanlığı tarafından yönetilen bilimsel araştırma organizasyonudur, erişim tarihi: Haziran 8, 2020, <https://www.wpafb.af.mil/AFRL/>.

²² Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 25.

mümkündür. Örneğin, aynı zaman dilimi içerisinde tıp alanında kullanılan bir yapay zekânın otonomi seviyesi ARFL'ye göre 5 iken, askeri alanda kullanılan bir yapay zekânın otonomi seviyesi ARFL'ye göre 8, başka bir alanda kullanılan yapay zekânın otonomi seviyesi ARFL'ye göre 3 olabilecektir.

B. Yapay Zekâ Çeşitleri

Yapay zekâyı dar (zayıf) ve geniş (güçlü) anlamda olmak üzere ikiye ayırabiliriz.²³ Dar anlamda yapay zekâ, kendisinden istenen amaca, yapay zekânın üreticisi tarafından önceden tanımlanan hareketleri gerçekleştirerek ulaşmaktadır.²⁴ Günümüzdeki yapay zekâların dar yapay zekâ kapsamında olduğu görülmektedir.²⁵ Geniş anlamda yapay zekâ ise insana benzer şekilde düşünebilen ve karar alabilen²⁶ bir teknolojidir. Geniş anlamda yapay zekâ başka bir ifade ile "Kendisine girilen verileri değerlendiren, onları yorumlayarak, onlardan yeni bir şey öğrenen ve inisiyatifle yeni bir belirleme veya tahmin yapabilen teknoloji" olarak ifade edilmektedir.²⁷

²³ Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 8.

²⁴ Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 175; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9.

²⁵ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 30; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 213.

²⁶ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 22; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9.

²⁷ Melek Bilgin Yüce, Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar, iç. 7. *Tüketici Hukuku Kongresi: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer (İstanbul: Aristo, 2018), 488.

Başka bir ayrıma göre, dört farklı tipte yapay zekâ söz konusudur.²⁸

1. Tepki Veren (Reaktif) Yapay Zekâ: Tek bir alanda uzmanlaşarak, o alanla ilgili olarak çevreyi algılayan ve tepki veren yapay zekâdır. Buna örnek olarak *Deep Blue* isimli satranç oynayan yapay zekâ, Google'ın Go oyununda Dünya şampiyonlarını yenen *Alpha Go* adlı yapay zekâsı verilebilir.²⁹

2. Sınırlı Hafızaya Sahip Yapay Zekâ: Bu tip yapay zekâlarda belli bir seviyede otonomi bulunmaktadır. Bu yapay zekâ geçmişte edindiği bilgileri işleyerek ileride karşılaşacağı durumlarda kullanabilir. Bu tip yapay zekânın amacına ulaşabilmesi için uygun karar vermesine imkân veren sınırlı bir hafızası vardır.³⁰ Bu tipe örnek olarak *Siri* gibi kişisel dijital asistanlar, *Microsoft Tay* gibi chatbotlar, *Tesla* araçlarında bulunan otomatik pilot özelliği verilebilir.

3. Zihin Kuramı: Bu tip yapay zekâ sosyal etkileşimde bulunabilir. İnsan davranışını, psikolojisini etkileyen düşünce ve duyguları anlayabilir. Günümüzde henüz üretilmemiştir. Bu

²⁸ Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9; Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 175.

²⁹ Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9; Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 175; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 213.

³⁰ Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>; Bozkurt Yüksel ve Bak, *Yapay Zekâ*, 9; Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 175-176; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 213.

type örnek olarak “Starwars” serisindeki R2-D2 karakteri verilebilir.³¹

4. Kendinin Bilincinde Olan Yapay Zekâ: Bu tip yapay zekâ kendi varlığının (yapay zekâ oluşunun) tamamen farkında olup, bilinç sahibidir. Etrafındaki insanların duygularını öngörebilme yeteneğine sahiptir. Günümüzde herhangi bir örneği yoktur. Bu yapay zekânın geliştirilmesi halinde uzmanlar kendi kendilerini temsil yeteneğine haiz yapay zekâların söz konusu olabileceğini belirtmektedir.³²

III. YAPAY ZEKÂNIN KİŞİLİĞİNE İLİŞKİN TARTIŞMA

Yapay Zekâların hukuki kişiliğinin olup olmaması hususu, belirli bir otonomiye sahip yapay zekânın meydana getireceği zararlardan kimin sorumlu tutulacağı konusunda önem taşımaktadır. Kişi, hak ve borç sahibi olabilen varlık anlamına gelmekte olup, kişi olması nedeniyle menfaati hukuken korunmaktadır.³³ Kimlerin hukuki anlamda kişi statüsünü

³¹ Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>; Bozkurt Yüksel ve Bak, *Yapay Zekâ*, 10; Bak, “Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ,” 176; Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” 214.

³² Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>; Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” 213-214; Bozkurt Yüksel ve Bak, *Yapay Zekâ*, 10; Bak, “Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ,” 176.

³³ M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 72; M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Kişiler Hukuku* (İstanbul, 2013), 2 ve 40; Mehmet Ayan ve Nurşen Ayan, *Kişiler Hukuku* (Ankara, 2016), 29; Seda Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no. 2 (2019): 372; Bak, “Medeni Hukuk Açısından

kazanacağı hukuk politikası sonucu verilen³⁴ bir karar olup, varsayımsal bir duruma işaret etmektedir. Türk Hukuku, insanları, sadece insan olmaları nedeniyle (din, dil, ırk, cinsiyet, yaş, ayırt etme gücü gibi ayrımlara tabi tutmadan) gerçek kişiler olarak (TMK m. 8); belirli bir amaç için bir araya gelmiş insan ve mal topluluklarını da tüzel kişiler olarak hak sahibi varlık (kişi) kabul etmiştir. Tüzel kişiler, insan olmasalar bile toplumsal bir takım gerekliliklerden (insan ömrünün belli amaçları yerine getirebilmek için kısa olması ve insan topluluklarının belirlenen amaca daha rahat ulaşmalarından) ötürü kendilerine kişilik tanınmış ve böylece insanlar gibi mülk edinebilme, hak ve borç altına girebilme, taraf ehliyetine sahip olma hakkını elde etmişlerdir.³⁵

Hukuk düzeni tarafından hayatın somut gerçekleri göz önüne alınarak insan dışındaki bazı varlıklara kişilik verilmesi söz konusu olduğundan, gelecekte tam otonomiye sahip varlıklar olabilecek yapay zekâlara kişilik tanınabilmesi mümkün gözükmektedir.³⁶

Hukukun bir varlığa kişilik tanınması için belli kriterlerin incelenmesi gerekir. Bu kriterler şunlardır:

Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 212.

³⁴ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 80; Selin Çetin, "Hukuki Sorumluluğun Doğabileceği Taraflar Açısından Değerlendirme," İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, (İstanbul: İstanbul Barosu, 2019), 56, erişim tarihi: Ekim 30, 2019, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/yapayZekâ_cagindahukuk.pdf.

³⁵ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 216.

³⁶ Selin Çetin, "Yapay Zekâ ve Hukuk ile İlgili Güncel Tartışmalar," İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, (İstanbul: İstanbul Barosu, 2019), 48, erişim tarihi: Ekim 30, 2019, https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/yapayZekâ_cagindahukuk.pdf.

- *Varlığın Bilişsel Görevleri Yerine Getirme Kapasitesine Sahip Olması*: İstisnai olarak çocuklar ve zihinsel engelliler bilişsel görevleri yerine getirme kapasitesine sahip olmamalarına rağmen kişi olarak tanımlanmaktadırlar.
- *Parayı Kontrol Edebilme Yetisi*: Parayı kontrol edebilmek için kişinin bazı hukuki işlemleri yapması zorunludur. Bu nedenle, varlığın parayı kontrol yetisini hukuki işlem yapabilme yetisi olarak da algılamak mümkündür.
- *Bilinç Unsuru*: Bilinç unsuru olmasına rağmen, eski çağlarda kölelere kişilik tanınmaması veya günümüzde bilinç sahibi olmayan insanların kişi olarak kabul edilmesi nedeniyle zorunlu bir unsur olmadığı belirtilmektedir.³⁷

Bugün karşılaştığımız yapay zekâlar (*chatbotlar*, kişisel asistanlar) bile üreticileri tarafından öngörülemeyen öğrenme ve çevreye adapte olma yetenekleri sergilemektedirler.³⁸ Buna örnek olarak, *Microsoft*'un *Twitter* üzerinde insanlarla konuşmak amacıyla tasarladığı bir *chatbot* olan "*Tay*" isimli yapay zekâ, insanlarla etkileşime girmesinden 24 saat sonra tasarımcıları tarafından öngörülemeyen bir şekilde ırkçı, cinsiyetçi ve küfürlü ifadeler kullanmaya başlamış ve bu nedenle kapatılmıştır.³⁹ Yapay Zekâ ve robotik alanlarında meydana gelen gelişmeler ışığında, yapay zekâların kendi kendilerine karar verme ve eyleme geçme gibi bilişsel seviyeleri gün geçtikçe artmaktadır.

³⁷ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 82.

³⁸ Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 183.

³⁹ "Microsoft'un Yapay Zekâsı İrkçi Çıktı," Ntv, erişim tarihi: Kasım 1, 2019, https://www.ntv.com.tr/teknoloji/microsoftun-yapay-zekasi-irkci-cikti,aoBcWSTbJUDN_OdD1GKWw; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 218.

Yapay zekâların insanlarla etkileşime girdikten sonra zarar vermeleri halinde günümüzde kabul edildiği gibi *üzerinde hâkimiyet kurulabilen ekonomik değeri olan maddi varlık olarak tanımlanan*⁴⁰ eşya statüsünde⁴¹ kalmasının, haksız fiilde sorumluluğun bir kişiye yüklenmesini zorlaştıracığı ortadadır. Bu nedenle, medeni hukuk açısından yapay zekâların kişiliğinin olup olmadığı incelenmelidir.

Günümüzde, eşya statüsünde kabul edilmekte olan robotlar ve yapay zekâların, 3. ve 4. tip örneklerini gelecekte otonominin artmasıyla birlikte görmeye başladığımızda, kendi kendilerine karar alıp harekete geçen, belli oranda bilince sahip yapay zekâ ve robotlar söz konusu olacaktır. Bu halde, yapay zekâları eşya olarak kabul etmemiz zorlaşacaktır. Bu nedenle, robotlar ve yapay zekâ için doktrinde beş farklı kişilik görüşü ileri sürülmektedir.

1. Elektronik Kişilik Görüşü

Avrupa Parlamentosu Hukuk İşleri Komisyonu, 27 Ocak 2017 tarihinde yayımlanan Robotik Tavsiye Raporu'nda, robotlara (ve bu kapsamda yapay zekâlara) uzun vadede "elektronik kişilik" vermeyi önermiştir.⁴²

Avrupa Birliği'nde robotik alanda çalışmalar yapan "euRobotics", robotlara ve yapay zekâya, hukuk düzeni

⁴⁰ M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014), 8; Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili* (Konya: Mimoza Yayınları, 2015), 17.

⁴¹ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 87; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 217.

⁴² Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 88; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 220.

tarafından kendisine farazi olarak kişilik tanınan tüzel kişilik örneğinden yola çıkarak elektronik kişilik tanınması gerektiğini belirtmektedir.⁴³ "euRobotics", elektronik kişilik önerisiyle yapay zekânın tıpkı bir tüzel kişi olan şirketlerde olduğu gibi resmi sicile tescil ile kişilik kazanabileceğini ve şirketlerin kuruluşu sırasında kendilerine öngülenen parasal değerler gibi yapay zekâlara da kendisinden faydalanacak kimseler tarafından karşılanacak bir fon ile yapay zekânın sebep olacağı zararların tazmin edebileceğini belirtmektedir.⁴⁴

Elektronik kişilik önerisini savunan diğer yazarlar da, "euRobotics" in önerisine katılmakta olup, gelecekte yapay zekâ ve robotlardaki otonominin artması ile yapay zekâların belli bir karar alma kapasitesine erişebileceklerini, böylece yapay zekâların kendi çıkarlarının söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Yazarlar, yapay zekâyâ kişilik verilmesinin kademeli bir şekilde gerçekleşmesini, yapay zekânın üçüncü kişilere verdiği zararın öncelikle mevcut kusursuz sorumluluk halleri kapsamında düzenlenmesini,⁴⁵ yapay zekânın otonomisinin artması ile yapay zekâyâ elektronik kişilik tanınması gerektiğini belirtmektedirler.⁴⁶ Ayrıca, Robotik Tavsiye Raporu'nda, yapay zekâyâ kişilik tanınması ile birlikte, yapay zekânın davranışıyla verdiği zarar arasında uygun illiyet bağının ispatı ile oluşabilecek yapay zekâyâ özgü bir kusursuz sorumluluk öngörülmesi ve bu halde tüzel veya gerçek kişilerin sorumluluğunun azalması (yapay zekânın otonomisinin artması nedeniyle) gerektiği belirtilmiştir.⁴⁷

⁴³ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 89; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 220.

⁴⁴ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 89.

⁴⁵ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 90.

⁴⁶ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 91.

⁴⁷ Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 184.

Yapay zekânın üzerindeki insan kontrolünün azalması ile ters orantılı olarak yapay zekâ otonomi kazanmaktadır. Ancak bu ters orantıdaki otonomi derecesi her yapay zekâ için aynı değildir. Elektronik kişilik görüşüne katılmakla birlikte, aynı zaman diliminde pek çok farklı amaç için farklı çeşitlerde üretilen, farklı otonomi seviyelerine sahip olan yapay zekâların sebep olabileceği zararlar açısından otonomi seviyelerine göre hukuki değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

2. Tüzel Kişilik Görüşü

Yapay zekâlar, insanların kontrolünde bulunan basit makinelerden tamamen farklı bir konumda olup, belli düzeyde otonomiye sahiptirler. Bu görüşe göre, insan dışındaki varlıkların gerçek kişi olarak kabulü, fiili ve felsefi açıdan mümkün görünmemekle birlikte,⁴⁸ yapay zekâlara dernek ve vakıflardaki gibi tüzel kişilik tanınmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir. Böylece, yapay zekâlar insanlar gibi gerçek kişi olmasalar bile, belli hak ve sorumluluklara sahip özne olarak eşyalardan ayrı bir konumda olacaklardır.⁴⁹

3. Yapay İnsan Görüşü

“euRobotics” tarafından ileri sürülen, ontolojik ve ahlâki olarak tartışılan bir diğer öneri, yapay zekâyâ “Yapay İnsan” statüsünün verilmesidir. Bu öneride; yapay insanlığın ne zaman

⁴⁸ Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” 219; Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar,” 379.

⁴⁹ Kara Kılıçarslan, “Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar,” 380.

ortaya çıkacağı, sona ereceği, doğum ve ölüm sicilinin nasıl olacağı hususları yanıtlanmamıştır.⁵⁰

4. Yapay Vekil/Temsilci Görüşü

Bu görüşte, yapay zekâ ile insan arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olarak kabul edilip, yapay zekânın insanın vekili olması ileri sürülmektedir. Bu görüşe karşı itirazlar ileri sürülmüştür. Söz konusu itirazlara göre, vekâlet ilişkisinin dayanağı vekâlet sözleşmesi olup, yapay zekânın vekil olarak geçerli rıza beyanında bulunabilmesi, kişi olmadığından ötürü sözleşme yapamayacak olması ve insan düzeyinde ayırt etme gücüne sahip olmaması vekil/temsilci görüşünü zayıflatmaktadır.⁵¹

5. Kölelik Görüşü

Kölelerin eşya statüsünün yapay zekâlar ve otonom robotlar için de uygulanmasını savunan bu görüş, insanın kendi ürettiği ürünler üzerinde mülkiyet hakkının olduğu ve insan ürünü olan yapay zekâ ile robotların eşya statüsünde kalması gerektiğini belirtmektedir.⁵² Yapay zekâların gelecekte otonomisinin artması ve belki de bir bilinçlerinin olması ihtimalinde, sınırlandırılmaları amacıyla Roma Hukuku'nda uygulanmış olan kölelik kurumunun robotlara uygulanması gerektiğini, tarihte bunun örneklerinin görüldüğünü belirtmektedirler. Nitekim Roma Hukuku'nda, kişi olarak sayılmayan ve kendi adına hak ve borç sahibi olamayan köle, efendisinin izni ve

⁵⁰ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 92.

⁵¹ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 92.

⁵² Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 95; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 218.

talimatları doğrultusunda ve efendisinin sorumlu tutulabileceği hukuki işlemler yapabilmektedir.⁵³

Kölelik kurumunun kaldırılmasının, yüzyıllar süren zorlu çatışmalar ve mücadeleler sonucu gerçekleştiği ve çağdaş hukuk sistemlerince kölelik kurumunun kabul edilmediği⁵⁴ göz önüne alınırsa, gelecekte belli bir bilinç düzeyine erişen, hareketleri öngörülemeyen yapay zekâlara kölelik kavramı altında eşya statüsünün tanınması çeşitli sosyal sorunlara yol açabilecektir.

IV. TÜRK HAKSIZ FİİL HUKUKU KAPSAMINDA YAPAY ZEKÂ

A. Genel Olarak

Haksız fiil, borcun kaynaklarından birini teşkil etmekte olup, tazminat borcunun kaynağıdır. Haksız fiil, kişilerin genel davranış kurallarına aykırı hareket etmek suretiyle hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar vermesidir.⁵⁵ TBK m. 49-76 hükümlerinde düzenlenen haksız fiil sorumluluğunda kural “kusur sorumluluğu” olmakla birlikte, yasal düzenlemelerle ve Yargıtay içtihatları ile “kusursuz sorumluluk” halleri öngörülebilmektedir.⁵⁶ Kusur sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 49 vd. hükümleri çerçevesinde kusur sorumluluğunun şartları; fiil, hukuka aykırılık, zarar, nedensellik bağı ve kusurdur. Özel hükümle düzenlenmemiş konularda TBK m. 49 vd. hükümleri uygulanır.

Buna karşılık, kusursuz sorumluluk hallerinde; fiil, hukuka aykırılık, zarar ve nedensellik bağı unsurları kusursuz

⁵³ Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Hukukunda Actio De Peculio,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 2 (2005): 104.

⁵⁴ Bak, “Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk,” 219.

⁵⁵ Sanlı, *Haksız Fiil*, 94.

⁵⁶ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018), 6.

sorumluluğun varlığı için yeterlidir. Kusursuz sorumluluğun kabulünde birtakım ilkeler benimsenmiştir. Bunlar; dikkat ve özen ilkesi (olağan sebep sorumluluğu), hakkaniyet ilkesi ve tehlike ilkesidir. Dikkat ve özen ilkesinde, kusursuz sorumlu tutulan kişi, kendisine düşen dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemiştir. Bu nedenle, doğan zarardan kusuru bulunmasa da sorumlu tutulur. Şunu önemle belirtmek gerekir ki, kusursuz sorumluluk, ağır bir sorumluluk türüdür. Çünkü zarara sebebiyet veren kişi, kusuru olmasa bile sorumlu tutulabilmektedir.

Olağan sebep sorumluluğu olarak da adlandırılan dikkat ve özen ilkesine dayanan kusursuz sorumluluk hallerine örnek olarak; adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66),⁵⁷ hayvan bulunduranın sorumluluğu (TBK m. 67), ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369), yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) verilebilir. Ancak olağan sebep sorumluluğunu da kendi içinde “kurtuluş kanıtı getirme imkânı olan olağan sebep sorumluluğu” ve “kurtuluş kanıtı getirme imkânı olmayan olağan sebep sorumluluğu” şeklinde bir ayrıma tabi tutmak gerekir. TBK m. 66, m. 67 ve TMK m. 369 kanun koyucunun

⁵⁷ Kanun koyucunun, TBK m. 66'nın başlığında “Adam çalıştıran” kavramını kullanması hem hukuki hem de sosyolojik açılarından yanlıştır. Türk Dil Kurumu'na (TDK) göre, “adam” sözcüğü toplam dokuz anlama gelmekte olup, birinci anlamı “insan”dır. TBK m. 66'daki “adam” sözcüğünü birinci anlamıyla, yani “insan çalıştıran” olarak kabul edersek, yanında insan niteliğine sahip olmayan bir varlık (örneğin, yapay zekâ ve/veya robot) çalıştıran için TBK m. 66 hükmü uygulanabilir olmaktan çıkacaktır. Bu yönüyle, TBK m. 66'nın başlığı isabetli değildir. İkinci olarak, her ne kadar “adam” sözcüğünün birinci anlamı “insan” olsa da, toplumumuzda sosyolojik bir gerçeklik olarak “adam” sözcüğü ikinci anlamı olan “erkek kişi” yerine kullanılmaktadır. Bu nedenle de, TBK m. 66'nın başlığı kabul edilebilir değildir. Dolayısıyla, belirttiğimiz nedenlerden ötürü, TBK m. 66'nın başlığına sadece “Çalıştıranın Sorumluluğu” denmesi hem hukuki hem de sosyolojik bakımdan daha doğru olurdu.

kurtuluş kanıtı getirme imkânı sunduğu olağan sebep sorumluluğu halleridir.⁵⁸ Buna göre, kusursuz sorumlu kişi, zararın ortaya çıkmaması için gerekli dikkat ve özeni gösterdiğini veya bu dikkat ve özeni gösterseydi bile zararın kaçınılmaz olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.⁵⁹ Öte yandan, TBK m. 69'daki yapı malikinin sorumluluğu ile TMK m. 730'daki taşınmaz malikinin sorumluluğunda ise kurtuluş kanıtı getirilemeyen olağan sebep sorumluluğu söz konusudur. Bu yönüyle, tehlike sorumluluğuna yaklaşmaktadır.⁶⁰

Kusursuz sorumlulukta diğer bir ilke, hakkaniyet ilkesidir. Bazı kişiler hakkaniyet düşüncesiyle kusuru olmasa da doğan zarardan sorumlu tutulabilmektedir. Bunun en tipik örneği TBK m. 65 hükmünde düzenlenmiş olan ayırt etme gücü bulunmayan kişinin kusursuz sorumluluğudur. Burada, bir kişinin haksız fiilden sorumlu tutulabilmesi için haksız fiil ehliyetine sahip olması gerektiği kuralına istisna getirilmektedir. Fail kusurlu hareket edebilme ehliyetine sahip olmasa bile, hakkaniyet gereği sorumlu tutulabilmektedir. Buna göre, *“Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verebilir.”* (TBK m. 65).

Tehlike sorumluluğu, kusursuz sorumluluğun kabul edilmesindeki diğer bir ilkedir. Başkalarının can ve mal

⁵⁸ Kusursuz sorumlu tutulan kişinin kurtuluş kanıtı getirme imkânı, onun kusursuzluğunun ispatı anlamına gelmemektedir. Nitekim bu yaklaşım, 27.3.1957 tarihli ve 1/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda da benimsenmiştir. Kusursuz sorumlu kişi, kusursuz olmadığını iddia ve ispat edemez ancak, zarar verici olayın gerçekleşmemesi için gerekli tüm dikkat ve özeni gösterdiğini iddia ve ispat edebilir. Bkz. Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 326.

⁵⁹ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 326.

⁶⁰ TBK m. 69 ve TMK m. 730 hükümlerinin dikkat ve özen ilkesine mi yoksa tehlike ilkesine mi dayandığı doktrinde de tartışmalıdır. Bkz. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, 326.

güvenliğine zarar verebilecek tehlikeli faaliyetler ya da mallar nedeniyle kabul edilen bir kusursuz sorumluluk halidir. Tehlikeli faaliyetlerde bulunan kişiler ya da tehlike yaratan tesislerin sahipleri doğan zarardan kusursuz şekilde sorumlu tutulmuştur. Tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumlulukta, olağan sebep sorumluluğundan farklı olarak kusursuz sorumlu kişiye kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanınmamıştır. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hali yer almamaktaydı. Tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk hallerine özel yasalarda yer verilmekteydi. Yasa koyucumuz, TBK m. 71 hükmü ile "Tehlike Sorumluluğu ve Denkleştirme" kenar başlığı altında genel bir tehlike sorumluluğu öngörmüştür. Buradan hareketle, tehlike sorumluluğunu kendi içinde ikiye ayırmak mümkündür. Birincisi, TBK m. 71'de düzenlenen genel tehlike sorumluluğu, ikincisi ise diğer kanunlarda düzenlenen özel tehlike sorumluluğu halleridir. Özel tehlike sorumluluğu hallerine örnek olarak şunlar verilebilir:

- 2918 sayılı "Karayolları Trafik Kanunu" m. 85 (motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğu),
- 2872 sayılı "Çevre Kanunu" m. 28 (çevreyi kirletenlerin kusursuz sorumluluğu),
- 3634 sayılı "Milli Müdafaa Mükellefiyeti Kanunu" m. 62/I (Devletin askeri manevra ve atışlar nedeniyle doğan zarardan kusursuz sorumluluğu),
- TMK m. 1007 (Devletin tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlarda sorumluluğu),
- 6326 sayılı "Petrol Kanunu" m. 86 (petrol hakkı sahibinin petrol arama ya da işleme faaliyetlerinden dolayı doğan zararlardan sorumluluğu),
- 6502 sayılı "Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun" m. 11/II ve m. 30/IV (üretici, ithalatçı ve bağlı kredi verenin kusursuz sorumluluğu),
- 4703 sayılı "Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun" m.

5/IV (üreticinin piyasaya güvenli olmayan ürünleri arz etmesinden doğan zarardan kusursuz sorumluluğu),⁶¹

⁶¹ 4703 sayılı “Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun” uygulama alanı bulur. 4703 sayılı Kanun uyarınca, üretici piyasaya sadece güvenli ürünleri arz etmekle yükümlü (m. 5/III) olup, aksi durumda kusursuz sorumluluğu (m. 5/IV) söz konusudur. 4703 sayılı Kanun m. 5/IV hükmünde, sorumlulara kurtuluş kanıtı getirmek suretiyle sorumluluktan kurtulma olanağı tanınmıştır. Buna göre, üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatlarsa sorumluluktan kurtulur. 4703 sayılı Kanun m. 5/IV hükmünün uygulanması için taraflar arasında bir tüketici işleminin varlığı aranmamaktadır. Taraflar arasındaki hukuki işlem bir ticari iş niteliğinde bile olsa, söz konusu madde hükmü uygulanabilecektir. Öte yandan, 4703 sayılı Kanunu yürürlükten kaldıran 7223 sayılı “Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu” 12 Mart 2020 tarihli ve 31066 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış olup, 12 Mart 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir. 12 Mart 2021 tarihine kadar 4703 sayılı Kanun yürürlüğünü sürdürecektir. 7223 sayılı Kanun, Avrupa Birliğine uyum kapsamında hazırlanmış olup, en önemli amacı tüm ürünlerin güvenli ve teknik mevzuata uygun olarak piyasaya arz edilmesidir. 7223 sayılı Kanun ile piyasada kaliteli ve güvenli ürün arz eden imalatçılar, ihracatçılar ve ithalatçıların rekabet gücünü artıracak önemli düzenlemeler getirilmiştir. 7223 sayılı Kanun m. 6’da ürün sorumluluğu tazminatı düzenlenmiştir. Buna göre, piyasaya arz edilmesi hedeflenen, arz edilen, piyasada bulundurulmuş veya hizmete sunulan bir ürün, bir kişiye veya bir mala zarar verirse, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür. İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağıını ispat etmesi zorunludur. Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar. İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür. 7223 sayılı Kanun m. 21/III uyarınca, imalatçı aşağıdaki şartlardan birini ispatladığı takdirde, m.6’da öngörülen tazminat sorumluluğundan kurtulur. Söz konusu şartlar (m. 21/II) şunlardır: (1) Ürünü piyasaya kendisinin arz etmediği, (2) Uygunsuzluğun dağıtıcının veya üçüncü bir tarafın ürüne müdahalesinden

- 5977 sayılı Biyogüvenlik Kanunu m. 14/I (GDO ve ürünleri ile ilgili faaliyette bulunanların doğan zararlardan kusursuz sorumluluğu).

Bu çalışmada, yapay zekâlar, haksız fiil sorumluluğu özelinde ele alınmakta olup, bunun dışındaki borç kaynakları çalışmamızın kapsamına dâhil edilmemiştir. TBK ve diğer kanunlarda, yapay zekâların kişiliğine ve yapay zekâların haksız fiil sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlardan kimin ne şekilde sorumlu olduğunun tespiti, mevcut yapay zekâ tipleri ve bunların otonomi düzeyleri dikkate alınarak uygun düştükleri ölçüde mevzuattaki haksız fiil sorumluluğu hükümlerine göre yapılmalıdır.

Yapay zekâların haksız fiille zarara sebebiyet vermesi durumunda, tazminat sorumluluğunun kusur ve kusursuz sorumluluk çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu değerlendirmede, kolaylık sağlaması açısından toplam dört türe ayrılan yapay zekâların 1. ve 2. tipleri bir arada, 3. ve 4. Tipleri de birlikte ele almaktayız. Şöyle ki, günümüzde var olan 1. ve 2. tip yapay zekâların birlikte değerlendirilmesinin nedeni, otonomi düzeylerinin üreticileri tarafından önceden belirlenen amacı gerçekleştirmeye yönelik olmaları ve insana benzer

veya kullanıcıdan kaynaklandığı, (3) üründeki uygunsuzluğun, teknik düzenlemelere veya diğer zorunlu teknik kurallara uygun olarak üretilmesinden kaynaklandığı. Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra üçüncü bir kişinin fiili veya ihmalinden kaynaklanmış olması imalatçının m.6'da düzenlenen tazminat sorumluluğunu azaltmaz. Ancak, imalatçının üçüncü kişiye rücu hakkı saklıdır. Zararın, üründeki uygunsuzluğun yanı sıra zarar görenin veya zarar görenin sorumluluğundaki bir kişinin kusurundan kaynaklanmış olması halinde, imalatçının m. 6'da düzenlenen tazminat sorumluluğu, hal ve şartlara göre azaltılabilir ya da kaldırılabilir.

şekilde düşünememeleridir.⁶² Gelişmiş bir otonomi düzeyine sahip olan 3. ve 4. tip yapay zekâların birlikte değerlendirilmesinin nedeni ise bunların kendinin bilincinde olan yapay zekâlar olmaları, insan duygularını anlayabilmeleridir.⁶³ Dolayısıyla, birbirine yakın olan yapay zekâ tiplerinin birlikte değerlendirilmesinin daha uygun olacağını düşündük.

1. Yapay Zekânın Kusur Sorumluluğu Açısından Değerlendirilmesi

Yapay zekâlar, pek çok amaç için üretilip kullanılabilen, insanlarla etkileşime girebilmekte, bu etkileşim sonucunda insanların malvarlığı ve kişilik haklarına zarar verebilme riskleri gündeme gelmektedir.⁶⁴ Ancak, günümüzdeki yapay zekâların otonomi seviyeleri, onlara kusur atfedebilecek derecede gelişmemiştir. Çünkü günümüzde 1. ve 2. tip yapay zekâlar mevcuttur.⁶⁵ Bunlar, eşya statüsünde olduklarından,⁶⁶ haksız fiilden dolayı tazminat sorumlulukları bulunmamaktadır.

⁶² Bak, "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ," 175; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9. Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>.

⁶³ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 22; Bozkurt Yüksel ve Bak, "Yapay Zekâ," 9; Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 213. Bkz. erişim tarihi: Ekim 30, 2019, <https://futurism.com/wp-content/uploads/2016/12/AI-v2-1200x3999.jpg>.

⁶⁴ Sinan Sami Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 7, no. 13 (Haziran 2019): 43.

⁶⁵ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 213.

⁶⁶ Ersoy, *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, 75; Çetin, "Hukuki Sorumluluk," 54.

Buna karşılık, yapay zekânın üretimi, kullanımı ve geliştirilmesi aşamalarına katılan paydaşlardan herhangi birinin, bu aşamalarda kusurlu davranışı sonucu zarar meydana gelmiş olabilir.⁶⁷ Bu durumda, zarar veren yapay zekânın üretimine katılan üreticilerin, tasarımcıların, onu kullanan ve üzerinde sahiplik iddia eden kişilerin kusurlarından dolayı sorumluluk doğabilecektir. Örneğin, yapay zekâ ile ilgili kodları yazan mühendisin kusurlu bir şekilde hatalı kod yazması nedeniyle üçüncü kişi zarar görürse, mühendisin zararı tazmin sorumluluğu doğabilecektir. Başka bir örnekte ise yapay zekâyâ sahip bir robotu kullanan bir kişinin, kendisinden beklenen dikkat ve özeni göstermemesi sonucu zarar meydana gelebilir. Bu durumda da, robotu kullanan kişinin haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Bu noktada, yapay zekânın birden çok kişi tarafından anonim olarak üretilmesi durumunda ortaya çıkan zarardan kimlerin sorumlu olacağını tespiti temel bir soruna işaret etmektedir. Öyle ki, anonim üretimlerde haksız fiil zararından kimlerin sorumlu olacağı veya yapay zekâ kendi kodlarını değiştirmeyi öğrenmişse ve bu durumda bir zarar meydana gelmişse bundan kimin ya da kimlerin sorumlu olacağını tespit etmek bir hayli zorlaşmaktadır.⁶⁸

Yapay zekâ teknolojisi her geçen gün daha da gelişmektedir. Bu bağlamda, 3. ve 4. tip yapay zekâların üretilmeleri an meselesi olup, 3. ve 4. tip yapay zekâlar kendinin bilincinde olan yapay zekâ türleridir. Bu nedenle, otonomileri 1. ve 2. tip yapay zekâlardan daha fazladır. Bu durum, 3. ve 4. tip yapay zekâlar için kusur sorumluluğunu tartışmalı hale getirmektedir.

⁶⁷ Çetin, "Hukuki Sorumluluk," 56.

⁶⁸ Ebru Armağan ve Yüksel Bozkurt, "Robot Hukuku," *TAAD*, no. 29 (Ocak 2017): 99.

2. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk hallerinde, haksız fiilin diğer unsurları mevcut ise kişi meydana gelen zarardan kusuru olmasa bile sorumlu tutulmaktadır. Kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin zararı kusursuz sorumluluk öngören normların amacı kapsamında kalmalı,⁶⁹ başka bir ifade ile hukuka aykırılık bağı sağlanmalıdır. Türk Hukukunda kusursuz sorumluluk halleri; tehlike, hakkaniyet, hâkimiyet ve fedakârlığın denkleştirilmesi esaslarına dayanmaktadır.⁷⁰ Günümüzde kendilerine kişilik tanınmayıp, eşya statüsünde kabul edilen yapay zekâların sebep olduğu zararların nasıl tazmin edileceği hususunda kanun koyucu tarafından özel bir kusursuz sorumluluk hali öngörülmemiştir.⁷¹ İstisnaların dar yorumlanması⁷² ilkesi gereğince, yapay zekâ ve robotlara ilişkin yeni bir kusursuz sorumluluk hali de öngörülememektedir.⁷³ Ancak çeşitli yapay zekâ tiplerinin zarara sebebiyet vermesi halinde yürürlükteki kusursuz sorumluluk kurallarının uygulanıp uygulanamayacağı irdelenmelidir.

a. Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

TBK m. 66 uyarınca, adam çalıştıran çalışanın işi yapması sırasında, yaptığı iş nedeniyle üçüncü kişilere verdiği zarardan sorumlu olur ve adam çalıştıranın çalışanını seçerken, işiyle ilgili

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 136; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 660.

⁷⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 7.

⁷¹ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 222.

⁷² Oğuzman ve Barlas, *Medeni Hukuk*, 72.

⁷³ Çetin, "Hukuki Sorumluluk," 54.

talimat verirken ve denetlerken gereken objektif özeni göstermediği kabul edilir.⁷⁴ TBK m. 66 kapsamında adam çalıştıran ve adam çalıştırmanın emir ve talimatı altında bulunan bir çalışan ilişkisinden (istihdam) bahsedebilmemiz için, çalışanın kendi fiillerinden sorumlu tutulabilen bir gerçek kişi olması gerekmektedir.⁷⁵ Günümüzde adam çalıştırmanın işinin yapılması sırasında hukukumuzda eşya olarak kabul edilen ve kişi niteliğine sahip çalışan olmayan yapay zekâ ve otonom makinelerin kullanılması sonucu, üçüncü kişilerin zarar görmesi durumunda TBK m. 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu otonomi derecesinin düşük olduğu 1. ve 2. tip yapay zekâlarda gündeme gelmeyecektir. Ayrıca 3. ve 4. tip yapay zekâ örneklerinin görülmesi halinde, mevcut hukuk sistemimizde bu yapay zekâların eşya olarak tanımlanması ve TBK m. 66'nın gerçek kişi çalışana araması nedeniyle adam çalıştırmanın sorumluluğu bu yapay zekâ tipleri açısından da söz konusu olmayacaktır. Ancak 3. ve 4. tip yapay zekâlara gelecekte "elektronik kişilik" tanınması halinde, TBK m. 66 hükümlerine gidilmesi mümkün olabilecektir.

b. İfa Yardımcısı Bakımından Değerlendirme

Borçlunun rızasıyla borcun ifasına yardımcı olunması amacıyla ifaya katılan gerçek veya tüzel kişi TBK m. 116 uyarınca ifa yardımcılarıdır.⁷⁶ Yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, ifaya katılan kişi kullanan ile ifaya

⁷⁴ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 695.

⁷⁵ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 223; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 143; Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 49.

⁷⁶ M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 429; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1042.

katılan kişinin fiilinden zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmalıdır.⁷⁷

TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğunda adam çalıştırılan kişinin gerekli objektif özeni göstermesi halinde meydana gelen zararı tazminden kurtulabilmesi mümkün olup; TBK m.116'da düzenlenen ifa yardımcısının sorumluluğunda ise yardımcı kişi kullanan; yardımcı kişiyi seçmede, denetlemede ve talimat vermede objektif olarak yeterli özeni gösterdiğini ispatlarsa bile meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür.⁷⁸ Doktrindeki bir görüşe göre, günümüzde görülen sınırlı otonomiye sahip olan 1. ve 2. tip yapay zekâlar açısından işin görülmesi sırasında verilen kararlar büyük oranda bunları ifade kullanan borçlu kişilere ait olduğundan yapay zekâlarca verilen zararlar için kıyasen borçlunun rızası ile ifaya katılan ifa yardımcısına ilişkin hükümlerin uygulanabileceği belirtilmektedir.⁷⁹ Kanaatimizce, 3. ve 4. tip yapay zekâları kullananların ifa yardımcısı olarak sorumluluğu, TBK m. 116 uyarınca ifaya katılan ifa yardımcısının sadece gerçek kişi olmasının zorunlu olmaması, tüzel kişi olabilmesi⁸⁰ nedeniyle, "euRobotics" tarafından önerilen tüzel kişiliğe benzer bir kişilik öngören "elektronik kişilik" önerisinin uygulanmasında söz konusu olabilecektir.

⁷⁷ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1: 427.

⁷⁸ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1: 436.

⁷⁹ "Otomatik veya elektronik makineleri borçlarının ifası sırasında kullananların, bu makineleri kullandıkları sırada makinelerin sebep olduğu zararlardan TBK m. 116'ya kıyasen yardımcı kişilerden yararlanan borçlu gibi sorumlu tutulmasını savunmaktadır." bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1: 11. Baskı, 433; Yüce, "Hasta Hekim İlişkisinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar," 500; Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 48.

⁸⁰ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 1: 429.

c. Hayvan Bulunduranın Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

TBK m. 67 ve m. 68 hükümleri, hayvan bulunduranın sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre *bir hayvanın bakımını ve yönetimini geçici veya sürekli üstelenen kişi* hayvan bulunduran olarak tanımlanır ve o hayvan üzerinde fiili egemenlik sahibi olduğu kabul edilerek, hayvanın üçüncü kişilere zarar vermemesi için gereken tedbir ve özeni gösterme zorunluluğu bulunmaktadır.⁸¹ Aksi halde, gerçek veya tüzel kişi olabilen hayvan bulunduran, fiili egemenliği altında bulundurduğu içgüdüleri ile hareket edebilen, belli bir zekâya sahip olan hayvanlarının verdikleri zarardan sorumlu olurlar.⁸²

Yapay zekâlar günümüzde hayvanlar gibi mülkiyetin konusu olarak kabul edilseler de, yapay zekâların günümüzde görülen örnekleri (1. ve 2. tip yapay zekâlar) bile belli alanlarda insan zekâsından daha hızlı ve gelişmiş özellikler gösterebilmektedir. Yapay zekânın tüm tiplerinde söz konusu olan makine öğrenmesi ve derin öğrenme nedeniyle, yapay zekâlar hayvanlardan, bazı hallerde insanlardan daha hızlı bir şekilde etraflarına adapte olabilmektedir. Bir görüşe göre, hayvanların sahip oldukları dürtüler; yapay zekâda (1. ve 2. tip yapay zekâlarda) olmayıp, yapay zekânın hareketleri belli bir algoritmanın sonucudur. Bu nedenle, hayvanın sebep olduğu zararlara ilişkin sorumluluk hükümlerinin yapay zekâ için uygulanamayacağı savunulmaktadır.⁸³ Yapay zekâ ve hayvanlar arasındaki tüm bu farklılıklarına rağmen, bir başka görüş, yapay

⁸¹ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 156; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 718-719.

⁸² Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 161; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 721-722.

⁸³ Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk," 223.

zekânın (1. ve 2. tip yapay zekâlar açısından) var olan otonomluğundan ötürü yapay zekâların bazı durumlarda, yapay zekâyı kullananın emir ve talimatlarının aksi yönünde veya herhangi bir talimatı olmaksızın hareket etmeleri mümkün olduğunu belirtmektedir.⁸⁴ Bu görüştekiler, söz konusu gerekçeyle hayvan idare edenin sorumluluğu hükümlerinin kıyasen yapay zekâlara uygulanabileceğini savunmaktadır.⁸⁵ Günümüzde görülmeyen 3. ve 4. tip yapay zekâ örnekleri açısından gelişmiş otonomiye ve bilince sahip olmaları nedeniyle hayvan bulunduranın sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasının yetersiz kalacağı kanaatindeyiz.

Kanaatimizce, hayvanların belli uyaranlar karşısında verebilecekleri tepki çeşitleri sınırlı olup, tüm yapay zekâ tiplerinin sahip olduğu algoritmaları nedeniyle bu sınır söz konusu olamayacaktır. Örneğin, yüksek sestem üren köpeğin içgüdüsel hareketi kaçma veyahut ses kaynağına saldırma şeklinde olup, köpeğin tasmaşının veya ağızlığının takılması, bahçede tutulması gibi tedbirler alınabilecektir. Yapay zekânın ise yüksek sese karşı vereceği tepkinin ne olacağı öngörülememekte ve zararın önlenmesi için ne şekilde tedbir alınması gerektiği belirlenememektedir. Bu nedenle, yapay zekâ çeşitlerinin sebep olduğu zararlarda hayvan bulunduranın sorumluluğu hükümlerine gidilmesi isabetli olmayacaktır.

d. Ev Başkanının Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

Ev başkanının sorumluluğu, TMK m. 367 ve m. 369 arasında düzenlenen, ev başkanının objektif özen yükümlülüğünün ihlaline dayanan ve kurtuluş kanıtı getirebilen bir kusursuz

⁸⁴ Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 50.

⁸⁵ Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 50.

sorumluluk halidir.⁸⁶ Ev başkanının sorumluluğu, TMK m. 369 uyarınca, ev başkanının hâkimiyeti altında olan ve ev topluluğu içinde bulunan küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıflığı olan kişilerin ev topluluğu içindeki veya dışındaki 3. kişilere zarar vermesi halinde söz konusu olur.⁸⁷ Bu halde, ev başkanının zarara sebep olan küçük, kısıtlı, akıl hastası veya akıl zayıflığı olan kişiler üzerinde göstermesi gereken denetim ve özen yükümlülüğünü göstermediği kabul edilerek, meydana gelen zarardan ev başkanının kusursuz sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁸⁸

Ev başkanı, hayatın olağan akışında göstermesi gereken tüm dikkat ve özenle zarar veren kişiyi gözettiğini veya göstermesi gereken tüm dikkat ve özenle zarar vereni gözetseydi de zararın meydana geleceğini ispatlarsa sorumluluktan kurtulmaktadır.⁸⁹ Ev başkanının sorumluluğu, ev topluluğu içerisinde olup, korunup gözetilmesi gerekli olan ve kanunda sınırlı sayıda belirtilen⁹⁰ kişilerin verdiği zarara ilişkindir.⁹¹ Bu nedenle kanunda sınırlı sayıda belirtilen “kişi”lerden biri olarak kabul edilmeyen yapay zekâların tüm çeşitlerinin verdikleri zararların TMK m. 369’un koruması kapsamına alınamayacağı kanaatindeyiz.

⁸⁶ Emine Koçano Rodoslu, "Ev Başkanının Sorumluluğu," *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63, no. 4 (2014): 881.

⁸⁷ Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve M. Alper Gümüş, *Aile Hukuku*, Cilt 3, *Türk Özel Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 376; Emine Koçano Rodoslu, "Ev Başkanının Sorumluluğu," 888.

⁸⁸ Dural, Öğüz ve Gümüş, *Aile Hukuku*, 3: 375-376; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 725-726.

⁸⁹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 731.

⁹⁰ Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 49.

⁹¹ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 726.

e. Yapı Malikinin Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

TBK m. 69'a göre arazinin altına veya üstüne, insan eliyle inşa edilmiş, doğrudan doğruya/dolaylı toprağa bağlı olan sabit şeyler yapı⁹² olarak kabul edilmektedir. Bu sorumluluk hali, bir şeyden en fazla yararlanan kişi olunması nedeniyle söz konusudur.⁹³ Yapı malikinin sorumluluğunda, yapı maliki yapı üzerinde hâkimiyet kurduğundan dolayı o yapının bakımındaki eksiklik veya bakımındaki bozukluktan kaynaklanan her türlü zararı tazminden sorumlu tutulmuştur.⁹⁴ Yapı maliki gereken özeni gösterdiğini ispatlayarak sorumluluktan kurtulamamaktadır.⁹⁵ Yapay zekâların büyük bir kısmı, fiziksel varlığı olmayan yazılımlar ve araziye sürekli bağlı bulunmayan hareket kabiliyetine sahip robotlardır. Bu nedenle, herhangi bir tür yapay zekânın verdiği zararın TBK m. 69 kapsamında korunamayacağı açıktır.⁹⁶ Ancak yapay zekâların herhangi bir türünün yapı niteliğini taşıması halinde, yapı malikinin sorumluluğu kuralı şartları bulunuyorsa uygulanabilir.

f. Genel Tehlike Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

Yapay zekânın araç olarak kullanıldığı bir işletmedeki işin niteliği çoğu zaman önemli ölçüde tehlike arz etmese dahi, günümüzde görülen belli derecede otonomiye sahip yapay zekâların (1. ve 2. tip) geliştirdikleri adaptasyon yetenekleri ile yaptıkları öngörülemez nitelikteki davranışları sonucu, işletme

⁹² Mehmet Ayan, *Eşya Hukuku III Mülkiyet* (Konya: Mimoza Yayınları, 2014), 296; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 169.

⁹³ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 9 ve 169.

⁹⁴ Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 169; Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 733.

⁹⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 734.

⁹⁶ Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 49.

tehlikeli işletme özelliği kazanabilmektedir. Örneğin, 2017 yılında ABD'nin Michigan eyaletinde, önemli ölçüde tehlike arz etmeyen niteliğe sahip araba parçaları üreten bir firmada, yapay zekâyâ sahip robotun çalışan bir teknisyenin üzerine yüzlerce kilo ağırlığında araba parçası fırlatması sonucu teknisyen sıkışarak ölmüştür.⁹⁷ Yaşanan bu ve buna benzer olaylar insanlarla yapay zekâyâ sahip robotların birlikte çalıştığı işletmelerin, tehlike arz eden işletme olarak kabulünü mümkün kılmaktadır. Yapay zekânın otonom davranışı sonucu, ilgili işte uzman bir kişinin göstereceği tüm özen ve dikkate rağmen üçüncü kişilerin sıkça ve ağır zarar görme ihtimalleri bulunuyorsa, işletme önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olarak kabul edilerek tehlike sorumluluğu söz konusu olabilir.⁹⁸ İleride çevresine adapte olma yeteneği yüksek olan ve insanın bilinç/düşünce düzeyine yakın otonomiye sahip 3. ve 4. tip yapay zekâların görülmesi halinde, bu yapay zekâların kendi kendine karar alabilmeleri sonucu meydana gelecek zararlarda TBK m. 71'in uygulanması söz konusu olabilecektir.

g. Özel Tehlike Sorumluluğu Bakımından Değerlendirme

Yapay zekânın haksız fiille zarara sebebiyet vermesi durumunda, üreticinin piyasaya güvenli olmayan ürünleri arz etmesinden doğan zarardan kusursuz sorumluluğu düzenleyen⁹⁹ 4703 sayılı Kanun m. 5/IV ve 7223 sayılı Kanun m.

⁹⁷ "Kontrolde çıkan robotlar işçi kadını sıkıştırarak öldürdü," gzt.com, erişim tarihi: Aralık 2, 2019, <https://www.gzt.com/bilim-teknoloji/kontrolde-cikan-robotlar-isci-kadini-sikistirarak-oldurdu-2890871>.

⁹⁸ Akkurt, "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk," 51.

⁹⁹ Aynı görüşte bkz. Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2: 240-243; Zarife Şenocak, "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları," *Terazi Hukuk Dergisi*

6 ve 21 hükümleri; yüksek otonomi seviyesine sahip olmamaları ve üreticileri tarafından imal edilirken kullanılan kodları değiştirememeleri nedeniyle 1. ve 2. tip yapay zekâlar bakımından uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık, 3. ve 4. tip yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlardan ötürü anılan kanun maddelerini uygulamak mümkün değildir. Çünkü bu tip yapay zekâlar belirli bir otonomiye sahip olduğundan, bunların üreticinin imalinden sonra güvenli olmayan hale geldikleri ve kodlarında birtakım değişiklikler yaşandığını tespit edebilmek mümkün gözükmemektedir.

V. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk hukukunda, yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlardan doğan haksız fiil sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, yapay zekâların teknolojik ve sektörel çeşitliliği dikkate alındığında önemli bir sorun teşkil etmektedir. Yürürlükteki haksız fiil düzenlemeleri, yapay zekâların teknolojik ve sektörel kullanım çeşitliliğini göz önünde tutabilecek özelliğe sahip değildir. Bu nedenle, çalışmamızda, söz konusu sorunu aşabilmek amacıyla iki farklı düzenleme yöntemi önermekteyiz. Bunlardan ilki, “sektör-spesifik düzenleme yöntemi”dir. Buna göre, yapay zekanın kullanıldığı ilgili sektörlerdeki sektör-spesifik mevzuatta, yapay zekâların otonomileri dikkate alınarak her bir yapay zeka tipi için haksız fiil sorumluluğu kuralı öngörülebilir. Örneğin, “otopilot” özelliğine sahip taşıtların sebep olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin Karayolları Trafik Kanunu’na bu yönde bir haksız fiil sorumluluğu kuralı eklenebilir. Diğer bir örnek, “Da

9, no. 99 (2014): 37. Aksi görüşte bkz. Ayşe Havutçu, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005), 115-117; Tuğba Akçura Karaman, *Üreticinin Ayrıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008), 152-154.

*vinci*¹⁰⁰, “*Ada*”¹⁰¹ gibi tıp alanında kullanılan yapay zekâların sebep olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin 7223 sayılı Kanuna ve 7.6.2011 tarihli ve 27957 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “Tıbbi Cihaz Yönetmeliği”ne bu yönde bir haksız fiil sorumluluğu kuralı eklenebilir.

Yapay zekâların kullanıldıkları sektörlerin gün geçtikçe artması nedeniyle, kanun koyucunun her bir sektör özelinde yapay zeka tipleri için ayrı ayrı özel düzenlemeler yapması, bu düzenlemelerin birbiriyle uyumunun sağlanması ve teknolojiadaki gelişmeler çerçevesinde bu düzenlemelerin sık sık güncellenmesi ihtiyacı dikkate alındığında, “sektör-spesifik düzenleme yöntemi”nin verimli sonuçlar doğurabileceğini söylemek güçtür. Bu nedenle, aşağıda önerdiğimiz ikinci yöntemin daha etkin ve uygulanabilir olduğunu düşünmekteyiz.

İkinci yöntem “kanuni düzenleme yöntemi”dir. Bu yöntemde, yapay zekâların sınıflandırılmasını ve her bir yapay zekâ tipi özelinde bunların sebebiyet verdiği zararlardan sorumluluğa ilişkin ayrı ve bağımsız bir kanun yapılmasını önermekteyiz. Böylece, yapay zekâlara ilişkin haksız fiil sorumluluğu noktasında da bütüncül bir yaklaşım söz konusu olabilecektir. Böyle bir kanun, her bir yapay zekâ tipini kendi özelinde değerlendirmeli ve ona göre haksız fiil sorumluluğu öngörmelidir.

¹⁰⁰ Hamit Can Sayılğan, “Da Vinci Robotu Nedir?” erişim tarihi: Ocak 14, 2020, <https://www.futurenoteorg/da-vinci-robotu-nedir/>.

¹⁰¹ “*Dijital* bir doktor olarak hizmet vermeyi amaçlayan Ada, hastalığınız çerçevesinde ortaya çıkan bulguları inceleyerek hastalığınızın nedenleri hakkında bilgiler verecek.” Arden Papuççyan, “Yapay Zekâ Destekli Sağlık Uygulaması: Ada,” erişim tarihi: Ocak 14, 2020, <https://webrazzi.com/2017/04/19/yapay-Zekâ-destekli-saglik-uygulamasi-ada/>.

Bu bağlamda, 1. ve 2. tip yapay zekâların sınırlı otonomi seviyeleri, sınırlı hafızaları ve sınırlı öğrenme kabiliyetleri (bunları teknolojik kısıtlar olarak ifade edebiliriz) dikkate alındığında, söz konusu yapay zekâ tipleri bunu üretenin ve kullananın, diğer bir deyişle hâkimiyetinde bulduranın kontrolü altındadır. Bu nedenle, 1. ve 2. tip yapay zekâların sebebiyet verdiği zararlardan ötürü, bunlar üzerinde hâkimiyeti bulunan kişilerin kusur sorumluluğu öngörülmalıdır. Yukarıda, 1. ve 2. tip yapay zekâların hayvanlardan farklı özelliklere sahip olabildiklerini ve TBK m. 67 hükmünün 1. ve 2. tip yapay zekâları hâkimiyeti altında bulduranlar bakımından doğrudan veya kıyasen dahi olsa uygulanmasının doğru olmadığını söylemiştik. Dolayısıyla, buradaki önerimiz, TBK m. 67 hükmüne koşut bir öneri olmayıp, hem 1. ve 2. tip yapay zekâları hem de bunları hâkimiyeti altında bulduranların özgün durum ve koşullarını dikkate alan bir kusur sorumluluğu kuralının getirilmesini önermekteyiz.

Öte yandan, 3. ve 4. tip yapay zekâlara baktığımızda, bunların oldukça gelişmiş yapay zekâ teknolojileri olduğunu görmekteyiz. Bu tip yapay zekâlar, güçlü bir otonomiye sahiptirler. Bunlar, insan psikolojisini anlayabilmekte ve buna göre davranabilmekte, kendi rasyonel kararlarını kendileri verebilmektedir. Bağımsız bir şekilde karar verebilme ve bunu uygulayabilme yeteneğine ve teknolojisine sahiptirler. Diğer bir deyişle, insan gibi davranabilmekte, düşünebilmekte ve hissedebilmektedirler. Dolayısıyla, 3. ve 4. tip yapay zekâlar için, Avrupa Birliği'nin ("euRobotics") önerisine koşut olarak, önerdiğimiz kanunda onlara elektronik kişilik tanınması taraftarıyız. 3. ve 4. tip yapay zekâlar güçlü otonomiye sahip olduklarından, sebebiyet verdikleri zararlardan haksız fiil çerçevesinde bizzat kendilerinin sorumlu tutulmaları mümkün hale gelebilmekte, hatta elektronik kişilik görüşü bunu kolaylaştırmaktadır. Ancak, burada haklı olarak akla şu soru gelebilir: Kendisine elektronik kişilik tanınan 3. ve 4. tip bir yapay zekâ haksız fiilinden ötürü bizzat kendisi sorumlu

tutulursa, zarar görenin zararı nasıl tazmin edilecek? Tazminatı bizzat yapay zekâ mı ödeyecek? Biz bu noktada da, Avrupa Birliği'nin ("euRobotics") önerisinin uygun olduğunu düşünüyoruz. Şöyle ki, bu tür bir durumda, zararın tazmini noktasında elektronik kişiliğe sahip 3. ve 4. tip yapay zekâlardan doğrudan menfaat elde edenler (üreticiler, kullanıcılar vs.) tarafından oluşturulacak bir fonda toplanacak para ile zarar görenlerin tazmin edilmesi mümkün olabilecektir. Hatta bu fona devletin de katkı yapması düşünülebilir ve/veya fona katkı yapacaklara vergi indirimini veya muafiyeti şeklinde vergisel teşvikler getirilebilir. Etkin bir vergi teşviki, özellikle özel sektörün böyle bir fona katkıda bulunmasını kolaylaştıracaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazarlar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazarlar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Yazar Katkı Oranı: Erman Benli %60; Gayenur Şenel %40.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The authors declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The authors have no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The authors stated that ethics committee approval is not required.

Contribution Rate: Erman Benli 60%; Gayenur Şenel 40%.

KAYNAKÇA

- Adalı, Eşref. "Yapay Zekâ." *İTÜ Vakfı Dergisi*, no. 75 (Ocak-Mart 2017): 8-13, erişim tarihi: Ekim 29, 2019, <http://www.itu.edu.tr/docs/default-source/haber-sl%C4%B1der---ekler/sayi75.pdf?sfvrsn=2>.
- Akçura Karaman, Tuğba. Üreticinin Ayıplı Ürünün Sebep Olduğu Zararlar Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.
- Akkurt, Sinan Sami. "Yapay Zekânın Otonom Davranışlarından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 13 (Haziran 2019): 39-59.
- Ayan, Mehmet ve Nurşen Ayan. *Kişiler Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2016.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I: Zilyetlik ve Tapu Sicili*. Konya: Mimoza Yayınları, 2015.
- Bak, Başak. "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk." *TAAD*, no. 35 (Temmuz 2018): 211-232.
- Bak, Başak. "Tüketici Hukuku Penceresinden Yapay Zekâ." İç. 7. *Tüketici Hukuku Kongresi: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer, 173-190. İstanbul: Aristo, Eylül 2018.
- Bilgin Yüce, Melek. "Hasta Hekim İlişkinde Yapay Zekâ Kullanımı ve Hukuki Sonuçlar." İç. 7. *Tüketici Hukuku Kongresi: Sektörel Bazda Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. İsmail Çakır, Hakan Tokbaş, Fehim Üçışık, Hamide Zafer, 481-502. İstanbul: Aristo, Eylül 2018.
- Bozkurt Yüksel, Ebru Armağan ve Başak Bak. "Yapay Zekâ." İç. *Futurist Hukuk*. İstanbul: Aristo Yayınları, 2018.
- Bozkurt Yüksel, Ebru Armağan. "Robot Hukuku." *TAAD*, no. 29 (Ocak 2017): 85-112.

- Dural, Mustafa, Tufan Ögüz ve M. Alper Gümüş. *Aile Hukuku, Cilt 3, Türk Özel Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Ersoy, Çağlar. *Robotlar, Yapay Zekâ ve Hukuk*, İstanbul: On İki Levha, 2017.
- Havutçu, Ayşe. *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2005.
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi*, no.2 (2019): 363-389.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Koçano Rodoslu, Emine. "Ev Başkanının Sorumluluğu." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 63, no.4 (2014): 879-900.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 1, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. Cilt 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. *Medeni Hukuk*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Kişiler Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal, Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir. *Eşya Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.
- Pirim, Harun. "Yapay Zekâ." *Journal of Yaşar University* 1, no.1 (2006): 81-93.
- Şenocak, Zarife. "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre Ayıplı Mal Teslimi Halinde Tüketicinin Hakları." *Terazi Hukuk Dergisi* 9, no. 99 (2014): 30-37.

Türkoğlu Özdemir, Gökçe. "Roma Hukukunda Actio De Peculio." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2005): 103-136.

İnternet Kaynakları

gzt.com. "Kontrolden çıkan robotlar işçi kadını sıkıştırarak öldürdü." Erişim Tarihi: Aralık 02, 2019. <https://www.gzt.com/bilim-teknoloji/kontrolden-cikan-robotlar-isci-kadini-sikistirarak-oldurdu-2890871>.

TDK. Erişim Tarihi: Ekim 29, 2019. <https://sozluk.gov.tr/>.

Bulucu, Murat. "Trend Analizi: OODA DÖNGÜSÜ VE TDL'LER." Thinktech (STM Teknolojik Düşünce Merkezi). Erişim Tarihi: Ocak 12, 2020. https://thinktech.stm.com.tr/uploads/raporlar/pdf/97201914442188_stm_ooda_dongusu_ve_tdl.pdf.

Ntv. "Microsoft'un Yapay Zekâsı İrkçi Çıktı." Erişim Tarihi: Kasım 01, 2019. https://www.ntv.com.tr/teknoloji/microsoftun-yapay-zekâsı-irkci-cikti, aoBcWSTbJU-DN_OdD1GKWw.

Oracle Türkiye. "Yapay Zekâ Nedir?" Erişim Tarihi: Ekim 29, 2019. <https://www.oracle.com/tr/artificial-intelligence/what-is-artificial-intelligence.html>.

Papuççıyan, Arden. "Yapay Zekâ Destekli Sağlık Uygulaması: Ada." Webrazzi. Erişim Tarihi: Ocak 14, 2020. <https://webrazzi.com/2017/04/19/yapay-zekâ-destekli-saglik-uygulamasi-ada/>.

Sayılgan, Hamit Can. "Da Vinci Robotu Nedir?" Erişim Tarihi: Ocak 14, 2020. <https://www.futurenotes.org/da-vinci-robotu-nedir/>. futurenotes.org.

Çetin, Selin. "Hukuki Sorumluluğun Doğabileceği Taraflar Açısından Değerlendirme." İç. İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, (İstanbul: İstanbul Barosu, 2019), Erişim Tarihi: Kasım 30,

2019.

<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/yapayzekacagindahukuk.pdf>.

Çetin, Selin. “Yapay Zekâ ve Hukuk ile ilgili Güncel Tartışmalar” İstanbul, Ankara ve İzmir Baroları Çalıştay Raporu: Yapay Zekâ Çağında Hukuk, (İstanbul: İstanbul Barosu, 2019), Erişim Tarihi: Kasım 30, 2019. <https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/docs/yapayzekacagindahukuk.pdf>.

LOCKE'UN TOPLUM SÖZLEŞMESİ HİPOTEZİ, HİPOTEZİN FELSEFİ-TARİHİ AÇIDAN ELEŞTİRİSİ ve GÜNÜMÜZ KOŞULLARINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Locke's Social Contract Hypothesis, Philosophical- Historical Criticism of the Hypothesis and Evaluation It in Today's Conditions

Alp ÖZTEKİN*

Öz


Locke'un Hükümet Üzerine İki İnceleme adlı eserindeki; iktidarın kaynağının toplum olduğuna dair toplum sözleşmesi hipotezi ve bu hipotezi açıklarken oluşturduğu ihtilal teorisi, insan haklarının(*tabii hukukun*) yıllar süren mücadelesinin zafere ulaşmasına büyük katkıda bulunmuştur. Bu hipoteze göre Locke'un tabiat halindeki insanı; sosyal, ahlaklı ve akıl yoluyla kavradığı tabiat kanunlarının güdümünde, barış içinde yaşayan insandır. Devletleşmemiş bu nitelikteki insan topluluğu, kısmi çatışmalar ile bozulan barışın yani insanların tabii hukuka uymalarının teminatı ve cezalandırmanın kurumsallaştırılması

* Avukat, Ankara Barosu, iletisim@alpotztekin.av.tr, ORCID: 0000-0002-8748-1534.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 13.05.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 18.12.2020.

Atıf/Citation: Öztekin, Alp. "Locke'un Toplum Sözleşmesi Hipotezi, Hipotezin Felsefi-Tarihi Açından Eleştirisi ve Günümüz Koşullarında Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 337-433.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

amacıyla, toplum sözleşmesinin neticesinde devleti oluşturmuştur. İnsanlar devleti kurarken yalnızca cezalandırma yetkisini devlete devretmiş, tabii haklarını ise saklı tutmuşlardır. Tarihi gerçekler, Locke'un tabiat haline dair düşüncelerini kanıtlar niteliktedir. Lakin toplum sözleşmesi açısından, bazı istisnalar hariç aynı kaniya varmak mümkün değildir. Tabiat hali ve toplum sözleşmesinin günümüzdeki benzerleri uluslararası insan hakları metinleri ve yeni kurulan devletlerin kurucu anayasalarıdır. Locke'a göre sonraki insanlar, atalarının devleti kurarken yaptıkları toplum sözleşmesi ile bağlı tutulamazlar. Ancak açık olarak toplum sözleşmesine rızasını açıklayan kişiler, devletin uyrukluğundan çıkamayacaklardır. Modern dünyada ise toplum sözleşmesini reddederek tabiat haline dönüş mümkün görünmemektedir. Locke'un "olması gereken" devleti; kuvvetler ayrılığına ve genel iradeye dayanan, çoğunlukçu demokrasiye sahip, liberal bir hukuk devletidir. Locke'a göre tabii hakların tamamen devredildiği despotik iktidarlar, rızai iktidar olamayacaklarından meşru da değildirler ve bunlara direnmek insanlık için bir ödevidir.

Anahtar Kelimeler: Locke, Toplum Sözleşmesi, Tabiat Hali, Tabii Hukuk, Direnme Hakkı, Uluslararası Sözleşme, Anayasa.

Abstract

The social contract hypothesis that the source of power is society and Locke's theory of revolution when he explains this hypothesis in his Two Treatises of Government, has contributed greatly to the victory of years of struggle of human rights(natural law). According to this hypothesis, Locke's human in state of nature is a person who is social, ethical and lives peacefully under the guidance of the laws of nature he/she grasps through reason. The decentralized human community has formed the state as a result of the social contract to guarantee peace, that is, the violation of partial conflicts, that is, the compliance of people with natural law, and the institutionalization of punishment.

When people established the state, they only handed over the power of punishment to the state and they were reserved their natural rights. Historical facts prove Locke's thoughts on the state of nature. However, it is not possible to reach the same opinion except for some exceptions in terms of social contract. International human rights texts and constituent constitutions of newly established states are the state of nature and social contract's counterparts today. According to Locke, the next people cannot be bound by their ancestor's social contract when they established the state. However, those who explicitly declare their consent to the social contract cannot leave the nationality of the state. Locke's "must-have" state is a liberal state of law and based on separation of powers and general will and having a majoritarian democracy. According to Locke, despotic governments, in which natural rights are completely transferred, are not legitimate because they cannot be conservative. So, resisting them is a task for humanity in Locke's theory.

Keywords: Locke, Social Contract, State of Nature, Natural Law, The Right of Resistance, International Contract, Constitution.

Giriş

İnsan hakları doktrininin temeli batı kökenli olmakla birlikte, temel insan haklarını ezelden beridir ögütleyen düşüncelerin doğu medeniyetlerindeki varlığı unutulmamalıdır. Konfüçyüs, Buddha, Farabi, İbn-i Haldun, Mevlana ve daha niceleri batılı insan hakları doktrininden çok daha evvel bu konulardaki fikirlerini ortaya koymuşlardı. Hatta orta çağ Avrupa'sı karanlığa gömülmüşken, doğuda batının fersah fersah ötesinde medeni ve hümanist bir toplum vardı. Fakat kabul etmek gerekir ki neticede insan haklarını genel geçer haklar olarak bütün insanlığa ait haklar şeklinde dünyanın geneline, mücadeleler sonucunda kabul ettiren batı medeniyeti olmuştur. Toplum sözleşmesi teorisi ise zafere ulaşan fiili

mücadelenin en büyük fikri dayanaklarından biridir. Özellikle Locke'un bu konudaki fikirleri, yeni demokratik-liberal dünya düzeninin kurulmasında J.J. Rousseau ile birlikte çok büyük pay sahibidir.

Makalede en başta Locke isminin öneminden bahsedilecektir. Daha sonra toplum sözleşmesi fikri genel ve ayrıntılı olarak Locke özelinde açıklanacak, ardından sözleşme fikrinin felsefi ve tarihi/bilimsel eleştirisi yapılarak nihayetinde de sözleşme fikrinin günümüz pozitif hukukundaki eşgüdümleri açıklanacaktır. Sonuç kısmında ise makalenin genel değerlendirmesi yapılacaktır.

I. LIBERAL BİR DÜŞÜNÜR: JOHN LOCKE

Liberal ideoloji, günümüz demokratik toplumlarındaki egemen ideolojidir. Liberalizmde temel değer birey ve bireyin özel yaşamı olup, birey adeta dokunulmaz kabul edilir. Bu sistemde birey kendisi için en iyi olana yine kendisi karar verecektir. Bireyin özgürlüğünün korunması için buna bir tehdit oluşturan devletin ise sınırlandırılması gerekir.¹ Tabii haklar ve bu haklar uğruna yapılan mücadeleler neticesinde oluşan insan hakları doktrini; demokrasi, kuvvetler ayrılığı² ve liberalizmin ürünüdür.³ Batı temelli bir ideoloji olan liberalizmin babası ise

¹ Halis Çetin, "Liberalizmin Temel İlkeleri," *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 2, no: 1 Doç.Dr. Feramuz AYDOĞAN'ın Anısına (2001): 221; Halis Çetin, "Liberalizmin Tarihsel Kökenleri," *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 3, no: 1 (2002): 94.

² Kuvvetler ayrılığını ciddi bir kuram olarak ilk kez Locke'un İki İnceleme'sinde görülür. (H. Gökçe Zabunoğlu, "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no: 2 (2016): 449).

³ Cengiz Çağla, *Yeni Başlayanlar İçin Siyaset Bilimi* (İstanbul: Omnia, 2010), 182-183.

1632 İngiltere doğumlu John Locke'tur.⁴ O, modern insan haklarının bugünkü halini almasında payı olan en önemli düşünürlerdendir.⁵ Locke'un, siyasetin pratik ve teorik yönlerine yaptığı bu liberal etkinin bir benzerini ekonomide yıllar sonra Adam Smith yapacaktır.⁶

Egemen güç ve yönetilenler arasındaki, "iktidarın sınırı" merkezli çatışmalara verilebilecek en uygun örnekleri İngiliz tarihinde bulmak mümkündür. 1215 Magna Carta, 1628 Petition of Rights, 1679 Habeas Corpus ve 1689 Bill of Rights bu mücadeleler sonucu oluşmuş metinlerdir. Bu kültürden gelen Locke'un yazdıklarıysa insan haklarının (*tabii hukukun*) yıllar süren mücadelesinin zafere ulaşmasına büyük katkıda bulunmuştur. Bu sebeple Locke, Avrupa'daki aydınlanmayı(18. yy. aydınlanması) başlatan düşünür olarak görülür.⁷ Pek çok konuda yazmış olan Locke'un bu üne sahip olmasının esas nedeni ise Oranjlı III. William'ın yaptığı 1688 devriminden hemen sonra, 1690 yılında yayınladığı ve toplum sözleşmesi fikri üzerine kurulu olan Hükümet Üzerine İki İnceleme adlı eseridir. Russel, Locke'u 1688 devriminin havarisi olarak nitelendirmektedir.⁸ Doktrinde eserleriyle 1688 ihtilalinden daha hürriyetçi bir anlayış ortaya koysa da Locke'un sözleşme hipoteziyle; esasında etkisi altında kaldığı, egemenliğin halkın refahı ve mutluluğu amacı gütmesi gerektiği felsefesini taşıyan 1688 devrimini meşrulaştırmaya çalıştığı söylenmiştir.⁹ Lakin

⁴ Çetin, "Liberalizmin Temel İlkeleri," 224.

⁵ Emre Berber, *İnsan Haklarının Yükü* (İstanbul: Onikilevha, 2018), 20-21.

⁶ Ayşegül Tayyar ve Birol Çetin, "Liberal İktisadi Düşüncece Devlet," *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 14, no: 1 (2013): 110.

⁷ Macit Gökberk, *Felsefe Tarihi* (İstanbul: Remzi, 2012), 293.

⁸ Bertnard Russel, *Batı Felsefesi Tarihi Cilt III*, çev. Ahmet Fethi, (İstanbul: Alfa, 2019), 202.

⁹ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 186.

belirtmek gerekir ki Locke, İki İnceleme'yi 1688 devriminden önce yazmış, devrimden sonra ise yayınlamıştır.¹⁰ Ancak gerçekten de İki İnceleme'nin özünde Kral Charles'ın saltanatının mahiyetine karşılık verilmesinin yattığı, Locke'un fikirlerini esasında İngiltere'nin o dönemler içinde bulunduğu siyasal ortamın etkilediği aşikardır. Öyle ki Locke'un babası da krala karşı parlamento saflarında savaşmış olup,¹¹ kendisi de zaten dönemin ünlü muhaliflerindedir. Locke'un yazdıkları iktidar tarafından düşmanca görülmüş, Oxford Üniversitesi kanalıyla da İki İnceleme yasaklatılmış ve yakılması emredilmiştir.¹²

Locke, Birinci İnceleme'de iktidarın kaynağının kutsal kitaplarda aranmasının yanlış olduğunu ortaya koymaktadır. Birinci İnceleme'de daha çok Robert Filmer'in düşüncelerine karşılık vererek, iktidarın Hz. Adem'den gelen bir meşruiyet ile mutlak monarşideki monarklara tanındığına dair fikirleri yıkmakta, İkinci İnceleme'de ise iktidarın kökenleri hakkında kendi liberal düşüncelerini ortaya koymaktadır.

Locke'un sisteminde başlıca önemli konu hürriyettir.¹³ Bu incelemeler özünde kalıtsal iktidar öğretisinin bir eleştirisi¹⁴ olmakla birlikte, Locke bu fikirleriyle Fransa'da ve Amerika

¹⁰ Woolhouse, *John Locke*, 210.

¹¹ Russel, *Batı Felsefesi Tarihi*, 203.

¹² Woolhouse, *John Locke*, 210-218-219-224.

¹³ Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, (Ankara: Siyasal, 2014), 185. Eserlerinden köleliğe karşı olduğu açık biçimde anlaşılıyorsa da Locke, yasal olarak kölelik yapan Kraliyet Afrika Kumpanyası'nda hisse sahibi kişiler arasındaydı. Fakat Locke ikinci incelemeyi kaleme almadan on beş yıl kadar önce bu hisselerini elden çıkartmıştır. Doktrinde bu durumun Locke'un köleliğe karşı bakış açısındaki değişimi yansıttığı söylenmektedir. (Roger Woolhouse, *John Locke*, çev. Akın Terzi, (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011), 216-217).

¹⁴ Russel, *Batı Felsefesi Tarihi*, 225.

Kıtası'ndaki kolonilerde yaşanan, dünya tarihini temelinden sarsacak devrimlerin fitilini ateşlemiştir. Öyle ki Locke'un İki İnceleme'de ortaya attığı ihtilal teorisi; Amerikan Bağımsızlık savaşının doğumunda büyük etki yapmış,¹⁵ Amerikan-Fransız bağımsızlık bildirelerinde de Locke'un izleri açık şekilde görülmüştür.¹⁶ Feragat edilemeyecek haklar konusundaki görüşleri ise doğrudan Virjinya Eyalet Anayasası'na esas alınmış,¹⁷ ABD Anayasası'nda değişiklikler yapan 1791 ABD Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*)'nin onuncu maddesinde ise Locke'un fikirlerine paralel olarak anayasa ile federal devlete devredilmeyen hakların eyaletlere ve halka ait olduğu düzenlenmiştir.

II. İKTİDARIN MEŞRUIYETİNİN KAYNAĞINA DAİR ARAYIŞ

A. İktidarın Meşruiyetinin Kaynağının Toplum Sözleşmesinde Bulunması

Arthur M. Hocart'a ait "Yönetilmeye öylesine alışkınsınız ki, bu bize dünyanın en tabii şeyi gibi geliyor."¹⁸ sözleri, dünyanın çok büyük bir kesiminin düşüncelerini yansıtır. Lakin insanlık tarihine bakılırsa, pozitif hukuk kurallarının daima salt yürürlükte oldukları için toplum tarafından kabullenilmesi yoluna gidilmediği açıkça görülür.¹⁹ İnsanlık kendisine cebir yoluyla dayatılan bir düzenin arkasında daima bir meşruluk

¹⁵ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 190.

¹⁶ Münci Kapanı, *Kamu Hürriyetleri* (Ankara: Yetkin, 2013), 33; Berber, *İnsan Haklarının Yüğü*, 21.

¹⁷ H. Argun Bozkurt, *Hukukun Öyküsü* (Ankara: Seçkin, 2018), 274-376.

¹⁸ Arthur Maurice Hocart, Krallar ve Danışmanları: Yasa, The University of Chicago, 1970, çev. Başak Baysal, Barış Erman, iç. *Devlet Kuramı*, 5. Baskı, ed. Cemal Bali Akal (Ankara: Dost, 2018), 71.

¹⁹ Ahmet Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları* (İstanbul: Beta, 2013), 12.

aramış, tarih boyunca yaşanmış esas tartışmalar da bu meşruiyetin kaynağının ne olduğu sorusundan doğmuştur.²⁰ Dworkin'in sorduğu "*Siyasetin, yönetenin yönetilenin üzerinde olduğunu varsaydığı türden bir yetkilendirilmiş gücü bir kişiye verebilen nedir?*"²¹ sorusuna verilecek cevap; devletin egemenliğinin meşruiyeti ile dayanağını, şeklini ve sınırlarını ortaya koymakla birlikte, cevaplayanın insanın egemen güç karşısındaki değerine dair görüşlerini de göz önüne serer. Bu soruya cevap verenler kimi zaman bu meşruluğun dayanağını tamamen dinsel kökenlerde, kimi zaman geleneklerde, kimi zaman üstün bir sınıfın üstünlüğüne inanma noktasında, kimi zamansa salt hukuk metni ile düzenlendiği için meşru olduğu şeklinde anlayışlarla ortaya koymuşlardır.²²

İktidarın meşruiyetinin dayanağına dair en eski görüş ise bu dayanağın *tanrı* olduğudur. Eski devletlerin ekserisinde egemenliğin kaynağı tanrıdır ve yöneticilere de kutsallık bahşedilir. Lakin egemenliğin yalnızca kaynağının açıklanması insanoğlu için yeterli görülmemiş ve insanoğlu egemenliğin amacını, sınırlarını ve bu sınırları neyin belirlediği üzerine tarih boyunca kafa yormuştur.

Egemenliğin kaynağını ve sınırlarını açıklayan en etkili doktrinin ise tabii hukuk doktrini olduğu söylenebilir. Egemenliğin kaynağının tanrı, sınırının ise tanrının koyduğu kurallar olarak tabiat kanunlarının oluşturduğu düşüncesiyle, tabii hukukun esaslı öyküsü de yazılmaya başlanmıştır. Dworkin'in sorusuna *tanrı* yanıtını veren tabii hukukçular, hukukun kaynağını ve var olan hukukun eleştirisinin

²⁰ O. Vahdet İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni* (İstanbul: Pinhan, 2019), 259.

²¹ Ronald Dworkin, *Hukukun Hükümranlığı*, çev. Ertuğrul Uzun (İstanbul: Nora, 2018), 241.

²² Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, 16.

dayanağını ilahi güçte görmüşlerdir. Sofokles'in sitenin kanunu Zeus'un kanunundan üstün değildir demesi, Aziz Thomas'ın tabii kanunu tanrının kanunu olarak görmesi²³ ve benzeri örnekler bunu ortaya koymaktadır.

Daha sonraki bir zamanın düşünürleri olan toplum sözleşmesi teorisyenlerinin²⁴ ekserisi de tabii hukuku tanrı buyruğu olarak nitelendirmektedir.²⁵ Lakin tabii hukukun bir ürünü olan toplum sözleşmesi teorisinde Dworkin'in sorusuna verilen yanıt tek başına *tanrı* yanıtı değildir. Bu teoriye dayanak hipotezlerde devletin doğuşu siyasallaşmamış (*devletleşmemiş*), tabiat halinde yaşayan insanların kendi aralarında yaptıkları bir sözleşme ile açıklanır.²⁶ Yönetimin (*devletin*) esaslı kaynağı da bu ortak sözleşme, yani beşeri iktidarda bulunur. Foucault'a göre bu ortak sözleşmede, tüm yasaların ve toplumsal ilişkileri düzenleyen normların temelinde bulunan "meşrulaştırma etkisini" haiz bir olgu bulunur. Bu öyle bir olgudur ki sözleşmeyle doğan meşruiyete uygun hükümlerlik etmemek hükümleranın, uyrukluk etmemek de halkın meşruiyetini

²³ Oktay Uygun, *Hukuk Teorileri* (İstanbul: Onikilevha, 2017), 7-11.

²⁴ Bir görüşe göre sözleşme teorisinin temelindeki fikirler antik Yunan düşünürleri sofistlere değin götürülebilir. (Ekrem Ekici, "Hobbes ve Rousseau: Toplumsal Sözleşme," *Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi* Bahar, no: 6 (2006): 79) Başka bir görüşe göre modern çağlarda ün kazanan toplum sözleşmesi teorisi esasen orta çağ kökenlidir. (Uslu, *Doğal Hukuk*, 211) Başkaları ise toplum sözleşmesi teorisinin 1600'lerde Alman hukukçu Johannes Althusius tarafından geliştirilmiş olduğunu belirtmektedir. (Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 139).

²⁵ Doktrinde Hobbes'un Leviathan'da ileri sürdüğü tabiat kanunlarının esasında tanrı buyruğu olarak ileri sürüldüğünü yönündeki görüşler için bkz. A.P. Martinich, *Thomas Hobbes* (İstanbul: İşbankası Kültür Yayınları, 2013), 266; Locke'un tabii hukuktan doğan tabii hakları doğrudan teolojik argümanlarla temellendirdiği yönündeki görüşler için bkz. Cennet Uslu, *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar* (Ankara: Liberte, 2009), 72-73.

²⁶ Yahya Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş* (Ankara: İmaj, 2015), 45.

yitirmesine sebep olur. Bu meşrulaştırma etkisini gerçekleştiren ise sözleşme öncesi “tabiat halindeki” insanın eşit ve özgür oluşudur.²⁷ İşte bu yapısı gereği toplum sözleşmesi teorisi, dünya tarihinde ilk kez sistematik bir doktrin ile iktidarın kaynağını teolojik kökenlerden beşeri kökenlere yani gökyüzünden yeryüzüne indirebilmiştir.²⁸

Toplum sözleşmesi teorisi iktidarın kaynağını beşeri kökenlere bağlarken, bu beşeri kökenlerin temelinde de insanların tabii olarak sahip oldukları birtakım hakları koymuştur. Bu “hakçı” yönüyle toplum sözleşmesi teorisi, “ödevci” kadim tabii hukuk felsefesinden ayrılır. Zira özünde tabii haklar da tabii hukukun bir parçası olmakla birlikte, tabii hukuk ve tabii hak kavramları aynı şeyi ifade etmezler.²⁹ Strauss’a göre tabii hukuk, modern çağın evvelinde insanoğlunun haklarından çok ödevlerine yönelmişti.³⁰ Kimi yazarlar Antik Yunan’da ve özellikle Roma’da *ius naturale*³¹ şeklinde ortaya konan tabii hukuk anlayışının esasında salt ödevci ve insana bir hak tanımayıp, insanın topluma borçlu olduğunu ileri süren bir anlayış olduğunu belirtmekte ve daha sonra Hobbes’un öncülüğünde bu ödev-hak ayrımının toplum sözleşmesi teorisi ile yıkıldığını söylemektedirler.³² Öyleyse denilebilir ki toplum

²⁷ Umut Koloş, *Foucault İktidar ve Hukuk* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016), 239-240-241ff.

²⁸ Engin Şahin, *Kurucu İktidar* (İstanbul: Onikilevha, 2013), 116; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 30; Uslu, *Doğal Hukuk*, 212.

²⁹ Ayrıntılı görüşler için bkz. Uslu, *Doğal Hukuk*, 46-50ff.; Locke da eserlerinde hak-ödev temelli bu ayrıma değinmektedir.

³⁰ Leo Strauss, *Tabii Hak ve Tarihi Natural Right and History*, University of Chicago, Chicago, 1953, çev. Cemal Bali Akal, iç. *Devlet Kuramı*, 5. Baskı, ed. Cemal Bali Akal (Ankara: Dost, 2018), 279.

³¹ Roma döneminde *ius naturalen*in mahiyeti için bkz. Cicero, *Yasalar Üzerine*, (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016), 36ff.

³² Ayrıntılı bilgi için bkz. Uslu, *Doğal Hukuk*, 50-51-52ff.

sözleşmesi teorileri ile birlikte tabii hukuk açısından ödevci anlayış terk edilerek, insan hakları tabii hukukun özü haline gelmiştir.³³

1. Locke Harici Düşünürlerin, İktidarın Meşruiyetinin Kaynağına Dair Toplum Sözleşmesi Temelli Hipozleri

Devletin varlık sebebinin hukuk ve adaletin tecellisi olduğu söylenir.³⁴ Toplum sözleşmesi teorisyenleri de tabiat halindeki insanın “tabii hakların müdafaasının ve cezalandırmanın adil biçimde gerçekleşmesi” yönündeki arzusunu, devletin oluşum sebebi olarak görmüşlerdir. Düşünürlerin tabii haklara ve bunların müdafaasına dair düşüncelerindeki farklılıklar ise hipotezlerin içeriğinin yer yer farklılaşmasına sebep olmuştur. Locke haricinde toplum sözleşmesi hipotezlerini ortaya atan en önemli düşünürler; Hobbes, Grotius ve Rousseau'dur. Devletler arasındaki nihai barışın oluşumuna dair fikirlerini açıklarken Kant da toplum sözleşmesi teorisinden yararlanmışır. Yakın tarihte ise en iyi adalet anlayışını seçmek adına³⁵ Rawls bu konuya değinmiştir.

³³ Bu kırılma noktasından da anlaşılacağı üzere tabii hukukun eseri olan toplum sözleşmesi fikirleri, insan haklarının oluşmasında önemli bir etki sahibidirler. (Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 48) Hakçı bir tabii hukukun eseri olan insan hakları doktrini, yalnızca devlete karşı ileri sürülebilen ve insanın salt insan olduğu için sahip olduğu haklar olup, bireylere ödevler yüklemez. (Berber, *İnsan Haklarının Yükü*, 8-11; Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Uygulaması* (Ankara: Hukuk, 2018), 22; Bozkurt, *Hukukun Öyküsü*, 303).

³⁴ Ekrem Buğra Ekinci, *Hukukun Serüveni* (İstanbul: Arı, 2017), 25-26.

³⁵ John Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, çev. Vedat Ahsen Coşar (Ankara: Phoenix, 2018), 243.

a. Hobbes'un Hipotezi

Hobbes, öncüllerinin aksine egemen gücün egemenliğinin kaynağını ne bilgelikte ne de dini vasıflarda bulmuş, bunu insanlığın rızalarına dayalı bir anlaşma ile yöneticiyi egemen kılmalarına bağlamıştır.³⁶ Bu fikirlerini de ünlü Leviathan adlı eserinde dile getirir. Güriz'e göre Hobbes, toplum sözleşmesini bir tarihi gerçeklik olarak değil, insanların niçin hürriyetlerini devrettiklerini açıklayabilmek adına ortaya koymuştur.³⁷

Hobbes'a göre "*Devlet olmadıkça herkes herkese karşı daima savaş halindedir.*"³⁸ Bu düşüncesini de basitçe örneklendirmektedir. Ona göre tabiat halinde herkes daima kendisinden daha üstün olan birinin kendisini öldürmesi, malını alması ve benzeri riskler ile karşı karşıyadır. Bunun önüne geçmek için de insan savunmada kalmak yerine daima saldıracaktır. Böyle bir durumda da ne tarım ne sanat de ne başka bir uğraş insanlıkta gelişemez.³⁹

Hobbes'a göre insanın barış istemesinde yegane neden ölüm korkusu ve çalışarak rahat bir hayat elde edebilme arzusudur.⁴⁰ Böylelikle Hobbes, insanın içinde üstün duyguların, saf bir iyiliğin ya da vicdanın olabileceğinden bahis dahi açmamaktadır. Gerçekten de düşünürün kafasındaki tabiat hali

³⁶ Akal, *Devlet Kuramı*(Strauss), 281.

³⁷ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 180-181.

³⁸ Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2019), 101.

³⁹ Hobbes, *Leviathan*, 100-101; Denilmiştir ki, Hobbes'un en başta tabiat hali fikri insanlık içinde bir iç savaş durumunun üzerine inşa edilmiş, diğer öğretileri de daha çok uç örneklere(savaş, olağan üstü durumlar vb.) ilişkindir.(Akal *Devlet Kuramı*(Strauss), 288).

⁴⁰ Hobbes, *Leviathan*, 103; Hobbes'un kaos ortamından kurtulmak için şiddet gücünün meşru otoriteye devredilmesi fikrinin Weber'in devlet anlayışında da görüldüğü belirtilmektedir. (Çağla, *Siyaset Bilimi*, 42).

portresi bir kaos ortamına yakındır. İnsanlar hürdür fakat barış içinde bir yaşamın aksine herkes birbiri ile savaş içindedir. Kaos içindeki insanlar arasında sosyalleşmek amacıyla değil, bu daimi savaş ve ölüm korkusundan kurtulmak amacıyla sözleşme yaparak toplum haline gelmişlerdir. Korkulardan kurtulmak adına yapılan bu sözleşme ile insanlar özgürlüklerini de tamamen egemen güce devrederler. Egemen güç olan devlet ise güvenliği sağlayacaktır.

Hobbes'un bu düşünceleriyle siyasal despotizmi meşrulaştırmaya çalıştığı söyleyenler olmuş,⁴¹ böyle bir sistemde yöneticinin egemenliğine bir sınır çizilemeyeceği belirtilmiştir.⁴² Bu eleştiriler kısmen haklıdır. Çünkü Hobbes devlete mutlak bağlılığı öngörür. Onun sisteminde insanlar yöneticiyi eleştiremezler.⁴³ Bu sistemden çıkan sonuç ise şüphesiz ki mutlak monarşidir. Lakin bu eleştiriler kısmen de haksızdır. Çünkü arasında Hobbes'un amacı insanı yöneticiye kul yapmak değildir. Onun amacı tamamen özgür olmanın ne denli tehlikeli olduğunu göstermektir.⁴⁴

b. Grotius'un Hipotezi

Hugo Grotius; insanın akılcı, düzenli ve barışçıl bir sosyal yaşama isteği olduğu için topluluk halinde yaşadığını, toplumsal yaşamın da tabii hukuk temelinde bina edildiğini belirtmiştir. Bu tabii haklardan dördünü ise ahde vefa(*pacta sunt servanda*), başkasının malına el uzatmaktan çekinme(*mülkiyet hakkı*), verilen zararın ödenmesi ve kusurlu yapılan kötülüğün

⁴¹ Dilan Mızrak, "Toplum Sözleşmesi Kuramlarında Siyasi İktidarın Sınırı Olarak Kişi Hak ve Özgürlükleri Meselesi," *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 9, no: 17 (2019): 24.

⁴² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 249.

⁴³ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 46; Akal, *Devlet Kuramı*, 286.

⁴⁴ Martinich, *Thomas Hobbes*, 266.

cezalandırılması olarak açıklamıştır. Grotius'a göre insanlar bu bilinç dahilinde anlaşarak (*devletleşme*) birleşmişlerdir.⁴⁵ Grotius toplum sözleşmesinin tarihsel bir gerçeklik olduğunu savunur. Tarihin bir döneminde yürürlüğe giren anayasanın, o dönemin insanların kendileri için en elverişli modeli seçtiğine bir karine teşkil ettiğini belirten Grotius'a göre daha sonraki nesillerin bu düzeni yıkma haklarıysa bulunmamaktadır.⁴⁶

c. Rousseau'nun Hipotezi

Rousseau, hipotezinde Hobbes'dan daha barışçıl bir ortam çizse de tabiat halindeki insanın bir toplum oluşturamaz ise yok olacağını söylemektedir.⁴⁷ Rousseau, Toplum Sözleşmesi kitabının giriş kısmında "*Niyetim, insanları oldukları gibi, yasaları da olabilecekleri gibi ele alıp, toplum düzeninde güvenilir ve haklı bir yönetim kuralı bulunup bulunamayacağını araştırmaktır.*"⁴⁸ demektedir. Öyleyse Rousseau'nun tabiat hali ve toplum sözleşmesine tarihi bir gerçeklik olarak maddi bir vakiadan çok, bir "olması gereken" olarak baktığı söylenebilir.

Rousseau'ya göre tabiat halinde tüm insanlar özgür, eşit ve mutludur. Zaruri bir rastlantı sonucu toplumsal yaşamın içine çekilen insan ise mutsuzlaşmıştır. Rastlantısal olarak toplum halinde yaşamaya başlayan insanlığın mülkiyet çatışmaları ve bundan doğan savaş hali ise devletin doğumuna sebep olmuştur.⁴⁹ Devletin doğumu ise insanların bu kaos ortamından çıkmak için toplumun bütününün genel iradesi sonucu

⁴⁵ Hugo Grotius, *Savaş ve Barış Hukuku*, çev. Seha L. Meray (İstanbul: Say, 2011), 19; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 177.

⁴⁶ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 177.

⁴⁷ J.J. Rousseau, *Toplum Sözleşmesi* (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016), 13.

⁴⁸ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, Giriş Kısmı.

⁴⁹ Akal, *Devlet Kuramı*, 311-312-313

imzaladıkları bir sözleşmeye dayanır. Genel iradeleri ile insanlar sahip oldukları hakların tamamını, bu sözleşme ile devlete verirler.⁵⁰

Düşünürün bu sisteminin hürriyetçi olup olmadığı hep tartışılmıştır.⁵¹ Rousseau'nun sözleşme hipotezi Hobbes'un aksine monarşi yerine genel iradeye dayalı bir devlet düzenini öngörür.⁵² Genel irade esasında tek adamın değil, çoğunluğun iradesidir fakat Kapani'ye göre bu sistemde azınlığın istekleri genel irade karşısında adeta erir.⁵³ Durkheim ise genel iradeyi şöyle tanımlar: “Özet olarak, genel irade, siyasi hedefi bir tür soyut bencillik olan bireysel iradelerin aritmetik ortalamasıdır.”⁵⁴

Rousseau'nun görüşlerinin özünde özgürlükçü olduğu söylenebilir. Zaten Rousseau da kitabının ilk sayfalarında Grotius ve Hobbes'u ortaya koydukları görüşleri ile insanları yöneticilerinin esiri haline getirdikleri için eleştirmektedir.⁵⁵ Fransız İhtilali'ne ve ihtilal anayasasına en büyük etkiyi yapan da Rousseau olmuş,⁵⁶ günümüz demokrasilerinin⁵⁷ temel söylemlerinden biri olan, normatif biçimde anayasalara kadar

⁵⁰ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 47.

⁵¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 34.

⁵² Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 139.

⁵³ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 35-36.

⁵⁴ Emile Durkheim, *Rousseau ve Toplum Sözleşmesi*, çev. Özge Bilge Kara (İstanbul: Pinhan, 2019), 45.

⁵⁵ Rousseau, *Toplum Sözleşmesi*, 5-6.

⁵⁶ Salim Işık, “J.J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8, no: 2 (2017): 80-96.

⁵⁷ Rousseau'nun görüşleri şüphesiz ki demokrasinin en mükemmel görünümünü yansıtmaz. Lakin günümüzde özgürlükçü bir demokrasiyle yönetildiği kabul edilen ülkelerin birçoğunda azınlıkta kalanların kanun ve anayasa yapımına etkisi, yani genel iradenin azınlıkta kalanlar karşısındaki üstün konumu, Rousseau'nun görüşlerinden pek de farklı noktada değildir.

giren milli irade(*milli egemenlik*) anlayışı da Rousseau'nun bu genel iradesinden türemiştir.⁵⁸

d. Kant'ın Hipotezi

Kant da toplum sözleşmesi fikrini benimseyen düşünürler arasındadır.⁵⁹ Düşünür, öncüllerinden etkilenmiş olsa da bağımsız bir toplum sözleşmesi hipotezi ortaya attığı söylenebilir.⁶⁰ Kant'ın amacı, devletler arasındaki ebedi barış için yaptığı çözüm arayışı olsa da⁶¹ bu uğraş içerisinde kendi toplum sözleşmesi hipotezini de oluşturmuştur. Kant'a göre de sözleşme tarihi bir gerçeklik değil, kuramını açıklamakta ortaya koyduğu bir hipotezdir.⁶²

Onun nazarında bu hipotez şöyle değerlendirilmektedir: Kant'a göre tabiat hali bir savaş halinden farksızdır. Tabiat halindeki insanlar daimi bir çatışmanın içindedirler.⁶³ Bu yüzden

⁵⁸ Attila Özer, *Anayasa Hukuku* (Ankara: Turhan, 2010), 54; Ayrıca bkz. Bahtiyar Akyılmaz, "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (1998): 4; Adnan Küçük, "Egemenlik(Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 2015, no: 6 (2015): 322.

⁵⁹ Celal Yeşilçayır "Kant'ta Barışın Hukuk Zemininde Kurgulanması," *Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no. 1 (2016): 84.

⁶⁰ Cecile Fabre, "Toplumsal Sözleşme," çev. Mehmet Fatih Deniz, *Felsefe Arkivi Dergisi* 1, no: 48, (2018): 131.

⁶¹ Seher Akçınar Bayar, *Mutlak Kaostan Ebedi Barışa*, Mardin Artuklu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Bölümü Yüksek Lisans Tezi, Mardin: 2019, 96.

⁶² Saim Şallı, "Kant'ta Barış Düzeni, Dünya Vatandaşlığı ve Ötekiler: Modern Kozmopolitizm Düşüncesinin Temelleri Üzerine Bir İnceleme," *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, no: 12 (2018): 93; Ayşe Yalçınöz, *Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi*, Kırklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırklareli: 2014, 45.

⁶³ Şallı, "Kant'ta Barış Düzeni," 31.

insanlar ortaklaşa yaptıkları bir anlaşma ile hem kendilerinin hem de haklarının güvenliğini sağlayacak olan hukuk düzenini tesis edecek devleti kurmuşlardır.⁶⁴ Düşünüre göre sözleşme neticesinde insanlar tabii haklarını tamamen devlete ya da monarka devretmezler. Onun hipotezine göre insanlar, sözleşme ile kurulmuş olan hukuk devletinde, hukuk ile sınırlandırılmış olan özgürlüğe sahiptir.⁶⁵ Kant, direnme hakkına karşı ise olumsuz bir tutum içinde olmuştur.⁶⁶

e. Rawls'ın Hipotezi

Sözleşmeyi tabiat halinin içeriğine değinmeden ve salt "olması gereken" düşüncesiyle açıklayan Rawls'a⁶⁷ göre orijinal pozisyonundaki(*tabiat hali*)⁶⁸ insanların adil bir anlaşmaya varabilmeleri için hem kendileri hem de başkalarının toplumdaki yeri, statüsü yahut psikolojik eğilimlerini bilmemeleri gerekir(*cehalet perdesi*). Ancak böyle bir orijinal pozisyonda yapılan sözleşme herkesin yararına olabilir. Rawls buna örnek olarak, zengin birinin varlık vergisine adaletsiz, fakir birinin ise adil bakacağı örneğini vermektedir.⁶⁹ Öyleyse varsayımsal "toplum sözleşmesinin" adil bir sözleşme olabilmesi için tabiat halindeki insanların avantaj/dezavantaj bilinçlerine bir perde çekmeleri yani askıya almaları gerekmektedir. Bu insan tipi daha sonra adaletin ilkeleri üzerinde anlaşarak bir sözleşmeye varacak ve ardından bu

⁶⁴ Yalçınöz, *Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi*, 93.

⁶⁵ Şallı, "Kant'ta Barış Düzeni," 94.

⁶⁶ Şallı, "Kant'ta Barış Düzeni," 31.

⁶⁷ Rawls tabiat halini de sözleşmeyi de tamamen varsayımsal ve esasında başka bir amacı tasvir etmek için bir araç olarak kullanmaktadır.(Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 50).

⁶⁸ Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 40.

⁶⁹ Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 41-46-47.

ilkeler üzerinden yönetim şekilleri, kanunları ve sair meseleleri adaletli bir şekilde oluşturacaklardır.⁷⁰ Rawls'ın diğer liberal düşünürlerden önemli bir farkı ise devletin temel bir hak olan mülkiyete, adalet ve hakkaniyeti gerçekleştirmek amacıyla müdahale edebileceğini savunması olmuştur.⁷¹

III. LOCKE'UN TOPLUM SÖZLEŞMESİ HİPOTEZİ

A. Tabiat Halindeki Düzen

Locke tabiat halindeki(*doğa durumu*) insanı ve tabiat hali denilen bu siyasallaşmamış yapıyı ilk tasvir eden düşünür değildir. Fakat İki İnceleme etrafıca incelenir ise Locke'un tabiat halini bir "olması gereken" değil, "olan" yani tarihi ve maddi bir gerçeklik olarak düşündüğü ortaya çıkmaktadır.⁷² Russel da Locke'un tabiat haline gerçekten inandığını, toplum sözleşmesini ise yine az çok gerçek saydığını belirtmiştir.⁷³

1. Tabiat Hali İnsanı ve Özellikleri

Locke tabiat halindeki insanı, kısmi çatışmalara rağmen barış içinde ve topluluk halinde yaşayan sosyal bir varlık olarak betimler. İnsanı sosyal bir varlık olarak kabul eden Locke, tabiat halinde insanların zamanla büyük aileler(*kabileler*) haline evrildiklerini söyler. Ancak bu devletleşmemiş, siyasallaşmamış bir toplumdur.⁷⁴ Bu devletleşmemiş toplum taş devri insanı olmayıp Locke, siyasi birliktelik oluşturamamış insan nüfusunu

⁷⁰ Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 42ff.

⁷¹ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 187.

⁷² Locke'un tabiat halini ampirik bir veri olarak düşündüğü yönünde görüşler için bkz. Uslu, *Doğal Hukuk*, 215.

⁷³ Russel, *Batı Felsefesi Tarihi*, 235.

⁷⁴ John Locke, *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı (Ankara: Serbest, 2019), 87.

tabiat halinde varsaymakta ve Kızılderililer ile Perulular gibi toplumları tabiat halinde kabul etmektedir.⁷⁵ Yine Locke'un tabiat halindeki insanının Hobbes'un insanının aksine ahlak gibi üstün hislerden yoksun olmadığını da belirtmek gerekir. Locke, insanın tabiatı gereği ahlaklı olduğunu daha ilk yıllarındaki

⁷⁵ Locke, *İkinci İnceleme*, 23; Locke ikinci incelemede tabiat halindeki insandan bahsederken sık sık Kızılderililer'den bahsetmekte ve hatta önermelerini desteklemek için yaşamlarından örnek kesitler sunmaktadır. Locke'un tabiat halindeki insanı siyasal birliktelik kuramamış insan topluluğu olarak tanımladığı göz önünde bulundurularak, Kızılderililer'den kastettiğinin dönemin İngiliz sömürgesi Kuzey Amerika'sındaki yurtsuz-göçebe kıta yerlileri olduğunu ve fakat İspanyollar tarafından yıkılmış Güney Amerika'da bulunan şehir devletleri yahut imparatorlukların ve Kuzey Amerika'daki günümüz Meksika'sında yaşamış Aztekler'in yani devletleşmiş halkların kastedilmediğini anlamak lazımdır. Gerçi devletleşmiş de olsa bu insanların dönemin batılı düşünürleri tarafından tabii hukuk nazarında "değersiz-haksız" kabul edildiğini unutmamak gerekiyor. Dönemin batılı düşünürlerinin ekserisine göre gerek kimi doğu toplumları gerekse Amerikan yerlileri, inançları yahut gelenekleri ile tabii hukuka uygun değillerdi ve tabii hukukun bahsettiği haklardan yararlanmaları da bu yüzden mümkün değildi. Bu yönde bkz. Ekici, "Toplumsal Sözleşme" 79-80; Antony Anghie, "Francisco De Vitoria ve Uluslararası Hukukun Kolonyal Kökenleri" çev. Umut Koloş, *Public and Private International Law Bulletin* 33, no. 1 (2013): 289-290ff.; Mim Kemal Öke, *Kaderle Dans* (İstanbul: Başlık Kitaplar Yayınları, 2010), 50-51ff.; Mehmet Refik Bürüngüz, *Son Dönem Osmanlı Aydınlarının Sömürgecilik ve Emperyalizm Algısı*, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara: 2013, 30-31-32-368; Gökhan Murtaza, "John Locke'da Sömürgecilik ve Mülkiyet İlişkisi" *Kutadgubilig Fetsefe-Bilim Araştırmaları Dergisi*, no: 21 (2012): 378-379-380ff.; Ayşe Yazar, "Latin Amerika'da İspanyol Sömürgeciliği ve Simon Bolívar'ın Bağımsızlık Mücadelesi" *History Studies International Journal of History* 5, no: 1 (2013): 392; Locke'un da bazı halkların ve kavimlerin tabii hukuka uygun olmadıkları gibi bir görüşü benimsediği, düşünürün 17. yy'da kaleme aldığı lakin ancak 1954 yılında derlenip basılabilmiş olan Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler'i (Essays On The Law of Nature) incelenerek söylenebilir.

eserlerinde belirtmiştir.⁷⁶ Onun tabiat halindeki insanı akılsız da değildir. Öyle ki Locke'a göre insan ve insan aklı tabiatın tamamlayıcısıdır.⁷⁷

Locke için özgürlük, insan doğasının özelliğidir.⁷⁸ Devlet öncesi devirde tabii hukukun sınırları içinde oluşmuş bir özgürlük ve eşitlik hakimdir.⁷⁹ Bu özgürlük bir başıbozukluk durumu olmayıp, insanoğlunun akıl yoluyla kavradığı⁸⁰ tabiat kanunları(*doğa yasaları*); tabiat halindeki insanlara diğerlerinin tabii hakları⁸¹ olan yaşam, mülkiyet, özgürlük ve sair haklarına dokunmamayı öğretir.⁸² Locke'un tabiat halindeki özgür insanı, şahsi mülkiyetten de yoksun değildir. Tabiat halindeki insan, tanrının yarattıkları üzerinde ortak bir mülkiyet sahibi olmakla

⁷⁶ "... Tanrının davet ettiği ve tabiatımızın da eğilimli olduğu erdem ve mutluluğun yüksekliğine ulaştıran tabiat ışığı vasıtasıyla bilinebileceğini kanıtlamıştık." John Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, çev. İsmail Çetin (İstanbul: Paradigma, 1999), 41.

⁷⁷ "... Locke'un doğal insanı kaba ve kısa dönemli bir haz arayıcısı değil, daha bütünlüklü ve uzun dönemli bir mutluluk arayıcısıdır. Locke'un doğal durumdaki insanları ehli, işbirliğine yatkın ve kendisine bırakılan irade özgürlüğünün sınırlarını bilen kişilerdir." Uslu, *Doğal Hukuk*, 142.

⁷⁸ Uslu, *Doğal Hukuk*, 139.

⁷⁹ Locke, *İkinci İnceleme*, 13.

⁸⁰ Esasında bu akıl yoluyla kavrama durumu Locke'a özgü değildir. Locke'dan yüz yıllar önce Cicero da tabii hakların akıl ile kavranacağını belirtmiştir ve bu kuralları koyanın da tanrı olduğunu ifade etmektedir.(Uslu, *Doğal Hukuk*, 37; Cicero, *Yasalar Üzerine*, 36-37-38).

⁸¹ Tabii haklar devletin dokunamayacağı haklardır. Bunlar günümüzdeki negatif statü haklarından en önemlilerini oluştururlar. 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde tam da Locke'un ifade ettiği gibi özgürlük, güvenlik, mülkiyet ve baskıya karşı direnme olarak dört adet tabii hak, devlet iktidarını sınırlamıştır.(Uygun, *Hukuk Teorileri*, 15).

⁸² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 31; Locke, *İkinci İnceleme*, 15; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 186; Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 46.

birlikte,⁸³ kişi(*avcı-toplayıcı-çiftçi*) kendi emeğiyle elde ettikleri üzerinde şahsi mülkiyete sahiptir.⁸⁴

2. Tabiat Kanunları

Locke, insanların akıl yoluyla kavradıkları bu tabiat kanunlarını Tanrı'nın buyruğu(*ilahi irade*) olarak açıklamaktadır.⁸⁵ Zaten Locke'un tabiat kanunlarından ya da tabiat halinden örnek verirken çoğunlukla Tevrat'tan alıntılar yaptığı görülmektedir.⁸⁶ Locke bu örnekleri verirken bir yandan da tabiat kanunlarının varlığını kanıtlama girişiminde bulunmaktadır. Onun bu kanıtlama çabası yalnızca İki İnceleme'ye özgü olmayıp, düşünür bu çabaya çok önceden girişmiştir. Locke'un ilk eserlerinde dahi aynı kanıtlama çalışmasını yaptığı görülmektedir.⁸⁷

Locke, tabii hak ile tabiat kanunlarını birbirlerinden ayırmakta ve tabiat kanunlarının yasaklayıcı-sınırlayıcı olduğunu ve ancak akıl(*tabiat ışığı*) yoluyla kavranabileceğini belirtmektedir.⁸⁸ Düşünür, insanların akıl yoluyla kavrayacakları bu tabiat kanunlarının doğuştan insanın zihninde ya da kalbinde belirgin olmadığını, bilahare insanın aklını ve duyularını uygun biçimde kullanarak bunları kavradığını düşünmektedir.⁸⁹ Düşünür, ün kazanmış düşüncelerden biri olan *tabula rasa* fikrini böylece tabiat kanunlarına uyarlamaktadır.

⁸³ "Tanrı dünyayı insanlara ortaklaşa verdi ..." Locke, *İkinci İnceleme*, 45.

⁸⁴ Locke, *İkinci İnceleme*, 40-41-42.

⁸⁵ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 66-68; Böylece Locke'un tabii hukuku hem klasik teoride olduğu gibi ödevci ve hem de insan hakları bağlamında hakçı temelde gördüğü açıkça ortaya çıkmaktadır.

⁸⁶ Bkz. Locke, *İkinci İnceleme*, 20-31-37-51ff.

⁸⁷ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 18-19-20-21-22-23ff.

⁸⁸ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 18-19-20.

⁸⁹ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 27-28-34-41ff.

İnsanlar akıl yoluyla tabiat kanunlarını kavrayacaklardır fakat Locke, insanlığın ekserisinin doğru gördüğü şeylerin tabiat kanunu için bir kanıt olamayacağını ve aynı zamanda tabiat kanunu nazarında doğru da olmayabileceğini düşünmektedir.⁹⁰ Locke bu düşüncesini açıklarken çeşitli toplumların kendince çarpık, hastalıklı bulduğu adetlerinden örnekler verir.⁹¹ Bu düşünceleri Rousseau'nun genel irade fikri nazarında değerlendirmek gerekirse, Locke'a göre genel irade daima haklı olarak kabul edilmeyecektir.

3. Tabiat Kanunlarına Aykırılığın Cezalandırılmasındaki Sistem

Akıl yoluyla kavradığı tabiat kanunlarına bağlı yaşayan tabiat halindeki insan; yaşamını, hürriyetini ve servetini diğerlerine karşı koruma ve bu haklara el uzatanları da cezalandırma hakkına sahipti.⁹² Fakat tabiat halinde, tabiat kanunlarına uymayanları cezalandırma yetkisi belirli insanlara ya da bir egemene değil, herkese aitti.⁹³

Locke tabiat halindeki insanın barış içinde yaşadığı söylemesine rağmen, tabiat kanunlarına uymama ve uymayanları cezalandırma yüzünden, insanlar arasında kısmi çatışmaların da olduğunu ve bunun da bir savaşı temsil ettiğini söyler. Fakat bu savaş durumu Hobbes'un *herkesin herkesle savaşı* olarak tabir ettiği cehennemi andıran bir ortam olmayıp, kısmi çatışmaları temsil etmektedir. Bu savaşın sebebi ise uyumsuzlukları çözecek bir üst aklın/yargıcın tabiat halindeki

⁹⁰ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 50-51ff.

⁹¹ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 56-57-58-59-60.

⁹² Locke, *İkinci İnceleme*, 93.

⁹³ Locke, *İkinci İnceleme*, 16; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 31; "... her insan saldırganı cezalandırma ve doğa yasaının yürütücüsü olma hakkına sahiptir." Locke, *İkinci İnceleme*, 18.

insanlar arasında bulunmayıdır. Bu yüzden de tabii hukuku ihlal edenleri adil biçimde cezalandırarak otoritenin boşluğu tabiat halindeki insan için ciddi bir sorun teşkil etmekteydi.⁹⁴ Çünkü insan kendi davasının yargıcı olamaz, olursa orantısız cezalar ortaya çıkabilirdi.⁹⁵ Ayrıca tabiat halindeki insan sürekli olarak başkalarının haklarına tecavüzüne açık olduğundan, hakları üzerindeki mülkiyeti de güvende değildi. Bu da insanda korku ve telaş yaratmış, insanı tabiat halini terk ederek tabii haklarının korunması amacıyla kendisi ile aynı amacı taşıyan diğer insanlarla siyasal bir birliktelik oluşturmaya zorlamış, devletin doğumuna gerekçe olmuştur.⁹⁶

B. Toplum Sözleşmesi

1. Sözleşme Sonucu Devletin Doğuşu

Locke, birinci incelemesinde soyun, mülkiyetin ya da zenginliğin egemenliğin meşruiyetinin kaynağı olamayacağını, bu tür durumlarda bir uyruğun egemenin idaresine tabi olma niyetindeki kerametın zenginlikte değil uyruğun aklıktan ölmeme isteğinde olduğunu belirtmektedir.⁹⁷ Ona göre egemenliğin meşruiyetinin kaynağı rızai olan toplum sözleşmesidir. Locke'a göre tabiat halinden çıkmak için insanların siyasal bir bütün oluşturmak üzere karşılıklı olarak

⁹⁴ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 46.

⁹⁵ Belirtmek gerekir ki Locke, tabiat halindeki bu cezalandırma yetkisinin, mutlak monarşilerden daha adaletli olduğunu, çünkü böyle bir durumda yanlış karardan tüm insanlığın sorumlu olduğunu fakat mutlak monarkın hiçbir sorumluluğunun bulunmayacağını belirtmektedir. (Locke, *İkinci İnceleme*, 22).

⁹⁶ Locke, *İkinci İnceleme*, 29-30-31-131-132; Locke'un genel olarak mülkiyet kelimesi ile tanımladığı insanların tabii hakları üzerindeki mülkiyettir.

⁹⁷ Locke, *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*, çev. Fahri Bakırcı (Ankara: İmaj, 2016), 43.

anlaşmaları, yani toplum sözleşmesi düzenlemeleri gerekir.⁹⁸ Sözleşme ile insanlar tabiat kanunlarını yürütme güçlerini ortak bir iktidara devrederek sivil toplumu oluştururlar ki bu da topluluğu tabiat halinden çıkartıp, devlet haline getirir.⁹⁹ Herkes aynı şekilde kendini sınırlandırdığı için toplum sözleşmesi aynı zamanda adil bir anlaşmadır.¹⁰⁰

Düşünüre göre toplum sözleşmesi sonucunda insanlar tek vücut haline gelirler.¹⁰¹ Bu tabir, devletin oluşumu yönünden Hobbes'un Leviathan'ını andırmaktadır. Ancak esasında bu andırmaktan öte, ziyadesiyle alıntılama benzer bir durumdur. Çünkü Locke, eserinde tıpkı Hobbes gibi devleti tanımlarken "Muthişem Leviathan" sözcüğünü kullanır.¹⁰²

Locke'un toplum sözleşmesinin tarihi bir gerçeklik olduğunu düşündüğünü söylemek mümkündür. Zira düşünür, tabiat halinden çıkıp toplum sözleşmesi ile devletleşmenin tarihi bir gerçek olduğuna örnek olarak Sparta, Venedik ve Romalıları vermektedir. Bunu yaparken de tarihi kaynaklardan alıntılar yapmıştır.¹⁰³

⁹⁸ Locke, *İkinci İnceleme*, 23.

⁹⁹ Locke, *İkinci İnceleme*, 95-96.

¹⁰⁰ Locke, *İkinci İnceleme*, 135.

¹⁰¹ Locke, *İkinci İnceleme*, 106.

¹⁰² Locke, *İkinci İnceleme*, 107; Hobbes'un mutlak monarşiyi ve özgürlük karşıtı bir siyasal yapıyı öven fikirlerini açıklarken kullandığı bu tabiri sırf bu sebeple despotizm kavramına dair bir tabir olarak nitelendirmek yanlış olacaktır. Öyle ki halkın tek vücut haline gelmesi manasını taşıyan bu "Leviathan'ı oluşturma" meselesi, özünde her bir bireyin ortak iradeyle yapılan sözleşme neticesinde vücut bulan devletin oluşumundaki bu "ortak iradeyi" temsil etmektedir. Keza Hobbes'un aksine Locke'un olması gereken devletinde genel iradeyi oluşturacak olan Leviathan'ın karşılığı bir mutlak monarşi değil, kuvvetler ayrımına dayalı bir sistemdir.

¹⁰³ Locke, *İkinci İnceleme*, 109-110.

2. Sözleşme ile Kurulan Devletin Temel Amacı

Locke'un hipotezine göre devlet, insanların tabii hukuka uymalarının teminatı¹⁰⁴ ve cezalandırmanın kurumsallaştırılması amacıyla oluşturulmuştur. Dolayısıyla da insanlar devleti kurarken yalnızca cezalandırma yetkisini devlete devretmiş,¹⁰⁵ tabii haklarını ise saklı tutmuşlardır. Jellinek'in sınıflandırması¹⁰⁶ dahilinde düşünülür ise bu haklar negatif statü hakkıdır.¹⁰⁷ Esasında Locke için temel haklar tamamen devredilebilecek, vazgeçilebilecek nitelikte de değildir. İnsanın kendi sahip olduğu haklar üzerinde sınırsız bir yetkisi olmadığını düşünen¹⁰⁸ Locke'a göre, insanlar özgürlüklerinden de yaşamlarından da vazgeçemezler.¹⁰⁹ Dolayısıyla başkalarının kendi yaşamlarını sonlandırmasına ya da kendilerini esir etmesine de izin veremezler.¹¹⁰

¹⁰⁴ Uslu, *Doğal Hukuk*, 223.

¹⁰⁵ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 32.

¹⁰⁶ Sınıflandırma hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin, 2019), 280-281ff.

¹⁰⁷ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 6.

¹⁰⁸ Uslu, *Doğal Hukuk*, 145; İnsanların negatif statü haklarından tamamen vazgeçemeyeceği görüşü bugün de halen baskın görüştür. Bu baskın görüş Türk hukukunda da normatif olarak kendisini Anayasa md. 12, Türk Medeni Kanunu md. 23, Türk Borçlar Kanunu md. 27 ve Türk Ceza Kanunu md. 26/2'de açıkça gösterir.

¹⁰⁹ Locke bu hakların tanrı buyruğu olduğunu ve bu sebeple çiğnenemeyeceği belirtirken, esasında tabii hakları bahşeden kudret tanrı olduğu için insanın bu sebeple kendine ait olmayan bu haklardan tamamen vazgeçemeyeceğini belirtir.

¹¹⁰ Locke, *İkinci İnceleme*, 36; Belirtmek gerekir ki Locke ölüm cezasına karşı değildir. Burada kastedilen; halkın canını, malını, her şeyini monarka devretmesi ve keyfi verilen ölüm cezaları olmalıdır. Locke'un özgürlükten kastettiği ise köle olmamaktır.

Locke, yegane amacı tabii hakları ve insanları korumak olan devletin¹¹¹ sahip olduğu siyasal iktidarını¹¹² ikili bir ayrıma tabi tutar. Locke'a göre ilk olarak iktidar, suçların karşılığında ne ceza verileceğini belirler ki bu yasama iktidarındır. İkinci olarak iktidar, topluma toplum dışından gelecek müdahalelere karşı nasıl bir tepki verileceğini belirler ki bu da savaş ve barış iktidarındır. Bu iktidarların mevcudiyetinin amacı toplumun ve bireylerin tabii haklarının korunması olduğundan,¹¹³ iktidarlar ancak bu amaca yönelik ve ölçülü yaptırımlar ile yasalar tatbik etmelidir.¹¹⁴

3. Sözleşmenin Sonraki Nesiller için Bağlayıcılığı

Locke'a göre sonraki nesiller atalarının devleti kurarken yaptıkları toplum sözleşmesi ile bağlı tutulamazlar. Ancak yine de soylar, ehliyet kazandıklarında atalarının anlaşmalarına daima zımnen onay vermektedirler. Bunun örneklerinden biri

¹¹¹ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 265; Uslu, *Doğal Hukuk*, 220.

¹¹² "Bu durumda, Siyasal İktidarı, Mülkiyeti Düzenlemek ve Korumak için Ölüm Cezasını ve dolayısıyla diğer bütün daha hafif cezaları da içeren Yasalar yapma; Topluluğun gücünü bu Yasaların Uygulanmasında ve Devletin Dış Zararlara karşı savunulmasında kullanma ve bütün bunları Kamu Yararı için yapma Hakkı olarak alıyorum." Locke, *İkinci İnceleme*, 11.

¹¹³ Locke, *İkinci İnceleme*, 95.

¹¹⁴ "İkinci olarak, siyasal iktidar, her insanın, doğa durumunda sahip olup da, toplumun ve bu iktidarın onların iyiliği ve mülkiyetlerinin korunması için kullanılacağına ilişkin olarak verdiği bu açık ya da zımni güvenle kendisi üzerinde oluşturmuş olduğu oradaki yöneticilerin ellerine vermiş olduğu bir iktidardır ... Yöneticinin elindeyken de bu iktidarın, toplumun üyelerinin yaşamlarını, hürriyetlerini ve sahiplenmelerini korumaktan başka bir amacı ve ölçüsü olamaz ve bundan dolayı da bu iktidar olanaklı olduğu ölçüde korunması gerekenlerin yaşamları ve servetleri üzerinde mutlak ve keyfi olmayan ama yasalar yapmaya ve bu yasalara, sadece ve sadece, huzur ve esenliği tehdit edecek düzeyde, bozulmuş parçaların, şiddetin başka hiçbir şekilde meşru olmadığı şekilde kesilip atılması yoluyla bütünüün korunmasına hizmet edebilecek türde yaptırımlar eklemeye ilişkin bir iktidardır." Locke, *İkinci İnceleme*, 182-183.

ise atalarının kurdukları düzenin bir eseri olan mirasın geçişi ya da iktidar sayesinde mümkün kılınan sair bir eylemdir.¹¹⁵ Locke, zımmen verilen onayların belirli hakların kullanımı süresince var olacağını ve özgür insanın daima devletin egemenliğinden çıkararak tekrar tabiat haline dönme hakkının olduğunu fakat açık olarak toplum sözleşmesine rızasını açıklayanın devletin uyrukluğundan çıkamayacağını belirtmektedir.¹¹⁶ Düşünürün “açık rıza” ile ne kastettiği pek anlaşılır değildir. Locke’un açık rıza(*taahhüt*) şeklindeki eylemi sözleşmeye doğum ile(*zımmen*) taraf olma halinin zıttı olduğundan, bu durumun günümüz koşullarındaki doğum ile değil de sonradan sözleşme ile kazanılan bir vatandaşlık durumuna benzetilmesi mümkündür. Böyle olunca da Locke’un doğum ile kazanılan vatandaşlıktan yani atadan gelen sözleşmeye bağlılıktan cayılabileceğini fakat kişinin kendisi sözleşmeye katıldığı zaman bundan cayamayacağını düşündüğü söylenebilir.

Locke’a göre sözleşme bazen kendiliğinden de sonlanabilir. Eğer devlet, sözleşmeye aykırı davranır ise meşruluğunu yitireceği için halkın itaat yükümlülüğü kalmayacaktır. Bu konu aşağıda “Locke’a göre yönetimin meşruluğunun sınırları ve meşruluğunu yitiren yönetime karşı direniş” bölümünde detaylı olarak açıklanmıştır.

4. Sözleşmenin Doğurduğu Sistem

En başta belirtmek gerekir ki Locke’un devlet diye tabir ettiği oluşum, insanların bir sözleşme ile özgür biçimde kendi yönetim biçimlerini seçmeleridir. Bu yönetim biçimi mutlak monarşi de olabilir, seçimli monarşi yahut ırsi monarşi veya

¹¹⁵ Locke, *İkinci İnceleme*, 122-123-124-126.

¹¹⁶ Locke, *İkinci İnceleme*, 127.

demokrasi de.¹¹⁷ Örneğin Locke ırsi monarşiler yönünden, uzlaşma ile halkın iktidarı verdiği egemen gücün daha sonra bu iktidarı mirasçılara bırakabilmesi için halkın uzlaşmasının bu miras ilişkisini de içermesi gerektiğini söylemektedir.¹¹⁸ Locke'un hipotezinin en önemli özelliği, iktidarın(*devletin*) doğuşunun toplumu oluşturan bireylerin rızalarına bağlı olmasıdır. Böylelikle düşünür, siyasal iktidarın kaynağının teokratik temellere dayanmadığını, Hz. Adem'den gelen bir soydan, tanrının kurmuş olduğu bir iktidardan ya da zenginlikten yahut güçlünün güçsüz üzerindeki hakimiyetinden kaynaklanmadığını ve fetihler ile oluşmuş devletlerin meşru kabul edilemeyeceğini belirtir.¹¹⁹

Locke'un herhangi bir devletin oluşumundan ayrı olarak, sözleşme ile kurulan ve tabii hukuka dayalı "olması gereken" devletini ise ikinci incelemede ayrıntılı olarak izah ettiği görülmektedir. Düşünürün dünyayı değiştiren esas fikirleri de işte bunlardır. Bu bölümde de toplum sözleşmesi ile doğan ve "Locke'un olması gereken devletindeki" yönetim sistemi değerlendirilmiştir.

a. Siyasal Rejim

Siyasal rejim, iktidarın temel niteliğini, devletin mimarisini ifade eden bir kavramdır.¹²⁰ Locke, ikinci inceleminin hemen başında siyasal iktidardan ne anladığını ortaya koymakta,¹²¹ "olması gereken" devletin nasıl bir siyasal rejim ile yönetilmesi

¹¹⁷ Locke, *İkinci İnceleme*, 137-138-150.

¹¹⁸ Locke, *Birinci İnceleme*, 98.

¹¹⁹ Fetihlerin meşru bir devlet oluşturamayacağı yönündeki görüşleri için bkz. Locke, *İkinci İnceleme*, 187-188-189ff.

¹²⁰ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 127.

¹²¹ Locke, *İkinci İnceleme*, 11.

gerektiğini de yine ikinci incelemede detaylı biçimde açıklamaktadır.

Locke'a göre mutlak monarşilerin kökeni de rıza temellidir.¹²² Hiçbir sınırlamaya tabi olmayan monarklar, eski çağlardaki öncüllerinin güvenilirlik ve diğer meziyetleri sonucu elde ettikleri hakemlik unvanlarının zamanla gelişmiş, çarpık bir ileri düzeyidir. Tabiat halindeki eşitlik, çarpık bir biçimde zamanla eşit olan insanların belirli bir iktidar kuvveti altında güven içinde yaşama arzuları neticesinde iktidarın mutlak üstünlüğüne dönüşmüştür. Durum böyle olsa bile Locke'a göre mutlak monarşiler tabiatı gereği yıkılmaya mahkumdur. Çünkü Locke'un düşüncesine göre insan hürdür. O, tabiat halini "herkesin kendi davasının yargıcı olduğu" bir durum olarak tanımlarken, sınırsız güçteki mutlak monarkların da kendi davalarının yargıcı oldukları için tabiat halinde olduğunu söyler. Bu mutlak monarkın tebaası ise tabiat halinden de aşağı bir vaziyette, kendi hakkını dahi savunamayacak bir durumdadır.¹²³ Öyleyse insanlar tabiat halinde bulunduğunu anladıkları mutlak monarka karşı kendilerini koruyacak fiili bir yol olmadığını gördüklerinde, kendilerinin de en nihayetinde tabiat halinde olduklarını, güvende olmadıklarını kavrayacaklar ve bu sebeple insanlar iktidarı sınırlandırarak, ortak akılla bir parçası haline geldikleri yaşamaya tabi hale geleceklerdir.¹²⁴

Locke mutlak monarşi gibi diktatörlüğe de karşı çıkmıştır. Monarşilerin aksine diktatör iktidarı miras almış olmayıp, diktatörün iktidarı toplumun kültürel bir mirası durumunda da değildir. Diktatör, egemenliğini sahip olduğu güç ve uyguladığı

¹²² Locke, *İkinci İnceleme*, 106-107-108ff.

¹²³ Locke, *İkinci İnceleme*, 97-98-147.

¹²⁴ Locke, *İkinci İnceleme*, 100-101-102; Locke'un burada yasamadan kastettiği, İngiltere özelinde değerlendirmek gerekirse meşruti monarşideki parlamento benzeri yapılardır.

baskıdan almaktadır. Diktatörlüklerde kuvvetler birliği olup, seçimler yapılmaz. Devrim ya da reform hareketlerine karşı muhalifler daimi bir baskı altında tutulur.¹²⁵ Locke ise mutlakiyetçiliğe karşı çıkmış ve kuvvetler ayrılığını savunmuştur. Hatta kuvvetler ayrılığının sistematik olarak ilk ifadesi bizzat Locke'ta bulunur.¹²⁶ Düşünür, iktidarın kötüye kullanılmasını engellemek için dönem İngiltere'si için de parlamento(*yasama*), kral(*yürütme*) ve yargı ayrılığını savunmuştur.¹²⁷

Temelleri Hannah Arendt tarafından yirminci yüzyılın ikinci yarısında oluşturulan totaliter rejimler teorisinde siyasal rejim; tek bir parti ve bu partinin yoğun biçimde topluma empoze ettiği ve korumak için baskı uyguladığı nazizm(*nasyonal sosyalizm*), sosyalizm gibi ideolojileri içerir.¹²⁸ Liberal düşünceye göre insana kendi geleceğini tayin hakkı bırakmayan eşitlikçi bir sistem, köleler arasında bir eşitlikten farklı olmayacağı için hürriyeti doğuramaz.¹²⁹ Liberal bir düşünür olan Locke'un ideal devleti eşitlikçi dahi olsa totaliter bir rejime sahip değildir. Çünkü Locke'a göre en başta halk, devlet ya da bir ideolojinin

¹²⁵ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 131.

¹²⁶ Hüseyin Arslan, "John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme," *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, no. 17 (2013): 198; Kuvvetler ayrılığı teorisini daha sonra Montesquieu geliştirmiştir.(Çağla, *Siyaset Bilimi*, 186); Locke'un satırları okunduğunda ilk bakışta devlette yasama, yürütme ve federatif güç olarak üç erk bulunduğunun anlaşıldığı belirtilmektedir. Federatif güçten kasıt ise savaş ve barış hakkına dair kudrettir.(İdil Su Ekmekçi, "John Locke'un Liberalizm Kuramı Üzerine," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 106 (2013): 210). Ancak esasında Locke'un kuvvetler ayrılığının da yasama-yürütme-yargı ayrımına dayandığı söylenilebilir.

¹²⁷ Russel, *Batı Felsefesi Tarihi*, 258.

¹²⁸ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 137-138-139.

¹²⁹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 11.

esiri olmayıp, devlet insanların kendilerini hür ve güvenli bir ortamda (*özgürce*) geliştirebilmesi için kurulmuştur.

Locke'un gönlünde yatan yönetim modeli esasında demokrasidir. Ona göre demokratik olmayan yönetimlerde tabii hakların güvenliği tehlikededir.¹³⁰ Ancak Locke'un tabii hukukun üstünde hiçbir güç olamayacağı, insanların daima tabiat kanunlarına göre yaşamaları gereği ve insanların ekserisinin uygun bulduklarının daima tabiat kanunları nazarında haklı olmayabileceği şeklindeki düşünceleri¹³¹ "tabii hukuka dayalı" bir demokrasi sistemini doğurmaktadır. Çünkü böyle bir düşünceye göre bütün bir toplumun ortak değerlerine uygun olsa bile tabii hukuka uygun olmayan bir durum, gayrimeşru hale gelmektedir.¹³²

Kısaca "halkın temsilcilerinin yönetimi"¹³³ olarak tanımlanabilecek demokrasi¹³⁴ modeli kendi içinde çoğunlukçu ve çoğulcu modeller olarak ikiye ayrılır. Çoğulcu(*oydaşmacı*)¹³⁵

¹³⁰ Locke, *İkinci İnceleme*, 148.

¹³¹ Locke, *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*, 50-51ff.; Locke, *İkinci İnceleme*, 143-144.

¹³² Tabii hukuk felsefesinin, halkın iradesinin ötesinde "tabii hukuka uygunluğu" esas aldığı için demokrasi ile ters düştüğü belirtilmiş, lakin Locke'çu tabii haklar teorisinde yönetim yönetilenlerin rızasına dayandığı için bu durumun demokrasiyle birleştiğini belirtenler de olmuştur. (Uslu, *Doğal Hukuk*, 224).

¹³³ Arend Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, çev. Güneş Ayas-Utku Bulsun (İstanbul: İthaka, 2014), 15.

¹³⁴ Demokrasi köken itibarıyla Eski Yunancada halk iktidarını tanımlayan bir sözcüktür. (Çağla, *Siyaset Bilimi*, 140).

¹³⁵ Çoğulcu demokrasi, çoğunlukçu demokrasinin aksine azınlıkta kalanların daimi muhalefetine karşı olup, kaybedenlerin de karar alma süreçlerine katkısının sağlanmasını öngörür. Toplumun belli ideolojiler altında bölündüğü devletlerde oy dağılımı kolay kolay değişmeyeceğinden, çoğunlukçu bir modelde uzun yıllar azınlığın iktidar olamama riski bulunmaktadır. Bu nedenle çoğulcu modelde amaç çoğunlukçu demokrasi

demokrasi ile çoğunlukçu(*Rousseau*) modeli¹³⁶ bir demokrasi arasındaki temel farkı azınlığın yönetim üzerinde ne kadar söz sahibi olduğuna dair bir kıyas ile yapmak mümkündür.¹³⁷ Locke'un İki İnceleme'deki görüşleri ise çoğunlukçu bir demokrasi modeli öngörmektedir.¹³⁸ Locke'ta yönetim yönetilenlerin rızası sonucu oluştuğu için yönetim şeklinin belirlenmesi, yasamanın seçimi gibi noktalarda da rıza gerekir. Ancak bu seçimlerde çoğunluğun rızası yeterlidir.¹³⁹ İnsanlar oybirliği ile anlaşarak devleti kurduktan sonra kendilerini çoğunluğun iradesine tabi kılarlar. Nitelikli bir çoğunluk belirlenmemiş ise bu çoğunluk salt çoğunluktur.¹⁴⁰ Locke, vergiler konusunda ise farklı düşünerek, daima halkın genelinin ya da temsilcilerinin onayının alınması gerektiğini düşünür.¹⁴¹ Öyleyse Locke'un demokrasi anlayışının çoğunlukçu değil Rousseau gibi çoğunlukçu bir demokrasi anlayışı olduğu söylenebilir.

Demokrasilerde egemenliğin aidiyeti konusunda da ikili bir ayırım yapmak gerekir. Doktrinde egemenliğin aidiyeti konusunda halk egemenliği ve milli egemenlik olmak üzere ikili bir ayırım yapılmakta, milli egemenliğin(*genel iradenin*) halkın bireyler olarak toplamından ayrı bir varlığa sahip olduğu belirtilmekte,¹⁴² halk egemenliğinde ise halkın bireyler olarak

modelinin tek partili çoğunluk hükümeti öngörüsünün aksine yürütme gücünün toplumun olabilecek en geniş kesimini kapsayan bir koalisyonun kullanımında olmasıdır. (Lijphart, *Demokrasi Modelleri*, 17-53-54-55-57).

¹³⁶ Rousseau oydaşmacı demokrasiyi ideal bir rejim olarak görür. Fakat onun görüşünde bu tür bir siyasal rejim çok az nüfuslu toplumlarda uygulanabilecek bir rejimdir.(Çağla, *Siyaset Bilimi*, 128).

¹³⁷ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 172.

¹³⁸ Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 188.

¹³⁹ Uslu, *Doğal Hukuk*, 223-224.

¹⁴⁰ Locke, *İkinci İnceleme*, 105-106-107-108ff.

¹⁴¹ Locke, *İkinci İnceleme*, 150.

¹⁴² Gözler, *Kurucu İktidar*, 16.

toplumunun egemenliğinin söz konusu olduğu açıklanmaktadır.¹⁴³ Genellikle genel irade ve milli egemenlik kavramları Rousseau'nun fikirleri ile özdeşleştirilir.¹⁴⁴ Lakin Hobbes'un Leviathan'ında da devleti oluşturan toplum, bir bütün olarak adeta tek vücut haline gelerek bireylerden bağımsız biçimde Leviathan'ı oluştururlar. Fark ise mutlak monarşi-demokrasi ayrımından kaynaklanır. Aynı "Leviathan" durumu, yukarıda belirtildiği üzere Locke'un düşünceleri için de geçerlidir.¹⁴⁵ Öyleyse Locke'un halk egemenliğini savunduğunu düşünmek yanlış olacaktır.

b. Hukukun Üstünlüğü

Locke'a göre yönetim altındaki insan, her bir bireyin ortaklaşa kurduğu yasama iktidarının kurallarına tabi olarak özgürlüğünü sürdürür. Kuralın olmadığı alanlarda ise insan özgürdür.¹⁴⁶ Locke böylece günümüzün negatif statü haklarını ve liberal bir devlet yapısını tarif etmekte, özgürlüğün istisna değil kural olduğu bir hukuk düzenini ortaya koymaktadır. Buna göre devlet yalnızca güvenliği sağlayacak ve suç ve ceza politikasını yürütecektir.¹⁴⁷ Cebir gücünü yöneticiye veren gerekçe ise tabii hukuka uygun yapılmış pozitif kanunlara toplumun her bir üyesinin yararının sağlanması amacıyla halk tarafından uyulmasını zorlaması amacıdır.¹⁴⁸ Öyleyse, Locke'un ideal devletinin bir hukuk devleti olduğu rahatça söylenebilir.

¹⁴³ Özer, *Anayasa Hukuku*, 54; İbrahim Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar* (İstanbul: Legal, 2018), 187-189.

¹⁴⁴ Bkz. 58. dipnot.

¹⁴⁵ Locke, *İkinci İnceleme*, 107.

¹⁴⁶ Locke, *İkinci İnceleme*, 35.

¹⁴⁷ Ölüm cezası yahut daha az şiddetli kanunları çıkartıp bunları tatbik edecek düzeni kurmak ve bunların hepsini halkın iyiliği için yapmak.

¹⁴⁸ Locke, *Birinci İnceleme*, 96.

Chevallier'e göre de toplum sözleşmesi ile devlete ve bireylere çeşitli hak ve yükümlülükler veren, devletin egemenlik gücünü sınırlandıran temel güç aslında hukuktur. Zira bir hukuk devletinde bireylere tanınmış temel haklar, esasında iktidarı sınırlandırır.¹⁴⁹ Hukuk devleti kavramının ana fikri de devletin sınırlandırılması olduğundan, bu kavramın temellerinin atılmasında da işte bu liberal "sözleşmeci" fikirler etkili olmuştur.¹⁵⁰

Locke'a göre devlet insanların hürriyetlerini ancak belirli ve insanlarca bilinebilen yasalarca, özgür ve yetkilendirilmiş¹⁵¹ yargıçların kararları ile kısıtlayabilecektir.¹⁵² İlan edilmiş yasalara göre yönetilmeyen toplumların ise tabiat halinden bir farkı yoktur.¹⁵³ Ancak bu hukuk devletinin ardındaki hukuk felsefesi, pozitivist bir felsefe değildir. Locke'a göre iktidar ister tek elde toplansın ister çok kişi ortaklaşa kullansın(*demokrasi*), iktidarın sınırı tabiat kanunlarına uygun çıkarılmış devlet yasaları, toplumun kamusal yararı ve en nihayetinde tabiat kanunlarıyla(*tanrı iradesi*) sınırlıdır.¹⁵⁴ Devletin çıkaracağı her norm tabii hukuka uygun olmalıdır. Aksi halde kanun zaten geçerli değildir. Locke'un hipotezinde iktidar başta pozitif yasalarla sınırlı olsa da esasında tabii yasalar ile sınırlıdır ki bu yasalar da insanların devredilmez temel hak ve hürriyetlerini içerirler. Yasaların düzenlemediği alanlarda ise yürütme gücüne sahip iktidar, toplumun iyiliği için bu konuları düzenleyebilir.¹⁵⁵ Önemli olan şudur ki, yasama gibi yürütme de iş ve işlemlerinde tabii hukuk ile sınırlıdır.

¹⁴⁹ Jacques Chevallier, *Hukuk Devleti*, çev. Ertuğrul Cenk Gürcan (Ankara: İmaj, 2010), 49-50.

¹⁵⁰ Chavallier, *Hukuk Devleti*, 50.

¹⁵¹ Tabii hakim ilkesine ışık tutar.

¹⁵² Locke, *İkinci İnceleme*, 135-145.

¹⁵³ Locke, *İkinci İnceleme*, 145.

¹⁵⁴ Locke, *İkinci İnceleme*, 143-144.

¹⁵⁵ Locke, *İkinci İnceleme*, 174-175.

c. Değerlendirme

Yukarıda açıklanan veriler nazarında bir değerlendirme yapıldığında, Locke'un ideal devletinin yönetim sistemi bakımından ortaya çıkan sonuç şudur: Locke'un ideal devleti; kuvvetler ayrılığına ve genel iradeye dayanan, çoğunlukçu demokrasiye sahip, liberal bir hukuk devletidir.

C. LOCKE'A GÖRE YÖNETİMİN MEŞRULUĞUNUN SINIRLARI ve MEŞRULUĞUNU YİTİREN YÖNETİME KARŞI DİRENİŞ

1. Meşruluğun Sınırları ve Yitirilmesi

Locke'un iktidarın kaynağına dair temel felsefesi, insanların kendi rızaları olmaksızın tabii haklarından kısmen de olsa yoksun kılınmayacakları üzerine oturtulmuştur. Ona göre bir kişinin kendisini tabii hürriyetini kısıtlayarak bir sivil toplumun üyesi haline getirmesi ancak tabii haklarının güvenli biçimde kullanımının temini ve mutlu, huzurlu bir hayat sürmesi yolunda diğerleriyle yaptığı bir anlaşmanın sonucu olabilir.¹⁵⁶ İnsanı akıllı bir varlık olarak kabul eden Locke'a göre insan kendini bile bile tabiat halinden daha kötü bir siyasallaşmış toplumun içine sokamaz. Çünkü bu düpedüz akılsızlık olup, insan doğasına ters bir vaziyettir.¹⁵⁷ İnsanlar toplum haline gelirken tabii haklarını güvence altına alarak huzurlu biçimde yaşama amacıyla hareket etmişlerdir. Öyleyse mutlak keyfi bir iktidarın ya da belirsiz yasaların tabiiyeti altında yaşamak için özgürlüklerinden vazgeçmiş olamazlar. Locke'un temel düşüncesine göre insanlar kendilerine ait olmayan tabii haklarından rızaları ile dahi olsa tamamen vazgeçemezler.

¹⁵⁶ Locke, *İkinci İnceleme*, 105.

¹⁵⁷ "Ancak akıllı bir yaratığım özgürken kendi zararı için kendisini bir başkasının tabiiyetine koyacağı düşünülemezğinden ... "Locke, *İkinci İnceleme*, 174.

Öyleyse tabii hakların sınırsız biçimde devredildiği veya bunları korumayan despotik iktidarlar, rızai iktidar olamayacaklarından meşru da değildir.¹⁵⁸

2. Meşruluk Yitirildiğinde Direnişin Bir Ödev Haline Geldiği

Locke'a göre güven vermeyen iktidarı değiştirme gücü her zaman toplumda olup, zulmeden bir iktidara karşı direnmek ise insanın tabiatının bir gereğidir.¹⁵⁹ Esasen Locke bu düşünceleriyle direnişi tabii hukukun ödevci kısmına dahil tabii bir zorunluluk olarak görmekte, bütün bir insanlığa da zorba iktidarlara karşı direnmeyi teşvik etmektedir.¹⁶⁰ Locke bu düşüncelerini, kimsenin kendisine ait olmayan tabii haklarını başka bir insana devredemeyeceği düşüncesi ile desteklemekte ve direnmeyi adeta tanrı buyruğu olarak lanse etmektedir.¹⁶¹

İşte tüm bu gerekçelere dayanarak Locke, insanlığa haklı varsaydığı bir direniş teorisi sunar. Locke'un ihtilal teorisinde direniş, ancak son çare olarak başvurulabilecek bir yoldur.

¹⁵⁸ Locke, *İkinci İnceleme*, 145-146-183.

¹⁵⁹ "Çünkü halk perişan edildiğinde ve kendini keyfi iktidarın kötü muamelesine maruz bırakılmış bulduğunda, yöneticileri, Jupiterin oğullarını övdüğümüz kadar göklere de çıkarsanız, onları kutsal ve tanrısal da yapsanız, gökten de indirseniz ya da yetkilendirseniz, halka kimi ya da neyi verirsiniz verin aynı şey olacaktır. Kendisine genellikle kötü ve hakka aykırı biçimde davranılan halk fırsatını bulduğunda ağır gelen bir yükten kendisini kurtarmaya hazır olacaktır. ..." Locke, *İkinci İnceleme*, 233.

¹⁶⁰ "Bir amaca ulaşmak amacıyla güvene dayalı olarak verilen iktidarın tümü bu amaçla sınırlı olduğundan, bu amaç açıkça saosaklandığında ya da bu amaca aykırı davranıldığında bu güvenin ister istemez kaybedilmesi ve bu iktidarın, iktidarı vermiş olup, kendi güvenlik ve emniyetleri için onu en uygun olduğunu düşündükleri yeni ellere yeniden yerleştirebilecek kişilerin ellerine geçmesi zorunludur." Locke, *İkinci İnceleme*, 159.

¹⁶¹ Locke, *İkinci İnceleme*, 160.

Locke'a göre toplumun direnmesi gereken iktidar ya hiç meşru olmamış, fetihçinin iktidarı ve benzeri durumlardır ya da meşruluğunu sonradan yitirmiş tiranlık benzeri uygulamalardır.¹⁶²

Locke'un yönetimin içeriden çözülmesi olarak adlandırdığı, iktidarın keyfi iradesiyle yasamayı değiştirdiği ya da halkın yabancı bir iktidarın tabiiyetine bırakıldığı tiranlık benzeri durumlarda düzen bozulduğu için insanlar yeni bir iktidar kurma hürriyetine sahiptirler. Yine iktidarın kendisine duyulan güvene aykırı hareket ederek, halkın tabii haklarına tecavüz etmesi halinde de halkın kendisine verdiği iktidar son bulacağından, yeni bir iktidar kurma hakkı halka tekrar dönecektir. Çünkü halk tabii haklarını bir başkasının keyfi uygulamaları ve hataları yüzünden kaybedemez. Böyle bir durumda ihtilal yapma girişimde bulunan direnen halk değil, kendilerine meşru biçimde verilmiş yönetimin sınırlarını aşarak onu kötüye kullanan iktidardır. Bu kötü yöneticiler toplumu savaş durumuna bu kötülükleri sonucu getirirler ve yönetimin çözülmesini kendileri sağlarlar.¹⁶³ Zira devlet toplumun mutluluğu için kurulur, ihtilal ise topluma değil devlete karşı yapılmaktadır. Bu sebeple de yönetenlerin sözleşmeyi ihlal ettikleri vakit yapılacak ihtilal, meşru bir savunma ve aynı zamanda ahlaki bir ödev niteliğindedir.¹⁶⁴

Belirtmek gerekir ki Locke'un ihtilal teorisinde devlet(*Leviathan*) ile yasama-yürütme-yargı gibi iktidarın çeşitli erkleri arasında bir ayırım yapılmamıştır. Bu teoride salt yasama ve yürütme erklerinin zulmüne karşı direnerek iktidarın ardındaki gücü ve kişileri değiştirme fikri yoktur. Bu teoride

¹⁶² Yıldız, "Direnme Hakkı," 393-394-399ff.

¹⁶³ Locke, *İkinci İnceleme*, 227-228-229-230-231-234-235ff.

¹⁶⁴ Uygun, *Hukuk Teorileri*, 14-15; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 187-188-189; Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 46.

iktidarın ardındaki gücün değişiminden de öte, zulmeden iktidarın “içeriden çözüldü” zaman tabiat haline benzer bir durumun oluştuğu ve sözleşme ile doğan anayasal düzenin de yıkıldığı sonucuna varılır.¹⁶⁵ Böylece anayasal düzeni iflas etmiş devletlerin ihtilaller ile yıkılarak, tabii hakları koruyan yeni bir anayasal düzen kurulmasının önü açılmaktadır.

Locke’un “Yönetimin amacı insanoğlunun iyiliği olduğuna göre, halkın sürekli olarak tiranlığın sınırsız isteklerine maruz kalması mı yoksa yöneticiler, iktidarlarının kullanımında aşırıya gittiklerinde ve iktidarlarını halklarının mülkiyetlerinin korunması için değil de yok edilmesi için kullandıklarında karşı konulabilir olmaları mı insanoğlu için en iyisidir?”¹⁶⁶ şeklindeki cümleleri değerlendirildiğinde, düşünürün zorbalığa karşı direnmeyi sanki yönetimi girdiği yanlış yoldan döndürecek bir denge mekanizması, yargının yanındaki dördüncü bir kuvvet olarak gördüğünü söylemek de yanlış olmayacaktır.

IV. TOPLUM SÖZLEŞMESİ HİPOTEZİNİN ELEŞTİRİSİ

A. Locke’un Toplum Sözleşmesi Hipotezinin Felsefi Yönden Eleştirilmesi

Devlete dair felsefi düşünceler, polis üzerine oluşturdukları düşünceleri ile Aristo ve Platon’dan başlar.¹⁶⁷ Hegel’in söylemiyle insan aklının yarattığı en güzel yapı¹⁶⁸ olan devlet, insanlığın varoluştan sonraki evresinde ortaya çıkan bir

¹⁶⁵ Locke’a göre tabii hakların korunmadığı mutlak monarşilerde halk tabiat halinden de aşağı bir pozisyona gelir ve bu durumda iktidarı sınırlandırmaktan başka çaresi kalmamaktadır. Locke, *İkinci İnceleme*, 100-101-102.

¹⁶⁶ Locke, *İkinci İnceleme*, 237.

¹⁶⁷ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 250.

¹⁶⁸ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 250.

olgudur.¹⁶⁹ Günümüzde devlet, “Karmaşık, çok yönlü, siyasallaşmış¹⁷⁰ bir sosyal yapı” olarak tanımlanır¹⁷¹ ve kendini oluşturan halk, ülke, hukuk sistemi, egemenlik gücü yahut somut olarak gözlenebilen sair özelliklerin toplamının da ötesinde bir soyutlama olarak algılanır.¹⁷²

Devletin ne şekilde oluştuğuna ve aile, klan, kabile gibi insan topluluklarının ne zaman siyasal bir toplum haline geldiğine yönelik doktrinde birçok teori ortaya atılmış ve toplum sözleşmesi teorisi birçok düşünür tarafından çeşitli yönleriyle eleştiri konusu yapılmıştır. Bu düşünürlerden kimileri teoriyi eleştirmekten ziyade yalnızca devletin oluşumu ve amaçları konusunda kendi hipotezlerini geliştirirken dolayısıyla toplum sözleşmesi teorisini eleştirmişler, kimisi ise doğrudan toplum sözleşmesi teorisini tenkide girişmiştir.

1. Dolaylı Eleştiriler: Devletin Doğumuna Dair Diğer Teoriler

Devletin doğumuna dair görüşlerden bir kısmı, devletin oluşumunun dışsal bir baskı olmaksızın, zaman içinde kendiliğinden geliştiği yönündedir. İlk önemli temsilcisinin Aristo sayıldığı içgüdüsel teoriye göre özünde sosyal bir varlık olan insan, içgüdülerinin sonucunda toplumlaşmış, toplumlar da en nihayetinde devletleşmiştir.¹⁷³ Devletin temellerinin

¹⁶⁹ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 30; Modern anlamda devletin ortaya çıkışının 15-16. yy. olduğu söylenmektedir.(Kemal Gözler, *Kurucu İktidar* (Bursa: Ekin, 2016), 66).

¹⁷⁰ Toplumsal yapı içinde yönetenler ile yönetilenler arasındaki ilişkiler, geniş anlamda siyaset olarak tanımlanabilir.(Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 5).

¹⁷¹ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 4-30-31.

¹⁷² Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 32.

¹⁷³ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 44-45.

ataerkil bir ailenin zamanla genişlemesinde görüldüğü ve en ünlü temsilcisinin Locke'un birinci incelemede eleştirdiği Robert Filmer olduğu teori ise aile teorisi olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁴ Engels'e göre ise devlet ve hukuk, takasın ve işbölümünün gelişmesiyle zamanla şekillenmiş,¹⁷⁵ üretim araçlarında özel mülkiyetin ortaya çıkmasıyla birlikte sınıflar arasında başlayan çatışmalar karşısında hakemlik görevinde bulunmak ve egemen sınıfın hegemonyasını baskın tutmak görevini üstlenmiştir.¹⁷⁶ Bu devlet teorisi, sınıfsal devlet teorisi olarak adlandırılır¹⁷⁷ ve bu teoriye göre devletin temelinde ekonomik gayeler yatmaktadır.¹⁷⁸ Aynı görüşlerdeki Marx, sözleşme ve tabiat halinin de gerçektışı varsayımlar olduğunu düşünmüştür.¹⁷⁹

Bazı görüşler ise devletin doğumunun ardındaki gerekçeyi insanın itaat etmeye olan eğilimine bağlamaktadır. Devletin ortaya çıkışını dini temellere bağlayan Gauchet'e göre devletin kökenini insanlığın kendi kaderine hakim olamama olgusunda yani dinde aramak gerekir. Gauchet'e göre devlet, kendilerinin efendisi olan insanların toplanarak ortak rızaya dayalı bir biçimde kendi örgütlenmelerini kurması sonucu oluşmamıştır. İnsanlar arasında bir hakimiyet türü olarak bir küme insanın diğer bir küme insan tarafından yönetilmesi şeklinde ortaya çıkan devlet, esasında bir anda var olmuş değildir. Devlet fikrinin temelleri insanoğlunun varoluşunu tanrısal varlıklara bağladığı zamanlarda atılmıştır. İnsanoğlunun varlığını ve

¹⁷⁴ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 42-43; Özer, *Anayasa Hukuku*, 33.

¹⁷⁵ Rona Serozan, *Karl Marx&Frederich Engels Devlet ve Hukuk* (İstanbul: Ayrıntı, 2018), 54.

¹⁷⁶ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 43.

¹⁷⁷ Çağla, *Siyaset Bilimi*, 268.

¹⁷⁸ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 55.

¹⁷⁹ Barış Aydın, "Toplum Sözleşmesi Teorilerinin Marx ve Foucault Temelli Eleştirisi," *Liberal Düşünce Dergisi* 24, no: 94 (2019): 80.

dünyasının düzenini bir güce bağlamasından ve dünyasının düzenini de bu gücün müdahalesine borçlu olduğu algısı ve bundan doğan yönetilme ihtiyacı yüzünden, durum zamanla insanların insanları yönetmesine evrilerek, küçük toplulukların yönetiminden devletlerin yönetimi haline gelmiştir. Böylece düşünür, insanların daha sonra yönetilme ihtiyacına sahip olduklarını söyleyen toplum sözleşmesi teorisini reddetmektedir. Ona göre yönetilme ihtiyacı insanın tabiatında vardır.¹⁸⁰ David Hume da devletin doğuşuna dair nispeten benzer görüşlere sahiptir. Hume'a göre de insanlar itaat etmeye eğilimli varlıklardır ve bunun kökeni de aileden başlar. Ona göre insanlar akılcı bir yaklaşımla değil, çevresel etkenlerin zorlaması veya hayatın akışı sonucunda siyasal toplumlar haline gelmişlerdir.¹⁸¹

Devletin doğumunda dışsal bir baskının yahut cebrin söz konusu olduğu yönündeki görüşler ise iki kısımda incelenebilir. Bu görüşlerden ilkinde, insanlar şiddete karşı birleşirler. Devletin kökenini araştırırken tarihi bilgilerden de yararlanan Lipson'a göre insanlar saldırılara karşı kolektif bir savunma gerçekleştirmek amacıyla gruplaşmışlar ve zamanla bu gruplar devlete evrilmiştir.¹⁸² Devletin oluşumunda baskı veya cebrin söz sahibi olduğu yönündeki diğer görüşlere göre ise insanlar şiddete karşı birleşmemiş, kuvvet zoruyla birleştirilmişlerdir. İçlerinde İbn Haldun'un da bulunduğu ve çağımız temsilcisinin Franz Oppenheimer olduğu kuvvet teorisinde devlet, özünde güçsüzlerin güçlülere boyun eğmeleriyle ortaya çıkmış bir

¹⁸⁰ Marcel Gauchet, "Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri" Libre 4, Payot, Paris: 1977, çev. Ozan Erözden (Akal, *Devlet Kuramı*, 33-34-35-36-4ff.).

¹⁸¹ Mehmet Türkan, 'David Hume'da Doğal Hukuk ve Sözleşme Kuramının Eleştirisi,' *Beytülhikme Felsefe Dergisi* 4, no: 2 (2016): 170-171-173.

¹⁸² Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 58-59-60ff.

yapıdır.¹⁸³ İbn Haldun, tabiat halindeki insanı bedevi toplumu örnek olarak betimler. Ona göre sosyal bir varlık olan insanın doğasında iyilik, saldırganlık ve kötülük bir arada bulunur. İnsanın içindeki bu değerler, dış etkenlerin neticesinde dışa vurulmaktadır. Bedevi yani siyasallaşmamış toplumlarda insanlar daha çok iyiye yönelirler. Fakat şehirleşmiş, siyasallaşmış(*hadari*) toplumlarda mülkiyet, servet ve sair değerlerin ortaya çıkmasıyla insanı kötüye yönlendirecek dış etkenler fazlalaşır.¹⁸⁴

Devletin oluşumunun zaman içinde belirli bir evrimin eseri olmadığı, bu oluşumun direkt olarak gerçekleştiği yönünde görüşler de mevcuttur.¹⁸⁵ Bu yöndeki ilahi teoriye göre devlet, yaratıcı tarafından kurulmuş ve insanları yönetme yetkisi de yine yaratıcı tarafından belirli kişi veya gruplara verilmiştir.¹⁸⁶ Hans Kelsen ise devletin varlık kökenini bir normlar bütünü olarak görerek, hukuka dayandırmaktadır.¹⁸⁷

2. Doğrudan Toplum Sözleşmesi Hipotezine Yapılan Eleştiriler ve Ferdietçi Doktrin

Locke'un tabiat halini de sözleşmeyi de tarihi bir gerçeklik olarak düşündüğü yukarıda belirtilmişti. Durkheim ise Rousseu'nun toplum sözleşmesine dair değerlendirmelerini

¹⁸³ Özer, *Anayasa Hukuku*, 33; Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 50-51; Serhat Düvenci "Kuvvet ve Mücadele Teorisine Göre Mezopotamya'da Devletin Ortaya Çıkışı," *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 1, no: 1 (2018): 107-108ff.

¹⁸⁴ Zeynel Abidin Kılınç, "Toplumsal Sözleşme Teorileri İbn Haldun ve İnsan Doğası," *Pesa Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi* 4, no: 1 (2018): 63-64.

¹⁸⁵ Locke'un toplum sözleşmesi hipotezinde de devlet zaman içinde değil, sözleşme sonucunda direkt olarak oluşur.

¹⁸⁶ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 43.

¹⁸⁷ Zabunoğlu, *Devlet Kuramına Giriş*, 48-49.

yaparken, tabiat hali ile ilgili çözülmesi gereken problemin tarih ile değil psikoloji ile ilgili olduğunu belirtmekte, sözleşmenin tarihsel bir gerçekliği yansıtamayacağını dile getirmektedir.¹⁸⁸ Ünlü bir pozitivist olan Bentham da tabiat hali kavramını “ciddiye alınamayacak kadar yabancı”, sözleşmeyi ise bir “hayal” olarak nitelendirmektedir.¹⁸⁹

Tüm bunların haricinde esasen toplum sözleşmesi hipotezlerine en büyük darbeyi vuran, ancak bunu yaparken de insanın tabii olarak sahip olduğu vazgeçilmez ve devredilmez hakları olduğu fikrini yücelten, ferdiyetçi doktrin olmuştur.¹⁹⁰ Tabiat hali ve sözleşmenin tarihi, sosyolojik yahut antropolojik temellerinin boş olduğu düşüncesi ve hatta bu durumlar bir hipotez olarak algılansa bile işin felsefesinde de mantıksızlıklar bulunduğu yönündeki eleştiriler, insan hakları bakımından başka bir akımın doğumuna sebep olmuştur. Fransız Devrimi'nden sonra gelişen bu akım, ferdiyetçi doktrin(*bireycilik*)¹⁹¹ olarak adlandırılır. Bu düşünceye göre insanın tabii haklarını açıklamak için dayanaksız ve mantıksız sözleşme teorilerine dayanmanın gereği yoktur. Devlet ve benzeri siyasal yapılar farazi müesseseler olup bunlar insanların maddi ve manevi varlığını en iyi şekilde geliştirmesi için insanlar

¹⁸⁸ Durkheim, *Toplum Sözleşmesi*, 9.

¹⁸⁹ Mete Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Yakın Çağ* (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015), 39-50.

¹⁹⁰ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 38-39.

¹⁹¹ Ferdiyetçi doktrin, Locke'un fikirlerinin de ötesinde bir liberalizmi tetiklemiştir.(Bireycilik hakkında bkz. Çetin, “Liberalizmin Temel İlkeleri,” 221) Daha sonraları ise toplumun insana feda edilmemesi için ferdiyetçilik yumuşatılmış, toplumun bazı kesimlerine pozitif ayrımcılık yapılması düşünceleri ve sosyal haklar gelişmiştir.(Bkz. Rosa Süleymanoğlu, “Keynesçi Refah Devleti'nin Gelişimi, Dönüşümü ve Sosyal Hizmet Bağlamında Değerlendirilmesi,” *Çekmece İzü Sosyal Bilimler Dergisi* 4, no: 8-9 (2016): 274-275-276ff.; Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 49-50-51-52ff.).

tarafından kurulmuş yapılardır. İnsanın sahip olduğu hak ve özgürlüklerin temel amacı da bu gelişimin sağlanmasıdır. Eğer devlet bu amacı gerçekleştirme görevini yerine getirmezse zaten kendi varlık nedenini kaybetmiş olacaktır. Her hakkın kaynağı da zaten insandır. Toplumun asıl gayesi ise insanın yüceltilmesi ve korunması olmalıdır. Öyleyse bunu ne ilahi bir varlığa ne de tabiat halindeki eşitlik ve hürlüğün devletle yapılan bir sözleşme ile muhafazasına bağlamaya gerek yoktur.¹⁹²

B. Locke'un Toplum Sözleşmesi Hipotezinin Tarihi ve Bilimsel Yönden Eleştirilmesi

Antik çağlardan günümüze yansımış hukuk metinlerinden de görüldüğü üzere, devletlerin amacı çoğu zaman halka zulmederek kralı yüceltmek, köleleri baskıyla yöneterek bir aileye refah sağlamak yahut sırf askeri bir teşkilat ve ona zorla hizmet eden tebaa vasıtasıyla diğer kavimleri istila etmek olmamış, aksine antik medeniyetlerin oluşturduğu devletlerde de ekseriyetle iktidarlar halkın(çoğunlukla hürlerin) güvenliğini, huzurunu ve özellikle de toplumsal adaleti teşekkül etmek amacıyla girişmiştir.¹⁹³ Binlerce yıl önce dahi devletler, çıkarttıkları kanunlar ile de bu amaçlarını ortaya koymuşlardır.

Devletin kuruluşunun bir sözleşme(rıza) sonucu gerçekleşmiş olduğu fikri hukuki açıdan iki önemli sonuca gebe dir. Bunlardan ilki devletin kuruluşundan önce de sözleşme yapma bilincine ve dolayısıyla hukuk bilincine ve sistemine sahip devletleşmemiş bir toplumun varlığı, ikincisiyse devleti kuran sözleşmenin yazılı/yazısız bir anayasa görevi gördüğü

¹⁹² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 38; Özer, *Anayasa Hukuku*, 92-93; Anıl Çeçen, *İnsan Hakları* (Ankara: Seçkin, 2015), 43-44; Locke'un hipotezinin bireycilik ile benzerlik gösterdiği söylenebilir.

¹⁹³ Örneğin, antik Mısır'ın ilk zamanlarında firavunun ölümünden sonraki hayata hak kazanabilmesi için dünyada adaleti sağlamış olması gerekiyordu. (Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 35).

gerçeğidir. Belki toplumu oluşturan bütün insanlar toplanıp yazılı/yazısız bir sözleşme yapmamıştır fakat buna az da olsa yakın olayların tarih boyunca kurulmuş bazı devletlerin geçmişinde bulunması mümkündür. Kaldı ki tabiat hali ve toplum sözleşmesi olarak isimlendirilen bu farazi gerçeklerin tarihi kökenlerini araştırmamak için de bir sebep yoktur. Elbette nihai bir sonuca ulaşılmak isteniyorsa çok daha ayrıntılı ve uzun süren tarihi bir araştırma yapmak gerekmekte olup, bu çalışmada yalnızca hipotezin tarihi kökenleri yüzeysel olarak değerlendirmeye alınmaktadır. Bu doğrultuda da maddi bir vakia olarak tabiat hali ve toplum sözleşmesi fikrinin gerçekliği iddiası, tarihsel veriler ışığında eleştirilmektedir.

1. Tarih ve Bilimsel Gerçekler Karşısında Tabiat Hali

İlkel toplumlar; iş gücü ve ekonominin zayıf olduğu, yazı ve devletin var olmadığı toplumlar olarak ölçütlenilebilir.¹⁹⁴ Çok uzak topluluklar arasında bundan 40.000 yıl önce dahi ticaretin varlığını gösteren kanıtlar,¹⁹⁵ insanların sosyal bir varlık olduklarına karine teşkil etmektedir. Tarımla uğraşan ilk yerleşik insanların(m.ö. 7.500) köy benzeri ufak yerleşkelerde yaşayarak yaşamlarını sürdürdüğü bilinmektedir.¹⁹⁶ Lakin insanlar avcı-toplayıcı iken de grup halinde yaşamışlardır. İnsanların grup halinde yaşadıkları göçebe yaşamdan, sahip oldukları ürün ve sürülere daha iyi bakabilmek için yerleşikliği seçtikleri belirtilmektedir.¹⁹⁷

¹⁹⁴ Aslan Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri* (İstanbul: Onikilevha, 2013), 7.

¹⁹⁵ Clive Ponting, *Dünya Tarihi*, çev. Eşref Bengi Özbilen (İstanbul: Alfa Tarih, 2018), 25.

¹⁹⁶ Ponting, *Dünya Tarihi*, 44-45-46.

¹⁹⁷ Ponting, *Dünya Tarihi*, 55.

Tarihi araştırmalar tabiatı itibariyle topluluk halinde yaşamaya muhtaç,¹⁹⁸ sosyal bir varlık olan insanın, cilalı taş devrinden itibaren çatışma ortamından kurtularak topluluk halinde yaşamaya başladığını ve bu topluluklarının sulh ve sükununu sağlamak adına da hukuki teşkilat ve müesseseler inşa ettiğini göstermektedir. Bu hukuk sisteminin en mükemmel şekli de şüphesiz ki devletleşmiş topluluklarda görölür.¹⁹⁹ Yeryüzünde ilk kurulan devletin ise m.ö. 3.700 civarında Mezopotamya'da kurulduğu tahmin edilmektedir.²⁰⁰

a. Tabiat Halinde Toplumsal Yapı, Hukuk ve Sözleşme Yapma Bilinci

Denilmiştir ki *“Hukuk, insan cemiyetlerinin kendini uymak zorunda hissettiği hükümlerdir. O halde insanlık kadar eskidir.”*²⁰¹ Tarihte ilk yerleşik toplumlar genellikle eşitlikçi bir yapıda görölmüştür. O dönemde şahsi mülkiyet bilincinin bulunmadığı ve komün sisteme benzer bir yapının var olduğu belirtilmektedir. Lakin çoğu toplumda malların dağıtımından ve iş bölümünden sorumlu bir reisin bulunduğu bilinmektedir. Yine obalarda, klanlarda ya da sair ilkel topluluklarda yasak davranışlar ve bunlara uymamanın yaptırımları olacağı bilinci²⁰² gelişmiş, toplumlarda gerektiğinde cebir kullanarak elinden geldiğince düzeni sağlamaya çalışan liderlerin varlığı

¹⁹⁸ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 25.

¹⁹⁹ Recai G. Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951), 5.

²⁰⁰ İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, (Konya: Palet, 2015), 28.

²⁰¹ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 25.

²⁰² Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk*, 66-67.

görülmüştür.²⁰³ Liderlerin uyguladığı bu cebir aslında toplum tarafından onaylanmış bir cebir olduğu için de hukuki cebre tekabül edebilir düzeydedir.²⁰⁴

İlkel toplumlarda liderler, kahramanlıkları gibi kişisel özellikleri ile ön plana çıktıkları ve özelliklerini yitirince de ortaya başka bir lider çıkabildiği için egemenlik gücü ve hukuki ihtilafları cebren çözmeye yetkisi meşru bir otoriteye daimi olarak tanınmış değildi.²⁰⁵ Bu toplumlarda suçların karşılığında genellikle tek elden, yalnızca reis tarafından uygulanan bir cebir bulunmuyor, karşılıklılık esası(*kisas*) gereğince öç alma mantığıyla mağdur veya akrabaları tarafından da fail yahut akrabaları cezalandırılıyordu. Yani ceza sorumluluğu şahsi olmayıp cezalandırma hakkı herkese aitti.²⁰⁶ Klanlar/topluluklar arasındaki çatışmalarda ise mesele kisasın ötesine gidebilmekte, ilk suç ile dengesiz karşılıkların verilebildiği savaşlar çıkabilmekteydi.²⁰⁷ İşte bu çatışmalar da toplumu denetim içinde yönlendirecek ve askeri gücü elinde tutacak sağlam bir liderliğe olan ihtiyacı kuvvetlendirmiştir.²⁰⁸ Doktrinde, yukarıda belirtilen gerekçeler sebebiyle bu ilk zaman topluluklarının egemenlik gücünü büyük ihtimalle isteyerek bir lidere verdikleri ve ondan savunma, malları bölüştürme, dini vazifeleri yerine getirme ve benzeri görevleri ifa etmesini bekledikleri düşünülmektedir.²⁰⁹

²⁰³ Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*, (İstanbul: Der, 2016), 48.

²⁰⁴ Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk*, 71.

²⁰⁵ Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk*, 10-11-12-13-14ff.

²⁰⁶ Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk*, 143; Dönmezer ve Erman, *Ceza Hukuku*, 49.

²⁰⁷ Delice, *Antropoloji Penceresinden Hukuk*, 167.

²⁰⁸ Ponting, *Dünya Tarihi*, 47-49-55-60-62.

²⁰⁹ Ponting, *Dünya Tarihi*, 62.

Tüm bu tarihi gerçekler, tabiat halindeki insanların daimi bir kaos içinde değil, kısmi çatışmaların olduğu bir barış ortamında yaşadıklarını ve bu düzeni sağlayan bir tabii hukukun²¹⁰ varlığını göstermektedir. İnsanlık ise bu çatışmaları giderecek ve tabii hukuku daimi olarak müdafaa edecek devlet benzeri bir iktidar arayışında olmuşlardır. Bu veriler de şüphesiz ki Locke'un tabiat haline dair hipotezini destekler niteliktedir. Lakin tarihte Locke'un tabiat hali hipotezine zıt yönde tarihi vakıalar da mevcut olup, bu örnekler aşağıda açıklanmaktadır.

b. Tabii Hakların Müdafası İçin Siyasal İktidara Gerek Duymamış Toplumlar ve Çatalhöyük Halkı

Tarihte tabiat halinde varsayılabilecek bazı toplumlar, tabii haklarını müdafaa edecek devlet benzeri bir siyasal yapıya ya da iktidara ihtiyaç duymamış, bunun eksikliğini de hissetmemişlerdir. Örneğin antropolog Malinowski'nin ilkel Trobriand Adalıları toplumu üzerinde bizzat yaptığı gözlemleri sonucu ulaştığı kanı şu olmuştur: Bu toplumda ne bir iktidar ne bir kolluk ne de bir mahkeme olmamasına karşın bir düzen vardı. Örneğin vadesinde borcunu ödemeyen dışlanıyor ya da balıkçıların ortak malı olan ve ortak görevlerini yerine getirdikleri tekneleriyle balığa çıkmayan, görevini yerine getirmeyen kişinin o günkü payını almasına izin verilmiyordu.²¹¹ Neredeyse tamamen eşitlikçi, belli bir iktidarın bulunmadığı barışçı toplumlara örnek olarak Eskimolar da verilebilir. Bu toplumda da belli başlı normlar bulunmakta ve genel olarak da bu normlara uyulmaktaydı.²¹²

²¹⁰ Günah kavramına dayalı bir tabii hukuk için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol* (İstanbul: Onikilevha, 2012), 375.

²¹¹ Raymond Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak* (Ankara: Astana, 2017), 339-340.

²¹² Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, 374-375.

Siyasal iktidar haricinde bir devlette bulunan bütün özelliklere sahip, tabii hakların korunduğu, son derece gelişmiş bir toplumsal düzene ve medeniyete haiz toplumlar da tarihte mevcuttur. Örneğin günümüzden yaklaşık dokuz bin yıl önce Çatalhöyük'te döneminin en medeni ve şehirleşmiş halkı²¹³ bulunmaktaydı. Çatalhöyük halkının tıpkı Yunan/Sümer site devletlerine benzer bir yapıda, surlarla çevrili, nüfusu on bin kişiyi aşkın bir şehirde yaşadığı bilinmektedir.²¹⁴ Sümer'de benzer bir medeniyet ancak binlerce yıl sonra site devletlerinin varlığı ile oluşturulabilmiştir.²¹⁵ Uzmanlara göre şehir binlerce yıl boyunca çatışmaya dahi şahit olmamış ve insanlar huzur içinde, bir saldırı tehlikesi ve tehdidi olmadan bir arada yaşamışlardır. Tüm bu yıllar boyunca Çatalhöyük'te iktidarı elinde bulunduran bir lider de bulunmamış ve toplum hiçbir siyasi iktidara ya da otoriteye tabi olmaksızın,²¹⁶ tabii hakların da korunduğu eşitlikçi bir yapıda binlerce yıl boyunca kendi kendini yönetmiştir.²¹⁷ Bu sebeple de Çatalhöyük halkı, insanlığın devletleşmeksizin gelişemeyeceğine ve tabii hakların korunması için siyasal iktidarın gerekliliğine dair tüm teorileri yanıtlamaktadır.

²¹³ Necmi Uyanık ve Fatih Mehmet Berk, "Mekan-Şehir ve Medeniyet Bağlamında Çatalhöyük," *Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2016, no: 1 (2016): 2-3-7.

²¹⁴ Çatalhöyük, erişim tarihi: Nisan 18, 2020, <https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87atalh%C3%B6y%C3%BCk>.

²¹⁵ Işık Adem, "İlk Şehirler ve Yazılı Medeniyete Geçiş," *Mavi Atlas Dergisi* 6, no: 2 (2018): 48.

²¹⁶ Egemen bir iktidarın olmadığı, siyasallaşmamış lakin şehirleşmiş olan bu toplumu bir arada tutanın Şamanizm kökenli değerler olduğu yönünde bkz. Yuluğ, *Çatalhöyük'te Şamanizm İzleri*, 61-168.

²¹⁷ Onur Uygun, "Çatışma Keşfedilmeden Önce," *National Geographic*.

2. Tarih ve Bilimsel Gerçekler Karşısında Toplum Sözleşmesi

Bu bölümde toplum sözleşmesi hipotezi devletleşmiş eski medeniyetler özelinde değerlendirilmekte, bu toplumların devletleşme şekilleri, halkın egemene karşı haklarını saklı tutup tutmadığı ya da devletin cezalandırma tekelinin bulunup bulunmadığı hususları incelenmektedir. Böylece tarih biliminden toplum sözleşmesinin argümanlarına yakın veriler elde edilip edilemeyeceği ortaya koyulmaktadır.

Aşağıda verilmiş örneklerden bazıları hipoteze yakın tarihi veriler sunsa da şüphesiz ki bu verilerden hiçbiri toplum sözleşmesi hipotezine dair Locke'un fikirleriyle birebir örtüşen veriler değildir. Zaten hipotezin amacı da tarihi bir durumu ortaya koymaktan ziyade geleceğe dönük bir etki yaratmaktır. Lakin Locke'un hipotezini açıklarken tarihi verilere dayanıyor oluşu, toplum sözleşmesi hipotezinin tarih bilimi karşısında test edilmesi ve toplumların tarihte ne şekilde devletleştiklerinin bilinmesi hususunu gerekli kılmaktadır.

a. Tarihinde Sözleşmeye Benzer Bir Durum Görülemeyen Kadim Devletler

i. Sümer

Ünlü bir tabire göre tarih Sümer'de başlar. Öyleyse incelemeyi de Sümer ile başlatmak gerekir. Milattan önce 6.000 civarında Orta Asya'dan²¹⁸ Mezopotamya'nın güneyine gelip

²¹⁸ Muazzez İlmiye Çığ, *Uygarlığın Kökeni Sümerliler Cilt I* (İstanbul: Kaynak, 2017), 36; Muazzez İlmiye Çığ, *Uygarlığın Kökeni Sümerliler Cilt II* (İstanbul: Kaynak, 2017), 18; Sümerlerin Turani bir ırk olduğu yönünde bkz. Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 42.

yerleşen²¹⁹ Sümer medeniyeti, Kabilelerin-boyların-köylerin zamanla gelişerek²²⁰ Basra Körfezi civarında milattan önce dördüncü binyılın ortalarında²²¹ her birinin başında yöneticileri bulunan siyasi bir yapı olan siteleri meydana getirmesiyle olgunlaşmıştır. Sümer mitolojisinde krallığın gökten indirildiği yazılıdır.²²² Sitelerin kuruluşunda da dini esaslar rol oynamıştır.²²³ Sitelerde egemenliğin esas sahibinin de yöneticiler değil, ilahlar olduğu kabul edilmiştir. Teoride yöneticiler bu ilahların vekilleri konumundadırlar.²²⁴

Sümer site devletlerinin en başlarda yöneticilerini halk tarafından bir zorunluluk baş gösterdiğinde seçtiği belirtilir.²²⁵ Sitelerin ise kendi aralarında kimi zaman baskın kuvvetin üstünlüğü yahut dışarıya karşı savunma veya ekonomik nedenlerle birleştikleri görülmüştür.²²⁶ Fakat esas olarak Sümerliler'de hükümet şekli teokratik bir monarşidir.²²⁷ Bir devirde Sümerliler'de çift meclisli bir proto-demokratik rejimin varlığı da bilinmektedir.²²⁸

²¹⁹ Çığ, *Sümerliler Cilt II*, 29.

²²⁰ "... bu uygarlık, önceleri şu ya da bu ölçüde özerk ilkel köylerin bir araya gelmesiyle hızla kent düzenine geçer." Jean Bottero ve Samuel Noah Kramer, *Mezopotamya Mitolojisi* (İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2017), 11; Bottero ve Kramer, bu kentleşmenin en geç 6.000 civarı olduğunu belirtir. Bağımsız kent devletleri ise m.ö. 2900 civarında ortaya çıkmıştır.

²²¹ Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 22.

²²² Çığ, *Sümerliler Cilt II*, 12-13.

²²³ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 102; Çığ, *Sümerler Cilt II*, 26; Bottero ve Kramer, *Mezopotamya Mitolojisi*, 30.

²²⁴ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 108.

²²⁵ Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 28.

²²⁶ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 103-104.

²²⁷ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 104.

²²⁸ Çığ, *Sümerliler Cilt II*, 17.

Sümerlilerin bilinen en eski pozitif hukuk metni milattan önce 2.750 civarına rast gelmektedir. Kanunun amacında öne çıkan husus adaletin sağlanması ve fertlerin haklarının müdafaasıdır.²²⁹ Sümer hukuk düzeninde şahsi mülkiyet hakkı mevcut olup,²³⁰ cezalandırma hakkı ve yetkisi devletin tekelindedir.

ii. Babil

Antik Babil Krallığı'nın kuruluşu milattan önce iki binlere dayanır. Mezopotamya'da yaşamış olan kavimlerden biri olan Amurlular milattan önce 3.000'den itibaren göçerek, bir süre himayesinde kaldıkları Ur Krallığı'nın(Sümer) dağılmasıyla birlikte²³¹ milattan önce 2.000 civarında²³² Babil(günümüz Bağdat yakınları) civarında bir siteleşmeye gitmişler, çeşitli sitelerden oluşan siyasi bir yapı kurmuşlardır. Amurlular'ın göçerek siteleştikleri toprak parçasını esasında işgal ettikleri bilinmektedir.²³³

Daha sonra bu site devletleri Babil Krallığı haline gelmiş, Hammurabi döneminde de merkeziyetçi bir duruma evrilmiştir.²³⁴ Tarihi gerçekler bunlar olmakla birlikte Hammurabi Kanunları'nın önsözünde ve kanun metinlerinde kraliyetin kaynağı ve esas sahibi olarak ilahlar gösterilmiştir.²³⁵ Babil'de insanların kendilerini korumak için oluşturdukları bir

²²⁹ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 106.

²³⁰ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 43.

²³¹ Marc Van De Mieroop, *Hammurabi*, çev. Bülent O. Doğan (İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017), 2.

²³² Bottero ve Kramer, *Mezopotamya Mitolojisi*, 34.

²³³ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 48.

²³⁴ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 116; Bottero ve Kramer, *Mezopotamya Mitolojisi*, 34; Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 50.

²³⁵ Mieroop, *Hammurabi*, 96-97.

devlet yapısı değil, tanrıların tanrı krallara bahsettikleri bir iktidar fikri yerleşiktir.²³⁶ Babil hukukunda özel mülkiyet hakkı mevcut olup,²³⁷ cezalandırma yetkisi devlettedir.²³⁸ İnsanlar eşit olmayıp, bizzat kanunlar ile insanlar arasında sınıf farkı yaratılmıştır.²³⁹ Hammurabi, gerek Babil devletindeki gerekse Akad'dan ve Sümer'den kalan yazılı/yazısız kanunları bir araya getirerek, yazılı tek bir genel kanun haline getirmiş ve bunu da bir taş sütun üzerine²⁴⁰ çivi yazısı ile nakşettirmiştir. Kanunun önsözünden, devletin amaçlarından birinin kuvvetlilerin zayıfları ezmesinin engellenmesi, adaletin tecellisi olduğu anlaşılır.²⁴¹

iii. Antik Çin

Uzak Asya'nın önemli medeniyetlerinden Çin'de ise bir devletleşmenin mevcudiyeti milattan önce üç binli yıllara dayanmaktadır. Bu devletleşmenin esasında bir müstevlilerin²⁴² teşebbüsü ve siyasi üstünlüğü ile olduğu belirtilmiştir.²⁴³

iv. Antik Hint

Hint'te ise klanlara bölünmüş toplumun siyasi bir birliktelik olarak devletleşmesi nihai biçimde Pers kralı Kiros'un istila

²³⁶ Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 63.

²³⁷ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 53.

²³⁸ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 144.

²³⁹ Bozkurt, *Hukukun Öyküsü*, 99.

²⁴⁰ Bu taş sütun 1900'lü yılların başında üç parça halinde bulunmuştur. Sütun günümüzde Paris'te bulunan Louvre Müzesi'nde sergilenmekte olup, bu dikilitaş haricinde kanunların yazılı olduğu iki dikilitaş daha keşfedilmiştir.

²⁴¹ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 118-119.

²⁴² Müstevli: Bir yeri istila eden, yönetimi altına alan (kimse, devlet, ordu vb.), TDK Güncel Türkçe Sözlük.

²⁴³ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 21; Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 102.

teşebbüsleri karşısında, müdafaa çabası amacıyla gerçekleşebilmiştir.²⁴⁴ Fakat Hint'in devletleşmesinde esas olan, Ari ırka mensup kavimlerce istila edilen Hint yarımadası toplumunun siyasallaştırılarak, hukuk sisteminin kast sistemi üzerine oturtulmasıdır.²⁴⁵

v. Antik Mısır

Antik Mısır'da topluluk halinde yaşayan insanların(*klanların, ailelerin*) zamanla gelişerek takriben en erken milattan önce 5.000 civarında yerleşik hayata geçerek ve kendi aralarında birleşerek birer site, siyasi bir birlik halini aldıkları bilinmektedir. Nom-nomos denilen bu siyasi yapıların başlarında da hükümdarları bulunmaktaydı. Daha sonra bu nom'lar da birleşerek milattan önce 4.000 civarında (*akabinde ikiye bölünecek ve daha sonra tekrar birleşecek olan*)daha büyük bir siyasi birlik meydana getirmiştir.²⁴⁶

Antik Mısır'da milattan önce 2.750 tarihine kadar her insanın hukuki ehliyeti bağlamında eşit kabul edildiği,²⁴⁷ toplum arasında sınıfsal bir ayrım olmadığı belirtilmektedir.²⁴⁸ Esas olan egemenlik biçimi ise firavunların mutlak monarşisidir. Mısır'da firavunun egemenliği halktan değil tanrılardan kaynaklanmaktaydı. Hatta Firavun da tanrı sayılırdı.²⁴⁹ Antik Mısır ceza hukukunda kişisel öcün varlığına rast gelinmemiş, cezaların devlet tarafından verildiği görülmüştür. Devletçe kişilerin yaşam ve mülkiyet hakları korunmuştur.²⁵⁰

²⁴⁴ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 44-45.

²⁴⁵ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 78-79.

²⁴⁶ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 73-74.

²⁴⁷ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 38.

²⁴⁸ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 86.

²⁴⁹ Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 209.

²⁵⁰ Ekinci, *Hukukun Serüveni*, 41.

vi. Antik Yunan

Antik Yunan'da devletleşme önce aynı soya mensup ailelerin genişleyerek genosları(*klan*) oluşturması ve bilahare genosların birleşerek fraterileri, fraterilerin birleşerek tribuları ve tribuların da birleşerek polis denilen yunan site devletlerini kurması ile neticelenmiştir.²⁵¹

vii. Türkler

Türkler bakımından Göktürk Devleti üzerinden gitmek gerekirse, boylar bağımsızlıklarını kazanmak amacıyla Bumin Kağan'ın önderliğinde birleşmiş ve Juan-Juanlar'dan(*Avarlar*) savaş ile bağımsızlıklarını kazanarak, bağımsız Göktürk Devleti'ni kurmuşlardır.²⁵² Hunlardan beridir²⁵³ Türkler'de kağanın egemenliği esasında gök tanrıya dayandırılmakla beraber bu egemenlik gücü kağana ve bütün soyuna kayıtsız-şartsız-süresiz olarak verilmemiştir.²⁵⁴ Halkın da katılabildiği toy denilen meclislerinde esasen halkın ne şekilde yönetileceğine temsilciler vasıtasıyla karar verildiği gibi kimi zaman başarısız kağanların yerine yenisinin seçimi de yapılmıştır. Eski Türkler'de kağanın egemenliği mutlak olmayıp toy ve toydan çıkan kanunlar(*töre*) ile de sınırlıdır. Kadınlar da toylara

²⁵¹ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 230-231.

²⁵² Akdes Nimet Kurat, "Gök Türk Kağanlığı," *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 10, (1952): 12-13; Duck Chan Woo, Göktürk Devletinin Teşekkülü ve Çin ile İlişkiler, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 1992, 25-26.

²⁵³ Mehmet Seyitdanlıoğlu, "Eski Türklerde Devlet Meclisi 'Toy' Üzerine Düşünceler," *Tarih Araştırmaları Dergisi* 28, no: 45 (2009): 3.

²⁵⁴ Demokaan Demirel, "Eski Türklerde Devlet Sisteminin Mutlak Monarşik Modelden Ayrılan Yönleri" *Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi* 9, no: 6 (2017): 4.

katılabilmeleri, valilik yapabilmeleri ve sair örnekler, eski Türkler’de eşitlikçi bir yapı olduğunu göstermektedir.²⁵⁵

viii. Değerlendirme

Bu tarihi gerçekler karşısında; örnek gösterilen medeniyetlerin kurduğu devletlerin, toplumun ekserisinin rızai bir anlaşması sonucu oluşmamış devletler olduğu görülmektedir. İşgal sonucu kurulan Hint, Çin ve Babil devletlerinde bir sözleşmeden söz edilemeyeceği açıktır. Site devletlerinin birleşmesi/birleştirilmesi ile varlık kazanan Mısır, Sümer, Yunan ve sonraki Hint devletlerinde ise bir birleşme ya da genişleme mevcut olmakla birlikte halkın ya da temsilcilerinin rızasını ve bir toplum sözleşmesinin varlığını destekler bilgiler bulunamamaktadır. Zaten bu medeniyetlerde egemenlik toplum sözleşmesi fikrinin aksine beşeri değil tanrısal, kutsanmış bir yapıdadır. Göktürk Devleti’nde ise halkın bütün tabii haklarını iktidara devretmemiş olması ve en nihayetinde halkın kısmen de olsa kendi yöneticisini seçebilmesi hipoteze yakın veriler sunuyor olsa da devlet, tabiat halindeki Türklerin sözleşme benzeri kolektif bir işlemi ile değil, bir bağımsızlık mücadelesi sonucu kurulmuştur.

b. Tarihinde Sözleşmeye Benzer Bir Durum Görülebilen Kadim Devletler

i. İbraniler

İbraniler önceleri göçer kabileler halinde yaşamış, daha sonra Hz. İbrahim’in idaresi altında Filistin’e²⁵⁶ yerleşerek yerleşik bir toplum haline gelmişlerdir. Bilahare bu yerleşik yaşantılarını Mısır’da sürdürmüşler fakat buradan da sürgün

²⁵⁵ Demirel, “Eski Türklerde Devlet Sisteminin Mutlak Monarşik Modelden Ayrılan Yönleri,” 5-6-8.

²⁵⁶ Dönemin Fenikeliler’inin ülkesi Kenan Diyarı.

edilerek, ancak milattan önce bin ikiyüzlü yıllarda tekrardan Filistin'de yerleşik bir topluluk haline gelebilmişlerdir. Fakat bu yerleşik halde dahi İbraniler uzunca bir süre siyasi bir birlik yaratamamış, aralarında çatışmaların bulunduğu kabileler halinde varlık gösterebilmişlerdir.²⁵⁷ Lakin daha sonra bu kabilelerin içinde buldukları fena vaziyet ve tehlikeler, kabilelerin iktidara bir istikrar sağlamak amacıyla kuvvetli bir şahıs etrafında birleşmelerini gerekli kılmıştır. Kabileler ve İbrani toplumunda bu bilinç somut olarak ortaya çıkmış ve fena vaziyet ile tehlikelerden korunmak amacıyla iktidarda istikrarın sağlanması için içlerinden birini(*Talut*) kral olarak seçmişlerdir.²⁵⁸ Esasında bu seçim halkın isteği sonucunda İbraniler için söz sahibi kişi olan peygamberleri Hz. İsmail tarafından yapılmıştır.²⁵⁹ Yani siyasi birlikteliği içeren bir devletin kuruluşu; esasında hem halkın güvenliğinin tek elden sağlanması amacından doğmuş isteği(*sözleşme*) hem de dini bir görevlendirme(*kralı seçen esasında peygamberi vazifelendiren tanrıdır*) sonucu gerçekleşmiştir.²⁶⁰ Halkın isteğiyle kurulan bu monarşi rejimi pekala teokratik bir rejimdir fakat bu durum Locke'un toplum sözleşmesi hipotezine oldukça benzer veriler sunmaktadır. Dikkat çeken husus şudur ki bu hükümdarın egemenliği mutlak olmayıp tanrının buyrukları ile yani esasında din kaynaklı bir tabii hukuk ile sınırlandırılmış durumdadır.²⁶¹

²⁵⁷ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 168-169-171-172.

²⁵⁸ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 172-173; Locke da İki İnceleme'de İbranilerin krallarını seçmelerine değinmektedir.(Locke, *İkinci İnceleme*, 115-116-117ff.).

²⁵⁹ Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, 240.

²⁶⁰ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 174.

²⁶¹ Okandan, *Umumi Hukuk Tarihi*, 176.

ii. Roma Krallığı ve Roma Cumhuriyeti

Roma'nın kuruluşu milattan önce sekizinci yüzyılda olmuştur. Roma ve çevresine göçerek buralarda iskan faaliyetlerine girişenler, ilk önce Latin kökenliler olmuştur.²⁶² Daha sonra ise Etrüskler milattan önce dokuz yüz civarında Anadolu'dan²⁶³ İtalya Yarımadası'na göçmüş ve bölgede hakimlik sağlamışlardır. Etrüskler bölgeye geldikleri vakit, Latinler ve diğer birçok millet, bölge köylerinde yaşamlarını sürdürmekteydiler.²⁶⁴ Köylerde yaşayan bu halk, Etrüskler'in hakimiyeti altında kasabalaşmaya doğru evrilmiş, bu kasabalar zamanla kent haline gelmiş, bilahare de siyasallaşarak krallığa dönüşmüşlerdir.²⁶⁵ Etrüsk sınırındaki bir kent devleti olan Roma Krallığı da tıpkı İtalya Yarımadası'ndaki diğer şehir devletleri gibi köyden kentleşmeye doğru²⁶⁶ bir süreç izlemiştir. Etrüsk öncesi Roma'daki siyasi yapı; seçimle başa gelen bir kral(*rex*),

²⁶² Oğuz Tekin, *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş* (İstanbul: İletişim, 2008), 187.

²⁶³ İlhan Eren Yıldırım, *Roma Cumhuriyeti'nde Ortaya Çıkan Köle İsyanları*, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: 2019, 10; Murat Orhun, *Etrüsk Kültürü ve Roma Kültürüne Etkisi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eski Çağ Tarihi Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara: 2008, 13.

²⁶⁴ Mustafa Solmaz, *Biçimbilim ve Sözdizim Açısından Etrüsk Dili*, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Fransız Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Van: 2005, 4.

²⁶⁵ Yıldırım, *Roma Cumhuriyeti'nde Ortaya Çıkan Köle İsyanları*, 10; Ayrı kralları bulunsa da bu Etrüsk kentleri, dışarıdan gelen tehditlere karşı çatı bir imparatorluk(12 kent federasyonu) oluşturmaktaydılar.(V. Diakov ve S. Kovalev, *İlkçağ Tarihi Cilt 2 Roma*, çev. Özdemir İnce (İstanbul: Yordam, 2008), 46; Ponting, *Dünya Tarihi*, 206-207-208; Orhun, *Etrüsk Kültürü ve Roma Kültürüne Etkisi*, 47); Aksi yöndeki görüş için bkz. Tekin, *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş*, 188-189.

²⁶⁶ Remus ve Romulus Efsanesi'ne göre ise şehri, Remus ve Ramulus adındaki iki kardeş kurmuşlardır.

senato ve hür vatandaşlardan oluşan halk meclisinden oluşmaktaydı. Bir tür seçimli monarşi durumundaki bu sistemde, senatoyu kentteki mevcut klanların soyluları teşkil ediyor, aynı zamanda baş rahip olan kralları da yine bu soylu(*patricius*) senatörler, kendileri gibi doğuştan soylu olanlar arasından seçiyorlardı.²⁶⁷

Daha sonra ise Roma, Etrüskler'in Tarquin(*Tarkan*) hanedanının hakimiyetine girmiş(m.ö. 7. yy) ve bir Etrüsk Krallığı olmuştur.²⁶⁸ Etrüsk hakimiyetine giren Roma'da mevcut siyasi düzen yıkılmış, Roma yerlilerinden oluşan soylu sınıf da Etrüsk uyruğu olarak görüldüğü için senatörlerin gücü oldukça azalmıştır.²⁶⁹ Milattan önce beş yüze kadar baskıcı bir Etrüsk hakimiyeti ile yönetilen Roma'da, senatörler ve halk anlaşarak, Etrüsk hakimiyetine karşı bir isyan başlatmış ve şehrin yönetimini ele geçirmişlerdir. Başarılı olan bu isyan sonucunda, ömür boyu seçilecek bir kralın Tarquin hanedanı gibi iktidarı tamamen ele geçirebilecek, tiranlaşabilecek olması riski yüzünden Roma'da yeni bir rejim inşasına girişilmiş ve

²⁶⁷ Locke İkinci İnceleme'de eşit insanların tabiat halinden çıkararak Roma ve Venedik devletlerini, kendi aralarında birleşerek kurduklarını belirtmektedir.(Locke, *İkinci İnceleme*, 109-110) Locke'un burada kastettiği kuruluş, Roma Cumhuriyeti'nin değil ilk Roma devletinin kuruluşudur.

²⁶⁸ Engin Karakuş, *Antik Kaynaklar Işığında Roma Cumhuriyeti'nin Yıkılış Süreci*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Karaman: 2019, 3; Orhun, *Etrüsk Kültürü ve Roma Kültürüne Etkisi*, 46; Tekin, *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş*, 190; Neil Faulkner, *Roma: Kartalların İmparatorluğu*, çev. Çağdaş Sümer, (İstanbul: Yordam, 2015), 52-53; Roma kentini kuranların da Etrüsk olduğuna dair bkz. Solmaz, *Biçimbilim ve Sözdizim Açısından Etrüsk Dili*, 8 ve Adile Ayda, *Etrüskler Türk Mü İdi* (Ankara: Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü, 1974), 11; Roma kentini kuran değil lakin geliştirenlerin Etrüskler olduğu söylenebilir. Zira Etrüsk hakimiyetine girmeden önce Roma şehrinin daha çok bir köye benzediği ve hiçbir taş yapının şehirde bulunmadığı belirtilmektedir.(Bkz. Yıldırım, *Roma Cumhuriyeti'nde Ortaya Çıkan Köle İsyanları*, 13; Faulkner, *Roma*, 50-51).

²⁶⁹ Diakov ve Kovalev, *İlkçağ Tarihi Cilt II*, 41-42-47.

cumhuriyet kurulmuştur.²⁷⁰ Etrüsk hakimiyetinin ve krallığın yıkılışı, senatörlerin başı çekmesine rağmen²⁷¹ halkın da desteğiyle ve ortak bir iradeyle olmuştur. Cumhuriyetin kuruluşundan yaklaşık elli yıl sonra ise yeni yönetim şekli ile daha eşitlikçi bir yapıya bürünmüş olan örf ve adetlere dayalı hukuk normlarının bir kodifikasyonu niteliğindeki On İki Levha Kanunu²⁷² meydana getirilerek, temel hak ve hürriyetler anayasa benzeri bir metin ile sağlanmıştır.

Etrüsk öncesi Roma Krallığı'nın devletleşme süreci, toplumdaki kast sistemi ve kölelik statüsü es geçilir ise hipoteze

²⁷⁰ Ponting, *Dünya Tarihi*, 206-207-208; Diakov ve Kovalev, *İlkçağ Tarihi Cilt II*, 49; Bu yeni sistemde toplum karşısında iktidarın egemenliğinin sınırlandırılması amacıyla, senatörler(*patricii*) arasından belirli bir süreliğine seçilen iki konsülün yönettiği bir cumhuriyet inşa edilmiştir. Bu cumhuriyette devlet iktidarının sınırlandırılması anlayışı öylesine baskın olmuştur ki iktidarın yalnızca soylular ve onların seçtiği yöneticilerin elinde toplanması şeklinde bir sistem de tercih edilmemiştir. Zira isyana soylu olmayan halk da katılmıştı. Böylece iktidarın yalnızca bu iki konsül ve soylularda toplanmadığı, devlet idaresinde halk meclisinin de söz sahibi olduğu bir yönetim sistemi inşa edilmiştir.(Karakuş, *Roma Cumhuriyeti'nin Yıkılış Süreci*, 3-4-5; Eşref Küçük, "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri" *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no: 1 (2017): 200); Roma Cumhuriyeti'nin kuruluşunun baş nedeni olan iktidarın sınırlandırılması ve halk yönetimi düşüncesinin yanında diğer ciddi sebep olarak, etnisiteye dayalı bir mücadele fikri yani Latin halkın ve senatörlerin Etrüsk egemenliğine karşı yaptıkları hakimiyet mücadelesi de gösterilebilir. (Tekin, *Eski Yunan ve Roma Tarihine Giriş*, 191; Ayda, *Etrüskler*, 11) Zira daha sonra Roma ve diğer Latin kent devletleri, diğer kavimlerin de yardımıyla Etrüsk devletlerini birer birer yıkarak Yarımada'daki Etrüsk hakimiyetini sonlandırmışlardır.

²⁷¹ Zaten senatörler de halkın büyük kısmını oluşturan klanların soyluları olup, bir şekilde halkın temsilcisidirler.

²⁷² On İki Levha Kanunu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eşref Küçük, "Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: 'Provocatio ad populum' ve 'Tribunus plebis'," *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2015): 132-133-134.

benzer veriler sunmaktadır. Bu veriler; işgale uğramadan veya bir soyun boyunduruğu altına girmeden, birleşen köylerin şehirleşmesi ve nihayetinde halkın genelini oluşturan klanların kendi aralarından krallarını seçişidir. Roma Cumhuriyeti'nin kuruluşunda ise bir tabiat hali söz konusu olmasa da cumhuriyetin ortaklaşa kuruluşu ve bilahare tabii hakların yazılı bir sözleşmeye dökülmesi durumları hipoteze benzer veriler olarak değerlendirilebilir.

iii. Ashanti

Ashanti İmparatorluğu tabiat halinden devletleşmeye geçişini modern dünyada yaşamıştır. Afrika'daki Ashantililer devletlerini çevresel baskılar sonucu ihtiyaç duyulan askeri birlik düşüncesinin de etkisiyle, bir liderin diğer liderleri nüfuzu altına alarak tek elde birleştirmesi ile kurmuşlardır. Ashanti'de kralın iktidarı mirasçılara geçmez ve yeni kral seçim sonucu belirlenirdi. Kralın görevini suistimal etmesi halinde azledilmesi ve yargılanması imkanı da bulunuyordu. Yine iktidarı dengeleyen ve denetleyen mekanizmalar da Ashanti'de mevcuttu.²⁷³ Her ne kadar devletin kuruluşunda tüm toplum söz sahibi olmamış olsa da tabiat halinden çıkarak, seçimli monarşiye sahip bir siyasal iktidar yapısının kurulması ve özellikle Ashantililer'in, tabiat halinde sahip oldukları hakları krala devretmemiş olmaları hipoteze yakın tarihi verilerdir.

²⁷³ Özcan, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, 382-383-384ff.

V. TOPLUM SÖZLEŞMESİ HİPOTEZİNİN MODERN DÜNYADAKİ BENZER KAVRAMLAR ile KIYASLANMASI

A. Toplum Sözleşmesinin Pozitif Hukuktaki Karşılığı

1. İnsan Hakları Doktrini

a. İnsan Hakları Doktrininin Toplum Sözleşmesi Hipotezlerinde Benimsenen Tabii Hukuk Anlayışının Bir Eseri Olduğu

Denilmiştir ki “İnsan hakları anlayışı, var olan reel koşulların ötesini gösterir ve insanların gerçeklik olarak nasıl bir durumda bulduklarından çok, onların nasıl yaşayabilecekleriyle, daha derin bir ahlaksal gerçeklik olarak görülen bir olanaklılık durumuyla ilgilidir.”²⁷⁴ Bu da olması gerekeni ifade eden “onurlu” ve “değerli” bir yaşamdır.²⁷⁵

Günümüzdeki insan hakları doktrini ve buna dair insan hakları metinlerinin “hangi tabii hukukun eseri olduğu” sorusu, önemli bir sorudur. Zira dünya üzerinde insanlara haklar bahşeden ve bu hakların insanın sırf insan oluşundan, evrenin tabiatından kaynaklanan haklar olduğunu düşünen birçok farklı anlayış mevcuttur. Her bir anlayışta da insanlık için onurlu ve değerli olduğu düşünülen değerler farklılaşabilmektedir. İnsanın tabiatı gereği hangi haklara malik olduğu yönündeki anlayışlar öylesine mutlak bir durumu ifade eder ki zıt bir tabii hukukun varlığı düşüncesi ile doğal olarak çatışma halinde bulunur.

Tabii hukuk alanındaki bu çatışmayı belki de en iyi şekilde anlatan, dünyanın kırılma noktası olan Amerika kıtasının

²⁷⁴ Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, 34.

²⁷⁵ Gürbüz, *Hukuk ve Meşruluk*, 35.

İspanyollar tarafından işgalidir.²⁷⁶ Amerika'nın Avrupalılar tarafından işgaline girilmesiyle birlikte görülen manzara, bu manzara ile karşılaşan Avrupalı için rahatsız edici olmuştur. İspanyol konkistadorlara göre koca bir kıtada insan kurbanı, putperestlik, yamyamlık ve ensest son derece yaygın geleneklerdi.²⁷⁷ Amerika kıtasındaki yerleşik tabii hukuk anlayışına aykırı olmayan bu gelenekler, Avrupalılar için onurlu ve değerli olmayan, sapkınlık ve tabii hukuka aykırılık olarak

²⁷⁶ 1492 yılı, bu tarihte yaşananların gelecek dünya düzenine olan etkisi sebebiyle tarihteki bir kırılma noktası olarak değerlendirilebilir.(Bkz. Öke, *Kaderle Dans*, 44-45) Colomb'un Amerika kıtasına ayak bastığı 1492 tarihinde, aynı yıl İspanyollar, Endülüs medeniyetinin Avrupa kıtasındaki yaklaşık sekiz yüz senelik hakimiyetini de sonlandırmışlardı. Endülüslü Müslüman ve Yahudilerin yapılan saldırılar sonrası İber Yarımadası'ndan ayrılmaya zorlanmasıyla birlikte, İspanyollar'ın yeni hedefi 'yeni dünya' Amerika kıtasının zenginliklerinden faydalanmak olmuştur. ("... 1492'de Cristobal Colon'u yeni bir kıtayı fethetme gönderen Katolik Krallar, aynı yıl iç fethi de gerçekleştirmiş ..." Cemal Bali Akal, *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*, (Ankara: Dost, 1997), 24-25.) Böylece İspanyollar'ın Amerika kıtasına olan hücumu da başlamıştır. İspanyollar'ın ardından başta Portekizliler ve İngilizler olmak üzere birçok Avrupa ülkesi kıtaya hücum etmiş, bu hücumlar sonucu hem toprak hem de zenginlik elde etmişlerdir. Amerika kıtasının işgalinde zenginlik elde etmenin yanındaki bir diğer amaç da Hıristiyanlığı yaymak olmuştur. (Kıtadaki misyonerlik faaliyetlerine dair bkz. Öke, *Kaderle Dans*, 141-142-143ff.) Colomb'un kıtaya ayak basışından itibaren yaşananların neticesinde bugün; 1492 senesinde kıtada yaşayan milletlerin birçoğu azınlık durumuna düşmüş, kıtanın yarısında İngilizce diğer yarısında ise İspanyolca ve Portekizce ana dil haline gelmiştir. Kıtadaki yaygın din ise Hıristiyanlıktır.

²⁷⁷ "... Aşlında, fatihlerin, neredeyse keşifle birlikte, törelerini iyi bilmedikleri yerlilerle karşılaşır karşılaşmaz, onlara insan kurban etme alışkanlıklarından, sodomi ve ensest uygulamalarından vazgeçmelerini emretmeleri, işgal için bunları iyi birer bahane saydıklarını göstermektedir... Geriye, bu topraklarda yaygın biçimde rastlanan bir kültürel gerçek olarak, yamyamlık uygulamaları kalacaktır. ..." (Akal, *İspanyol Altın Çağı*, 48-49); Ekici, "Toplumsal Sözleşme," 79-80; Yarar, "Latin Amerika'da İspanyol Sömürgeciliği," 392.

görülmüştür.²⁷⁸ Bu da Amerika'nın Avrupalılar tarafından işgali ile sonuçlanan bu süreçte; binlerce yıldır birbirinden tamamen habersiz biçimde kendi kültürlerini geliştirmiş olan iki halkın insanların yanında, iki zıt "olması gereken hukuk" anlayışının da birbirleriyle savaştığını göstermektedir.

Aynı durum toplum sözleşmesi temelli bir tabii hukuk anlayışında ve bunun eseri olan günümüz insan hakları doktrinde de geçerlidir. Locke'un toplum sözleşmesini tarihi verilerle desteklemiş oluşu ve bu tarihi verilerin kısmen doğru olması, bu hipotezin bir tarih çalışması olduğunu göstermez. Aksine, yalnızca Locke'un hipotezi değil, bütün toplum sözleşmesi hipotezleri bir tarih çalışması olmayıp, geleceğe yönelik bir manifesto niteliğindedir. Bu manifestoların temel niteliği de iktidarın meşruiyeti ve tabii hukuka dair konularda öteki fikirler ile çatışma halinde olmasıdır. Hatta bu çatışma yalnızca fikri düzeyde de kalmamış, karşıt fikirlere sahip güçlerin Amerika ve Avrupa kıtalarındaki kanlı savaşlarına ve devrimlere sebep olmuştur. İnsan haklarına ve tabii hukuka bakış açısındaki farklılıkların çatışmaya dönüşmesine komünist devrimleri de örnek gösterilebilir. Bu yüzdendir ki insan hakları doktrini bir yandan özgürleştirici olduğu gibi diğer yandan da zıt görüşler için doğal olarak baskılayıcı bir durumdadır. Zira mücadele ile kazanılmış hürriyetlerin mevcut olduğu bir sistemin, kendi yıkılışına seyirci kalması beklenemez.²⁷⁹

Bugün için modern insan hakları doktrinin temelinde Locke ve Rousseau'nun fikirleri bulunmakta olup, doktrinin temel taşı niteliğindeki insan hakları metinleri bu düşüncelerin eseridir. Modern insan hakları doktrininin evrenselliği ise karşıt insan

²⁷⁸ Bu konuda detaylı bilgi için 75. dipnota bakılmalıdır.

²⁷⁹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 220.

hakları doktrinleri²⁸⁰ karşısında verdiği fikri ve fiziki savaşlar sonucu kazanmış olduğu bu üstünlükten kaynaklanmaktadır.

b. İnsan Hakları Doktrininin Pozitif Hukuktaki Görünümü: Uluslararası İnsan Hakları Metinleri

Antik Yunan'dan başlayarak toplum sözleşmesi teorisyenlerine kadar giden ve Amerikan, Fransız bildiri/anayasa metinlerinde işlenen düşünceler, tek bir milletin değil tüm insanlığın haklarından bahsetmektedir. Tabii hakların pozitif hukuktaki ilk meyvesi de Virjinya Eyalet Anayasası'nın başında yer alan Haklar Bildirgesi (*Bill of Rights*) olmuştur.²⁸¹ Bu bildirinin ilk maddesi açıkça insanların topluluk haline geçmeden önce haklarının bulunduğunu ve topluluk haline geçtikten sonra da bunları muhafaza ettiklerini bildirmektedir. Amerika'daki gelişmelerin benzerleri Fransa'da devrim ile vuku bulmuş ve 1789 Bildirisi ile devam etmiştir.²⁸² Toplum sözleşmesi fikirlerine dayalı Fransız²⁸³ ve Amerikan devrimleri ve devrim anayasaları,²⁸⁴ kendi meşruiyetlerini tabii haklara dayandırarak,²⁸⁵ tabii insan haklarının da genel geçer ilk temellerini atmaktaydılar. Lakin bu hakları Amerika ve Fransa'ya kadar pozitif hukukuna nakşeden bir devlet olmadığı

²⁸⁰ Örneğin Aristo, köleliğin tabii hukukun bir gereği olduğunu düşünmekteydi. (Uslu, *Doğal Hukuk*, 103).

²⁸¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 44; Berber, *İnsan Haklarının Yükü*, 25.

²⁸² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 45-46.

²⁸³ Fransız devrimine yol açan ideolojik coşkuya esas sebep olanın J.J. Rousseau'nun fikirleri olduğu belirtilmektedir. (Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, 51).

²⁸⁴ Amerikan devrimi ve sonundaki bildiriler; hürriyetin dayandığı temeller hususunda Locke'dan, onun korunması için gereken sistemi yönünden de Montesquieu'nun kuvvetler ayrılığı ilkesinden esinlenmişlerdir. (Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 45).

²⁸⁵ Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, 46.

için öteki milletlerin fertleri bu haklardan ancak fikren yararlanabilmişlerdi. Daha sonra büyük dünya savaşları ortamında tabii hukuk ve tabii haklar doktrini gözden düşmüş, ikinci dünya savaşının yıkımından sonra ise tüm medeni dünyaca genel geçer kabul edilen insan haklarının doğumuna yol açarak tekrardan hukuk doktrinindeki en baştaki yerini almıştır.

Doktrinde Hobbes'un tabiat hali hipotezinin bireyler arasında değil lakin uluslararası alanda bir geçerliliği olabileceği belirten görüşler mevcuttur.²⁸⁶ Kant'ın görüşleri de devletler arasında tabiat haline benzer bir kaos ortamı olduğu yönündedir. Hatta Kant bu fikrini daha ileriye götürerek, devletlerin daimi kaosun hakim olduğu bu tabiat halinden çıkarak bir "toplum sözleşmesi" ile birlik kuracaklarını ve ebedi barışın sağlanabileceğini belirtmekle adeta ölümünden sonraki dünya savaşlarını ve sonrasında kurulan devletler arası birlikleri tahmin etmiş, bir bakıma bunlara ilham kaynağı olmuştur.²⁸⁷ Gerçekten de tabiat halinde kabul edebileceğimiz devletlerin şahit olduğu en yıkıcı savaş olan ikinci dünya savaşının yıkımının ardından Avrupalı devletlerin ön ayak olmasıyla birlikte devletler birlikleri kurulmuştur. Bu birliklerin öncüllüğünde de insan hakları; Başkan Roosevelt'in dört hürriyet demeci ile başlayan, Birleşmiş Milletler Anlaşması ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile devam eden süreçte pozitif temellere sahip olmuş, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslar arası Sözleşme ile temel güvencelere kavuşmuş, Avrupa

²⁸⁶ Martinich, *Thomas Hobbes*, 264.

²⁸⁷ Şallı, "Kant'ta Barış Düzeni, 100; Çınar Meral Uğur, "Rousseau ve Kant ile Avrupa'da Kalıcı Barışa ve Avrupa Birliği'ne Dair," *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 16, no: 1 (2017): 75-76ff.; Yalçınöz, *Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi*, 89-90.

İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer bölgesel insan hakları metinleri sayesinde de evrensel biçimde kabul edilmiştir.²⁸⁸

Bu insan hakları metinleri, Kant'ın da belirttiği üzere toplum sözleşmesinin devletler ve toplumlar arası boyuttaki örnekleridir. Bugün tüm liberal medeniyetlerde anayasa üstü metinlerde yer alan ve bütün bir insanlığa haklar bahşeden bu insan hakları doktrininin hukuk devletinin temeli olduğuna dair genel bir kanı mevcuttur.²⁸⁹ Öyle ki hiçbir pozitif hukuk normunun artık bu insan hakları metinlerine aykırı olamayacağı kaidesi, bütün medeni dünya tarafından kabul edilmiştir.²⁹⁰

c. Toplum Sözleşmesi Hipotezlerindeki Tabii Haklar ve Pozitif Hukuktaki İnsan Hakları Arasındaki Bağ

İnsan hakları metinlerine işli olan temel insan haklarından en önemlileri; tabii hukuk felsefesinin eseri olan toplum sözleşmesi hipotezlerinde tabii birer insan hakkı olarak zikredilmiştir. Lakin uluslararası sözleşmelere, dolayısıyla pozitif hukuka işli olan bu insan haklarının birer tabii hak mı oldukları, yoksa pozitif hukuk metinlerinde işli oldukları için mi var oldukları konusu doktrinde tartışmalıdır.²⁹¹

Bu hakların pozitif hukuk metinlerine giriş sebeplerine ve tarihi sürece bakıldığı zaman, bunların bir kısmının sırf pozitif hukuktan kaynaklı haklar olmadığı görülecektir. Zira bu haklar arasında “tüm insanların doğuştan hür olduğu” gibi niceleri vardır ki bunlar ancak dünyanın genelinde köleliğin meşru olduğu ve köleliğe karşı duruşun yalnızca düşünür kelamı olarak var olabildiği dönemlerden başlayan çetin mücadeleler sonucunda pozitif hukukta yer alabilmiştir. Özel mülkiyetin

²⁸⁸ Uslu, *Doğal Hukuk*, 15.

²⁸⁹ Chavallier, *Hukuk Devleti*, 104.

²⁹⁰ Wacks, *Hukuk Kuramını Anlamak*, 54.

²⁹¹ Chavallier, *Hukuk Devleti*, 104-105.

korunması gibi bazı haklar ise kadim devletlerin hukuklarından beri tabii olarak varlığını sürdürmüştür. Öyleyse bunların bir kısmının tabii hukukun eseri oldukları görmezden gelinemez.

2. Yeni Kurulan Devletler, Kurucu Anayasalar ve Toplum Sözleşmesi Bağı

a. Benzerlikler

Toplum ile iktidar arasındaki siyasal metinler olan anayasalar, bu iki unsur arasında bir sözleşme görevi gördüğü için toplum sözleşmesi olarak adlandırılırlar.²⁹² Doktrinde anayasasız devlet, devletsiz de anayasa olamayacağı, devleti meydana getiren düzenin anayasa tarafından sağlandığı belirtilmektedir.²⁹³ Öyleyse bir devletin yönetim biçimini anlayabilmek için anayasa metinlerine bakılması zaruri bir yoldur.²⁹⁴ Anayasalar devletin egemenlik gücünü ne şekilde ve hangi sınırlar içerisinde kullanacağını belirten bağlayıcı metinlerdir.²⁹⁵ Siyasal iktidarın sınırları, insan haklarının da ne derece korunduğunu göstermektedir.²⁹⁶

Anayasalar ile hipotezdeki toplum sözleşmesi arasında esaslı bir benzerlik kurulabilmesi için anayasanın yeni kurulan bir devletin kurucu anayasası olması ve toplumun anayasa

²⁹² Şahin, *Kurucu İktidar*, 111.

²⁹³ Özer, *Anayasa Hukuku*, 3.

²⁹⁴ Karl Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, çev. Ahmet Mumcu (İstanbul: İnkılap, 2015), 157.

²⁹⁵ Yazılı da olsa yazısız da olsa anayasalar yurttaşların haklarını ve yöneticilerin de yükümlülüklerini belirler. Lakin yazılı anayasalar, kökleşmiş uygulamaların değil, akıl ve iradenin ürünüdürler.(Kaboğlu, *Anayasa Hukuku* 2-3); Demokrasilerde anayasa, bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruma altına alan kolektif bir anlaşmanın eseridir.(Şahin, *Kurucu İktidar*, 9).

²⁹⁶ Şahin, *Kurucu İktidar*, 19.

yapımında rol alması gerekir. Yeni kurulan bir devlette asli kurucu iktidar;²⁹⁷ ihtilal, darbe, parçalanma, birleşme, bağımsızlık kazanma ve benzeri durumlardaki pozitif hukuk boşluğunda meydana gelerek devleti²⁹⁸ ve anayasayı kuran iktidardır.²⁹⁹ Asli kurucu iktidar, esasında tarihsel olarak anayasa yapana verilen teknik bir isimden ziyade topluluğun siyasi hayatına hukuku hakim kılarak ayrıcalıkları kaldıran, yönetimin ne şekilde olacağını belirleyen anayasanın toplumsal dayanağını, meşruiyetini ifade eder.³⁰⁰

Locke ve diğer teorisyenlerin hipotezlerine göre bütün bireyler toplum sözleşmesine katılmaktadırlar. Bunun anayasa yapımındaki karşılığı ise kurucu referandumdur.³⁰¹ Kurucu referandumda kurucu meclislerin yaptığı anayasalar, kabul için halka sunulur. Kabul edilmeyen anayasa tekrardan düzenlenir ve tekrardan oylamaya sunulur. Halkın neye oy verdiğini bilmediği durumlar ise plebisit olarak adlandırılmakta ve

²⁹⁷ Asli kurucu iktidar ve tali kurucu iktidarın tanımları için bkz. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 21; Özer, *Anayasa Hukuku*, 19-20ff.

²⁹⁸ Gözler, *Kurucu İktidar*, 14.

²⁹⁹ Örneğin, 1923 değişiklikleriyle şekillenmiş 1921 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, halkın temsilcileri tarafından hazırlanmış ve yine halkın temsilcileri tarafından kabul edilmiş, kurucu bir anayasadır. (Gözler, *Anayasa Hukuku*, 67-68-69ff.).

³⁰⁰ İşsevenler, *Kurucu İktidarın Eleştirisi*, 25.

³⁰¹ Doktrinde anayasa yapımı hiyerarşik, organik ve sözleşme yöntemleri olarak üçe ayrılmaktadır. Hiyerarşik yöntemde halk tarafından seçilmeyen egemen güç, kendisinin ya da kendi içinden çıkan bir birimin hazırladığı taslağı yine kendisi onaylamaktadır. Pekala bu tepeden inme bir anayasa olur. Organik yöntemde ise fiili bir anayasanın verdiği yetki ile ve koyduğu usuller çerçevesinde anayasalar yapılır. Sözleşme yönteminde ise anayasanın yapımına halk yahut halkın temsilcileri katılırlar. (Şahin, *Kurucu İktidar*, 28-29) Sözleşme teorisi şüphesiz ki toplum sözleşmesi temellidir.

demokratik kabul edilmemektedir.³⁰² Kurucu referandum yöntemi, anayasa yapmanın en demokratik şekli olarak görülmektedir.³⁰³ 1793 Fransa Anayasası bu duruma bir örnektir.³⁰⁴

i. ABD Örneği

Bir devletin³⁰⁵ anayasasıyla birlikte kurulmasına verilebilecek belki de en iyi örnek, kuruluşunda Locke'un liberal fikirlerini temel alan ABD'dir. ABD, İngilizler'den bağımsızlığını kazanmış on üç koloninin kendi egemenliklerini büyük ölçüde federal devlete devretmesi neticesinde toplum sözleşmesi teorilerine benzer biçimde kurulmuştur.³⁰⁶ Bütün halk tek tek bir sözleşme metni imzalamasa da koloniler kendi aralarında bir sözleşme ile ve egemenliklerinden büyük ölçüde vazgeçerek(*merkezi devlete devrederek*), federal ABD çatısı altında birleşmek suretiyle kendi devletlerini kurmuşlardır.³⁰⁷ Devleti kurarken de kolonilerin seçilmiş delegelerinin oluşturduğu anayasa ile yurttaşların ve iktidarın hak ve yükümlülükleri kararlaştırılmıştır.³⁰⁸

³⁰² Özer, *Anayasa Hukuku*, 24; Şahin, *Kurucu İktidar*, 33-34; Gözler, *Kurucu İktidar*, 86-87.

³⁰³ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 27; Anayasa yapımında halkın dışlanması ise otoriter rejimlerde görülür.(Kaboğlu *Anayasa Hukuku*, 22).

³⁰⁴ Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 27; Fransız halkı bu anayasa ile bir devlet kurmuş değildir. Yalnızca devletin yönetim şekli değişmiştir.

³⁰⁵ Modern devletin unsurları; kara parçası, insan topluluğu ve egemen otorite olarak özetlenebilir.(Kaboğlu *Anayasa Hukuku*, 61; Özer *Anayasa Hukuku* 43).

³⁰⁶ Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, 59.

³⁰⁷ Doehring, *Genel Devlet Kuramı*, 82.

³⁰⁸ Köleliğin yasaklanmaması ve kurucu referandumun eksikliği haricinde bu durum Locke'un sistemi ile örtüşür.

b. Ayrım Noktası

Ortak noktaları bulunsa da modern dünyanın eseri olan kurucu referandumu, kurucu iktidarı ve anayasaları hipotezdeki toplum sözleşmesine indirgemek tam olarak doğru olmayacaktır. Zira hipoteze göre toplum sözleşmesine her birey fiilen katılarak tabii haklarının müdafaası amacıyla hukuk temelli bir devlet yaratır. Bu gaye belki kadim çağlardaki ilk devletlerin anayasa benzeri sözlü yahut yazılı normlarında mevcut olabilir. Lakin şu bir gerçektir ki modern dünyanın eseri olan anayasalar bu tür metinlerden çok daha komplike metinlerdir. İster tepeden inme yapılsın ister kurucu bir referandum sonucu oluşsun, anayasalar ile salt toplumda var olan hakların müdafaası değil, belli bir ideolojinin benimsediği hakların oluşumu ve müdafaası amacı da güdülmektedir ki bu da toplumun şekillendirilmesi gayesi ile ilgilidir.³⁰⁹ Bu özelliği dolayısıyla ki anayasalar, ekseriyetle de belli başlı konularda toplumun çoğunluğuna ters hükümler içerebilirler. Örneğin Versteeg, halkın sahip olduğu değerler ile anayasal değerler arasındaki ilişkiyi değerlendirmiş ve çarpıcı sonuçlara ulaşmıştır. Araştırmanın sonucunda anayasalarda yer alan değerler ile o halkın değerleri arasında apaçık farklar olduğu anlaşılmıştır.³¹⁰

³⁰⁹ Şafak Evran Topuzkanamış, "Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey," *Dokuz Eylül HFD* 6, no: Özel (2015): 4991-4992ff.; Emin Memiş, "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değiştirme Üzerine Analizler," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no: 2 (2010): 480; Yüksel Mehmet, "Modern Toplumda Hukuk Kültürü," *Journal of Yaşar University* 8, no: Özel (2014): 3251.

³¹⁰ Mila Versteeg, "Unpopular Constitutionalism," *Indiana Law Journal* 3, no: 89 (2014): 1133-1134ff.

B. Hipotezdeki Direniş Fikrinin Günümüz Hukuk Sistemleri Karşısındaki Durumu

1. Bir Hak veya Ödev Olarak Zulmeden İktidara Karşı Direniş³¹¹

a. Felsefi Temelde Direniş

İktidara³¹² karşı direnmenin meşruluğu, uzun zamandır tartışılan bir konu olmuştur. Milattan önce beş yüzlü yıllarda yaşamış olan Konfüçyüs'ün kadim Çin'de, Konfüçyüs'ten yaklaşık iki yüz yıl genç olan Epiküros'un ise kadim Yunan'da direnme hakkına dair düşünceleri bulunmaktaydı.³¹³ Günümüzden yaklaşık bin yıl önce yaşamış olan Aziz Thomas(*Aquinas*) ise hükümdarın ilahi kanuna uymaması halinde halkın direnme hakkı olduğu düşüncesindeydi.³¹⁴

Direnme hakkının varlığını savunanlardan biri de Duguit olmuştur. Duguit'e göre insanlar birbirlerini bir araya getiren ve karşılıklı bağlılığa dayalı bir toplumsal kaideye(*objektif hukuk*)

³¹¹ Direniş yönünden bu bölümde yapılan açıklamalar aktif direnme hakkında yapılmıştır. Zira Locke'un bu konudaki fikirleri açık biçimde aktif direnmeye yöneliktir. Doktrinde direnme pasif ve aktif direnme olarak ikiye ayrılır.(Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 313) Aktif direnmede şiddet varken, pasif direnmede şiddet dışlanır. Pasif direnmenin en etkili örneklerinden birini bütün dünyaya İngilizler'e karşı verdikleri mücadele ile Hint toplumu ve onların başını çeken liderleri Gandi göstermiştir. (Aktif ve pasif direnme hakkındaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şeniz Anbarlı, *Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik(Türkiye Örneği)*, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir: 2006, 2-3-4-5-6ff.).

³¹² Burada iktidardan kasıt, yasama-yürütme-yargı erklerinin birleşimi olan iktidardır.

³¹³ Mustafa Bayram Mısır, "Direnme Hakkı, Şiddet ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini," *Ankara Barosu Dergisi* 65, no: 1 (2007): 39.

³¹⁴ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 24.

tabidirler.³¹⁵ Realist hukuk akımının öncüsü Duguit, tek meşru hukuk olarak gördüğü objektif hukuka uymayan bir iktidara karşı halkın direnebileceğini belirtmiştir.³¹⁶ Direnişin en ateşli savunucularından biri olan Locke'un toplum sözleşmesini ihlal ederek tabii hakları müdafaa etmeyen, zulmeden iktidarlara karşı direnmeyi insanlık için bir ödev saydığına ilgili bölümde değinilmişti. Rousseau'nun genel irade görüşüne göre ise direnme hakkının devlet yapısının mantığına ters düşeceği için Rousseau'nun hipotezinde bu hakka yer verilmediği söylenmiştir.³¹⁷ Fakat Rousseau'un direnme hakkına olumlu baktığı yönünde görüşler de mevcuttur.³¹⁸

Bentham'a göre ise direnme hakkı mantık çerçevesinde düşünüldüğünde hiçbir şey ifade etmemektedir. Zira ne zaman direnileceği hakkında ortak bir kanıya varmak neredeyse imkansızdır. Ona göre böyle bir ortak kanı ancak bir sözleşmede(*anayasa vb.*) devletin yapmasının yasaklandığı fiillerin apaçık gösterilmesi durumunda olabilir.³¹⁹ Kimi düşünürler ise direnme hakkını hukuki değil, siyasi bir problem olarak nitelendirmişlerdir.³²⁰ Montesquie de direnme hakkından açıkça söz etmemekle birlikte, direnmeyi mecbur bırakacak bir yönetimin peydahlanmasını önleyecek bir sistemin yani kuvvetler ayrılığının gerekliliğinden bahsetmektedir.³²¹

³¹⁵ Leon Duguit, *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*, çev. Edip Serdengeçti (İstanbul: Pinhan, 2019), 25.

³¹⁶ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 257.

³¹⁷ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 304; Anbarlı, *Baskıya Karşı Direnme Hakkı*, 46-47.

³¹⁸ Ceren Kalfa ve Faruk Atay, "Rousseau ve Çoğunlukçu Demokrasi," *Alternatif Politika Dergisi* 7, no: 3 (2015): 470-475.

³¹⁹ Tunçay, *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi*, 61-67-68.

³²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 306.

³²¹ Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 305.

b. Pozitif Hukukta Direniş ve Locke'un İzleri

İktidara karşı direniş, bir hak olarak pozitif hukuk alanında ilk defa 1776 tarihli Amerikan Bağımsızlık Bildirisi'nde görülür. 1789 Fransız ihtilal bildirisinde de aynı hak yerini almıştır. Daha sonra bu hak, devrim ile kurulan yeni rejimlerin/devletlerin anayasalarına da girmiştir.³²² Pozitif hukukta varlığını sürdüren bir hak olarak direniş, zamanla birçok devletin anayasasından kalkmış ve devletlerin ekserisinin pozitif hukuk mevzuatında meşru iktidara karşı direnme hakkı yer bulamamıştır.

Almanya eyaletlerindeki anayasaların bir kısmında ise devletin anayasaya aykırı eylemlerine karşı vatandaşın direnme hakkına sahip olduğuna dair normlar mevcuttur.³²³ Yine ABD eyaletlerindeki anayasaların bir kısmında direnmenin de ötesinde, insanlara tabii haklarını korumayan iktidara karşı "iktidarı feshetme" hakkı tanıyan pozitif hukuk normlarına rastlanmaktadır. Bu da Locke'un direniş üzerine olan fikirlerini kapsayan "ihtilal teorisinin" izlerinin bugün dahi ABD eyalet anayasalarında rahatlıkla görülebildiğini göstermektedir. Örneğin New Hampshire Eyalet Anayasası'ndaki Haklar Bildirgesi'nin 10. maddesinde, zulmeden iktidarın³²⁴ feshedilip yenisinin kurulabileceği belirtilmektedir.³²⁵ Yine Kentucky Eyalet Anayasası'ndaki Haklar Bildirgesi'nin 4. maddesinde aynı nitelikte, hakları korumayan iktidarı feshedebilmenin

³²² Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 307.

³²³ Hessen, Bremen ve Berlin Eyalet Anayasaları'nın ilgili maddeleri ve bu yöndeki değerlendirmeler için bkz. Şeniz, *Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivül İtaatsizlik*, 52.

³²⁴ Burada iktidardan kasıt, yasama-yürütme-yargı erklerinin birleşimi olan iktidardır.

³²⁵ Bkz. erişim tarihi: Nisan 18, 2020, <https://www.nh.gov/glance/bill-of-rights.htm>.

vazgeçilmez bir hak olduğu yazılıdır.³²⁶ Pensilvanya Eyalet Anayasası'nın birinci maddesinin ikinci bölümünde de benzer ifadeler mevcuttur.³²⁷ Teksas Eyalet Anayasası'ndaki Haklar Bildirgesi'nin ikinci maddesinde de iktidarın temel kaynağının halk olduğu ve varlık sebebinin de halkın haklarını korumak olduğu zikredilmektedir. Maddenin devamında ise hakları korumayan iktidarın, cumhuriyeti ve temel hakları korumak için halk tarafından feshedilebilmesi vazgeçilmez bir hak olarak düzenlenmiştir.³²⁸

Direnme hakkı konusunda Locke'çu anlayıştan ve ABD eyalet anayasalarındaki hükümlerden çok daha farklı normlar ise Yunanistan ve Federal Almanya anayasalarında mevcuttur. Bu normlar özünde temel haklara yapılan olumsuz müdahalelere karşı direnmeye değil, anayasal düzenin zor kullanılarak yıkılmasına karşı halkın direnmesinin meşruluğuna dair normlardır. Yunanistan Anayasası'nın 120. maddesinde anayasal düzenin korunması Yunanlılar'ın vatanseverliğine emanet edilmiş ve anayasal düzeni cebren yıkmaya teşebbüs edenlere karşı direnmek bir haktan öte ödev olarak düzenlenmiştir. Yürürlükteki Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinde de anayasal düzeni korumak için direnmeyi hak olarak düzenleyen bir norm mevcuttur. İlgili maddenin üçüncü fıkrasında "*Yasama, anayasal düzene, yürütme ve yargı organları ise yasa ve hukuka bağlıdırlar*" denilmekte, dördüncü fıkrasında ise "*Bu Anayasa düzenini ortadan kaldırmak*

³²⁶ Bkz. erişim tarihi: Nisan 18, 2020,

<https://legislature.ky.gov/LRC/Publications/Informational%20Bulletins/ib210.pdf>.

³²⁷ Bkz. erişim tarihi: Nisan 18, 2020,

<https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=0>.

³²⁸ Bkz. erişim tarihi: Nisan 18, 2020, <https://tllc.texas.gov/docs/legref/TxConst.pdf>.

isteyen herkese karşı, başka bir çözümün bulunmaması halinde, bütün Almanlar direniş hakkına sahiptir.” denilmektedir.

İçeriğinde direnişin bir hak olduğuna dair normatif düzenlemeler bulunmayan, lakin insanın tabiatı gereği zulme karşı direneceği yönünde çıkarımlar barındıran pozitif hukuk metinleri de bulunmaktadır. İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinin giriş kısmında “İnsanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya mecbur kalmaması için insan haklarının bir hukuk rejimi ile korunmasının esaslı bir zaruret olmasına...” ibaresi yer almaktadır. Açıktır ki Montesquieu’nun fikirlerine paralel bir görüş içindeki beyanname, direnmeyi bir hak olarak tanımamış, yalnızca doğal bir durumu ortaya koymakla yetinerek; insanlar köle edilir ya da zulmün altında ezilir ise tarihsel bir gerçeklik olduğu üzere insanlar son çare olarak bunlara direnebilir, bunun olmaması için insan haklarını devlet olarak sizler koruyun denilmiştir.³²⁹

i. Direnme Hakkının Pozitif Hukukça Düzenlenmesinin Sakıncaları

ABD eyalet anayasalarındaki “temel hakların ve buna dayalı anayasal düzenin korunması amacıyla, halkın temel haklarını korumadığı için meşruluğunu yitiren iktidarı feshetme” hakkı ile Yunan ve Alman anayasalarındaki “anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs edenlere karşı direnme” hakkının mahiyeti arasında fark vardır. Yunan ve Alman anayasalarındaki normların özü,

³²⁹ Doktrinde 1961 Anayasası’nın da Evrensel Bildirge’nin bu dolaylı yaklaşımını benimsediği belirtilmektedir.(Kapani, *Kamu Hürriyetleri*, 309) Anayasa’daki ilgili bölüm şu şekildedir: “Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 devrimini yapan Türk Milleti ...” Özünde 27 Mayıs bir halk direniş değil, askeri darbedir. Bu cümlelerin de direnme hakkından ziyade darbeyi meşrulaştırmak amaçlı olduğu anlaşılmaktadır.

Locke'un ihtilal teorisindeki gibi tabii hakları korumayan iktidara karşı son çare olarak yapılacak ihtilaller değildir.³³⁰ Bu normların özünde anayasal düzenden meşruiyetini alan iktidara karşı direniş ya da ihtilal fikri değil, halkın anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs eden herkese ve türlü darbeye karşı direniş ile kuvvetler ayrılığına dayalı demokratik anayasal düzenden doğan haklarının elinden alınmasına karşı yapacakları meşru savunma fikri bulunur.³³¹

Belirtmek gerekir ki Locke'un ihtilal teorisindeki ve ABD eyalet anayasalarındaki gibi zulmettiği ve temel hakları korumadığı farz edilen iktidarlara karşı direnişe ya da bunun ötesinde ihtilal yapmaya dair bir hakkın pozitif hukuk metinlerine işli oluşu, tehlikeli olduğu gibi kendi içinde de çelişkilidir.

Çelişkinin sebebi şudur: Pozitif hukuk normları, meşruiyetlerini anayasal düzenden almaktadır. Devletin egemenliğini meşru saymayarak devlete karşı ihtilal girişiminde bulunmak, devletin kanununu da meşru saymamayı gerektireceği için direnme hakkını veren normun da geçerliliği kalmayacak, dayanak oluşturamayacaktır. Bu sebeple zulmeden iktidara karşı direnmenin ister tiranlıkta ister monarşide istenirse demokratik bir sistemde pozitif hukukça kabul edilmesi çelişkili bir durum yaratacaktır.

³³⁰ Locke'un ihtilal teorisinin temelinde kuvvetler ayrılığına dayalı anayasal düzenin müdafaası fikri değil, kuvvetler ayrılığına dayalı sistemlerde dahi tabii hakların müdafaası fikri yer alır. İlgili bölümde ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, Locke'un ihtilal teorisinde iktidarlara tabii hakları korumayarak ya da zulmederek içeriden çözüldüğünde, sözleşme ile doğan anayasal düzen de yıkılmaktadır. Böylece anayasal düzeni iflas etmiş devletlerin ihtilaller ile yıkılarak, tabii hakları koruyan yeni bir anayasal düzen kurulmasının önü açılmaktadır.

³³¹ Anayasal düzeni yıkmaya teşebbüs edenlere karşı halkın meşru savunmaya dayalı direnişine dair en somut örneklerden biri, Türk halkının 15 Temmuz 2016 tarihli darbe girişimine karşı direnerek meşru anayasal düzenin işleyişini korumasıdır.

Zulmeden iktidara karşı direnişin bir hak olarak pozitif hukuk metinlerine işli olmasındaki tehlike ise şudur: Locke direnmenin tabii bir ödev olduğu belirtirken, bunun son çare olarak tiranlık ya da tabii hakların korunmadığı benzer yönetimlerde mevzubahis olabileceğine işaret etmektedir. Tarihte de bu tür rejimler zaten ya halk tarafından tabii haklara dair fikirlerin etkisiyle yıkılmış ya da bu tehlikeyi önlemek için yönetimler kendi içinde demokratikleşme yoluna gitmiştir. Lakin buradaki esas sorun, direnişin haklılığının ya da haksızlığının sağlıklı bir zeminde tartışılmasının mümkün olmayışdır. Zira evvela insanlar zaten kendilerince haklı buldukları bir sebepten dolayı direnişi seçmektedirler. İktidarın zulmettiğini, tiranlaşarak temel hak ve hürriyetleri yok ettiğini objektif biçimde ne ortaya koyacaktır? Yine böyle bir durumda toplumdaki direnişe katılmayan ve mevcut düzeni destekleyenlerin “karşı direniş” hakkının olup olmadığı da gündeme gelecektir ki burada “kendince haklı olduğu için direnen” birden fazla topluluk arasından hangisinin en haklı olduğu konusunda yapılacak bir değerlendirme objektiflikten oldukça uzak olacaktır. Öyleyse direnişin haklılığının objektif bir zeminde tartışılması mümkün olmadığından; pozitif hukukça düzenlenen bir direniş hakkı tehlikeli görülmeli, zulmeden iktidara karşı direnme hakkı sorununda da mesele Montesquieu ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname’sinde bulunan anlayış gibi “insanın tabiatında” aranmalıdır.³³²

Demokratik anayasal düzenin yıkılmasına yönelik teşebbüslere karşı yapılacak direniş/savunma hakkının aksine, anayasal iktidara direnişin pozitif hukuka işli bir hak olarak

³³² İnsanlık tarihi bugüne değin her türlü direnişe tanık olmuştur. Devletler arası savaşların da esas sebebi, düşman devletin dayattığı baskıya karşı direnilmesidir. Bunlardan kimi başarılı olmuş, kimi ise başarısız olmuştur. Lakin tabiatının bir gereği olarak insan ya kendisine dayatılanı kabul edecek ya göç edecek ya da direnecektir.

düzenlenmesi demokrasinin mantığına da aykırıdır.³³³ Zira demokrasilerde yasama ve yürütme organları seçim ile belirlendiği için yöneticiler halkın sesine kulak vermek zorundadırlar. Demokrasilerde yasama ve yürütmeyi oluşturan hükümetler ile muhalif parlamenterler; halkın ekseri çoğunluğunca zulüm olarak görülecek uygulamalara girişemez, girişirse de halktan destek göremez ve seçimleri kaybederler. Halkın yasama ve yürütmeyi seçimle değiştirme gücüne zaten sahip olduğu bir sistemde, direnişin meşru görülmemesi gerekir. İşte bu sebeple meşru anayasal düzene ya da yasama/yürütmeye karşı direniş ve ihtilal fikri, ülkemizde ve diğer çoğu demokratik rejimde tabii bir hakkın aksine, haksızlık/suç olarak kabul edilmektedir.³³⁴

C. Günümüz Dünyasında Toplum Sözleşmesini Reddetmek

1. Göç ve Vatansızlık Şartı

Locke, sonraki nesillerin sözleşmeyi ret hakkının bulunup bulunmadığı üzerine de görüş bildirmiştir. İnsanın modern dünya düzeninde toplum sözleşmesini reddetmesi ile tekrar tabiat haline dönerek, belirli bir egemene tabi olmadan yaşamasının mümkün olup olmadığı hususu, sözleşmenin bugüne uyarlanmış şekilleri olan anayasaların ve uluslararası sözleşmelerin reddi noktasında değerlendirilmelidir. İnsanların devletlerin kendi içlerindeki veya devletlerarası yapılmış toplum sözleşmelerini reddetmesi, bu sözleşmeler ile bağlı kalmamaları sonucunu doğuracak ve devletlerin sözleşmeden doğan cezalandırma yetkisi ve sair yetkileri sonlanacaktır. Böyle

³³³ Kant'ın bu konudaki görüşleri için bkz. Anbarlı, *Baskıya Karşı Direnme Hakkı*, 134.

³³⁴ TCK'nın "Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar" başlıklı ilgili bölümünde; anayasal düzene, yasamaya veya yürütmeye karşı yapılacak ihtilal/darbe teşebbüsleri suç olarak düzenlenmiş olup, bu suçların cezası da genel olarak ağırlaştırılmış müebbet haptir.

bir durumda sözleşmeyi fesheden kişiler tekrardan tabiat haline dönecek ve tabii haklarını yine kendileri müdafaa edecektir.

Teoride, bir kimsenin devletin toplum sözleşmesinden doğan hukuk düzeni ve buna bağlı cebir gücünden muaf olarak yaşamını sürdürebilmesi için toplum sözleşmesini tek bir yolla reddedebileceği düşünülebilir. Bu yol da kişinin evvela bir ülkenin vatandaşlığından çıkması, bundan sonra da hiçbir egemenin söz sahibi olmadığı bir diyara göç etmesidir. Zira bu iki şart bir arada gerçekleşmediği zaman, kişi her daim bir iktidarın hukuk düzeni ve dolayısıyla da bir toplum sözleşmesine bağlı olarak yaşamını sürdürmek zorunda kalacaktır.

2. Modern Dünyada Toplum Sözleşmesini Reddetmenin Mümkün Olmadığı

Locke, açıkça onay vermiyorlarsa insanların sözleşmeden dönebileceklerini ve tabiat haline geri dönüş yapabileceklerini belirtmektedir.³³⁵ Öyleyse sözleşmeye örtülü olarak rıza gösterenler, Locke'a göre sözleşmeden dönebileceklerdir. Lakin Locke, sözleşmeden dönen insanların tabiat haline dönmelerinin pratikte nasıl mümkün olabileceğini belirtmemiştir. Hume, çekip gitmek için yeterli imkanlara sahip olmayan insanların örtülü rızasından değil zorunlu olarak egemenin iradesine razı olmalarından bahsedilebileceğini belirtir.³³⁶ Fiil ehliyetini tam olarak kazanan insanın başka diyarlara göç etmeyerek toplum sözleşmesine zımnen rıza göstermiş olacağını belirten yazarlara karşı Rawls ise günümüz dünyasında kişinin hiçbir egemene tabi olmadan yaşama şansı olmadığını söylemektedir.³³⁷

³³⁵ Locke, *İkinci İnceleme*, 127.

³³⁶ Türkan, "David Hume'da Doğal Hukuk ve Sözleşme Kuramının Eleştirisi," 173.

³³⁷ Rawls, *Bir Adalet Teorisi*, 243.

Eski çağlarda insanların hukuken hiçbir egemene tabi olmadan yaşayabilmeleri mümkün görünmektedir. Zira bir zamanlar dünyanın büyük bir kısmı keşfedilmemiş, devletler arasında pay edilmemişti. Tüm insanlar için bağlayıcı sayılacak uluslararası anlaşmalar da yakın geçmişin eseridir. Modern dünya için ise doktrinadaki görüşler arasında gerçeği yansıtan, Rawls'ın görüşleridir. Gerçekten de modern dünyada sözleşmeyi reddederek tekrar tabiat haline dönmek hiçbir şekilde mümkün görünmemektedir. Bu imkansızlığın ise başlıca iki sebebi bulunmaktadır.

İlk olarak, hukuk pratiğinde sözleşmeyi yani anayasayı reddetmek, en başta ülke vatandaşlığından çıkmak anlamına gelecektir. Fakat çoğu ülkede kişinin kendi isteğiyle vatandaşlıktan çıkması belirli şartlara bağlı olup, kişi bu şartları taşıyorsa vatandaşlıktan çıkamamaktadır. Kişi vatandaşlıktan çıktıktan sonra yeni bir ülke vatandaşlığına girer ise pratikte bir toplum sözleşmesini reddetmiş, fakat bir diğerine tabi olmuş olacağından, tabiat haline geri dönemeyecektir. Bir kişinin toplum sözleşmesinden tamamen muaf olabilmesi için ise hem hiçbir ülke vatandaşlığına tabi olmaması hem de göç etmesi gerekecektir. Çünkü vatandaş olmasa bile fiilen ülkede bulunduğu sürece yine devletin hukuk düzenine uygun hareket etmekle mükellef olacaktır.

İkinci olarak, bir şekilde hiçbir ülkenin vatandaşlığını taşıyamama özelliğini elde edebilen bir kimsenin göç ederek tabiat haline dönebilmesi yani bir egemenden tamamen bağımsız olarak yaşayabilmesi de olanaksızdır. Zira bütün dünya belirli egemenler arasında bölüşülmüş, pay edilemeyen yerler (*örneğin açık denizler*) ise yine bu egemenler arasında belli anlaşmalara tabi kılınmıştır. Yine günümüz dünyası, hiçbir ülkenin vatandaşlığını taşımayan ya da belirli bir egemenden muaf olmak amacıyla göç eden bu insanları uluslararası toplum sözleşmeleri olarak adlandırılabilir olan metinler vasıtasıyla; vatansız ve benzeri statülere sokarak daima bir egemenlik

altında yaşamaya zorlamaktadır. Bugün dünyada “vatansız”³³⁸ olarak tabir edilen bu özellikte milyonlarca insan bulunmaktadır.³³⁹ Fakat açıktır ki bu kişiler devletlerin hukuklarından muaf biçimde “tabiat halinde” yaşamamaktadırlar. Yine dünya üzerindeki her insan, suçların ve sair haksız fiillerin uluslararası alanda takibine dair ülke mevzuatları ile bu yöndeki küresel hukuk sistemi gereğince, işlediği hukuka aykırı fiiller yüzünden ülkelerin meşru hukuk sistemleri karşısında daima cebren hesap verebilecek bir konumdadır.³⁴⁰

SONUÇ

Liberal düşünür John Locke’un da dahil olduğu toplum sözleşmesi teorisyenleri, kendilerinden önceki düşünürlerin aksine devletin varlık sebebini ve iktidarın meşruiyetinin dayanağını beşeri iktidarda görmüşlerdir. Bu görüşlerde iktidarın kaynağı, insanların ortaklaşa yaptıkları toplum sözleşmesidir. Beşeri iktidara dair bu sözleşmecî fikirler sayesinde dünya tarihinde ilk kez sistematik bir doktrin ile

³³⁸ 1954 tarihli Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme md. 1/1 şu şekildedir: Bu Sözleşme’nin amaçları çerçevesinde “vatansız kişi” terimi, kendi yasalarının işleyişi içinde hiçbir Devlet tarafından vatandaş olarak sayılmayan bir kişi anlamına gelir.

³³⁹ “Dünya Savaşta,, *BM Mülteciler Yüksek Komiserliği*; Belirtmek gerekir ki genel olarak bu durumdaki kişiler kendi istekleriyle değil savaş gibi acı hadiselerin neticesinde vatanlarından kopmak zorunda kalmaktadırlar. Vatansızlık statüsü de bir ayrıcalık değil, düzeltilmesi gereken bir “zor durum” olarak algılanır. Bu zor durumun giderilmesi için uluslararası hukuk alanında 1961 tarihli Vatansızlık Hallerinin Azaltılmasına Dair Sözleşme mevcuttur.

³⁴⁰ Vatansız Kişilerin Statüsüne İlişkin Sözleşme md. 2 şu şekildedir: Her vatansız kişinin kendisini içinde bulunduğu ülkeye karşı, özellikle o ülkenin yasalarına ve düzenlemelerine ve aynı zamanda kamu düzeninin sürdürülmesi için alınan önlemlere uymasını gerektiren sorumluluklar vardır.

iktidarın kaynağı teolojik kökenlerden beşeri kökenlere, başka bir deyişle gökyüzünden yeryüzüne indirilebilmiştir.

Locke, toplum sözleşmesi hipotezinde liberal sistemin temel felsefesi olan “bireyin kendisi için en iyi olana yine akıl yoluyla kendisinin karar vereceği” fikrini savunmaktadır. Locke'un bu düşünceleri, Hükümet Üzerine İki İnceleme adlı eserindeki; insanlığın tabiat halinden çıkararak, rızai toplum sözleşmesi ile devleti kurmalarına dair hipotezi ve bu hipotezi açıklarken oluşturduğu ihtilal teorisinde temellenmektedir.

Locke'un eserlerinden ortaya çıkan sonuç, düşünürün tabiat halini tarihi bir gerçeklik olarak kabul ettiği, toplum sözleşmesini ise yine az çok gerçek saydığıdır. Zira Locke her iki hususa dair anlatımlarını tarihi veriler ile desteklemektedir. Düşünüre göre insanlık, zamanla büyük aileler (*kabileler*) haline evrilerek siyasallaşmamış bir toplum durumuna gelmiştir. Tabiat halinde kabul edilen bu siyasallaşmamış toplumda insan, tanrının yarattıkları üzerinde ortak bir mülkiyet sahibi olmakla birlikte, kişi(*avcı-toplayıcı-çiftçi*) kendi emeğiyle elde ettikleri (*edindikleri*) üzerinde şahsi mülkiyete de sahiptir. Locke'un toplum sözleşmesi hipotezine göre tabiat halindeki insan; tabiatı gereği akıllı, ahlaklı ve sosyal bir varlıktır. Bu nitelikteki insanlar, akıl yoluyla kavradıkları ve tanrı buyruğu olan tabiat kanunlarının önderliğinde; diğerlerinin tabii hakları olan yaşam, mülkiyet, özgürlük ve sair haklarına dokunmama bilinci içinde yaşamaktaydılar. Bu durum bir barış ortamını betimler nitelikte olsa bile Locke'a göre tabiat halindeki insanlar arasında kısmi çatışmalar da yok değildi. Bu sebeple devlet, insanların tabii hukuka uymalarının teminatı olarak teşkil edilmiş, cezalandırmanın kurumsallaştırılması amacıyla oluşturulmuştur. Bunun bir gereği olarak da insanlar devleti kurarken yalnızca cezalandırma yetkisini devlete devretmiş, tabii haklarını ise saklı tutmuşlardır. Devletin kuruluşu ise toplumdaki bütün insanların katıldığı “toplum sözleşmesi” neticesinde olmuştur.

Locke'a göre insanlar toplum haline gelirken tabii haklarını güvence altına alarak huzurlu biçimde yaşama amacıyla hareket etmişlerdir. Öyleyse insanlar; mutlak keyfi bir iktidarın, zulmeden bir egemenin ya da belirsiz yasaların tabiiyeti altında yaşamak için özgürlüklerinden vazgeçmiş olamazlar. Bu tür iktidarlar rızaya dayanamayacağı için de gayrimeşrudur. Zaten Locke'a göre insanlar kendilerine ait olmayan tabii haklarından rızaları ile dahi olsa tamamen vazgeçemezler. Locke işte bu gerekçelerle insanlığa haklı varsaydığı bir direniş/ihtilal teorisi sunmaktadır. Locke zulmeden bir iktidara karşı direnmenin insanın tabiatında bulunduğunu belirterek, direnişi insanlık için adeta bir ödev olarak ifade etmektedir.

Locke, tabiat hali ve toplum sözleşmesine dair hipotezlerini ortaya koyarken, bu hipotezleri ortaya koyduğu Hükümet Üzerine İki İnceleme'de ayrıca "olması gereken" devlet düzenine dair fikirlerini de açıklamaktadır. Locke'un olması gereken devleti; kuvvetler ayrılığına ve genel iradeye dayanan, çoğunlukçu demokrasiye sahip, liberal bir hukuk devletidir. Düşünürün iktidarın kaynağına ve olması gereken devlet yapısına dair görüşleri, batılı liberal düşüncenin temellerini atmıştır. Tabii hakları müdafaa etmeyen devletlere karşı direniş ve ihtilale dair fikirleri ise Fransa'da ve Amerika Kıtası'ndaki kolonilerde dünyanın seyrini kökünden değiştirecek gelişmelere sebep olarak, insan haklarının(*tabii hukukun*) yıllar süren mücadelesinin zafere ulaşmasına büyük katkıda bulunmuştur.

Tarihi gerçekler, Locke'un tabiat haline dair düşüncelerini kanıtlar niteliktedir. Bilimsel veriler, devletsiz toplumlarda Hobbes'un hipotezindeki gibi bir kaos ortamından ziyade kısmi çatışmaların olduğu bir barış ortamının varlığına işaret etmektedir. İnsanlık tarihine bakıldığında esas olarak devletleşmeyle birlikte dünya kaosa sürüklenmiş, Kant'ın da öngördüğü gibi ancak ikinci dünya savaşından sonra devletler arasında kısmi bir barış ortamı sağlanabilmiştir. Toplum sözleşmesinin gerçekliği açısından ise tarihi veriler, birkaç uzak

istisna haricinde Locke'un hipotezini desteklememektedir. Kadim devletlerden Sümer, Babil, Çin, Hint, Mısır, Yunan ve Türkler'de sözleşmeye dair bir belirti görülmezken, İbrani Krallığı'nın, Roma Krallığı ile Cumhuriyeti'nin ve Ashanti İmparatorluğu'nun kuruluşunda sözleşmeye az da olsa benzer tarihi veriler bulunmaktadır.

Locke'un ihtilal teorisi günümüz pozitif hukukunda, ABD eyalet anayasalarının bir kısmındaki "tabii hakları korumayan iktidarı feshedebilmenin tabii ve vazgeçilmez bir hak olduğu" yönündeki düzenlemeler ile varlığını sürdürmektedir. Lakin demokratik hukuk devletlerinde Locke'çu bir anlayış ile zulmeden iktidara karşı direnişin bir hak olarak pozitif hukukça düzenlenmesi doğru görülmemelidir. Zira evvela anayasal bir iktidarın zulmettiği yönünde objektif bir kanıya varmak mümkün olmadığından, sınırları belirsiz ve sübjektif yorumlanabilen bir direniş hakkı tehlikeli olacaktır. Yine direnişin pozitif hukuka işli bir hak olması durumunda, bu hakkın varlık sebebi meşru anayasal düzen olduğundan; meşru anayasal düzenin işleyişine karşı direniş, direnme hakkına dair pozitif hukuktaki düzenlemelerin de meşruluğunu yitirmesi gibi çelişkili bir sonuç doğuracaktır. Zulme karşı direniş fikri bakımından en doğru yol, bunun pozitif hukuka işli bir hak olarak değil, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nin giriş kısmında da ifade edildiği üzere insanın tabiatından doğan bir olgu olarak kabulüdür.

Toplum sözleşmesinin günümüzdeki benzerlerinden ilki, bütün insanlığın iktidar karşısındaki devredilmez tabii haklarını belirten uluslararası insan hakları metinleridir. İkincisi ise yeni kurulan devletlerin kurucu anayasalarıdır. Lakin anayasaları hipotezlerdeki toplum sözleşmesine indirgemek tam olarak doğru değildir. Zira hipotezlere göre toplum sözleşmesine her birey fiilen katılarak tabii haklarının müdafaası amacıyla hukuk temelli bir devlet yaratır. Anayasaların oluşum sürecinde ise salt toplumda var olan (*tabii*) hakların müdafaası gayesi değil, bunun

yanında belli bir ideolojinin benimsediği hakların oluşumu ve müdafaası gayesi de güdülmektedir.

Locke'a göre sonraki insanlar atalarının devleti kurarken yaptıkları sözleşme ile bağlı tutulamazlar. Ancak açık olarak toplum sözleşmesine rızasını açıklayan kişiler devletin uyrukluğundan çıkamazlar. Modern dünyada ise insan, vatandaşlıktan çıkararak herhangi bir devlet ile arasındaki toplum sözleşmesini reddetse bile devletler arasında düzenlenen "uluslararası toplum sözleşmeleri" çatısı altında yaşamaya mecbur kalmaktadır. Bu sebeple de modern çağda insanların bir toplum sözleşmesine bağlı olmadan yaşamaları ve tekrardan tabiat haline dönüşleri mümkün görünmemektedir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- "Çatalhöyük." Wikipedi, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <https://tr.wikipedia.org/wiki/%C3%87atalh%C3%B6y%C3%B6k>.
- "Dünya Savaşta." BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <https://www.refworld.org/docid/558292924.html>.
- Akal, Cemal Bali. *Modern Düşüncenin Doğuşu İspanyol Altın Çağı*. Ankara: Dost Kitabevi, 1997.
- Akyılmaz, Bahtiyar. "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no. 2 (1998), http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/2_15.pdf.
- Anbarlı, Şeniz. Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik(Türkiye Örneği), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, İzmir: 2006, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20500.12397/12395/205349.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Anghie, Antony. "Francisco De Vitoria ve Uluslararası Hukukun Kolonyal Kökenleri." Çev. Umut Koloş, *Public and Private International Law Bulletin* 33, no. 1 (2013): 273-294, <http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411332>.
- Arslan, Hüseyin. "John Locke'un Siyaset Felsefesinin Temelleri Üzerine Bir Deneme." *Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 1, no. 17 (2013): 181-204, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/215779>.
- Ayda, Adile. *Etrüskler Türk Mü İdi*. Ankara: Türk Kültürü Araştırma Enstitüsü, 1974.
- Aydın, Barış. "Toplum Sözleşmesi Teorilerinin Marx ve Foucault Temelli Eleştirisi." *Liberal Düşünce Dergisi* 24, no: 94 (2019): 65-87, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754066>.

- Bayar, Seher Akçınar. Mutlak Kaostan Ebedi Barışa, Artuklu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Bölümü Yüksek Lisans Tezi, Mardin: 2019, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020,
<http://acikerisim.artuklu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12514/1038/Seher%20AK%C3%87INAR%20BAYAR.pdf?sequence=1>.
- Berber, Emre. *İnsan Haklarının Yükü*, İstanbul: Onikilevha, 2018.
- Bottero, Jean, ve Samuel Noah Kramer. *Mezopotamya Mitolojisi*. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.
- Bozkurt H., Argun. *Hukukun Öyküsü*. 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2018.
- Bürüngüz, Mehmet Refik. Son Dönem Osmanlı Aydınlarının Sömürgecilik ve Emperyalizm Algısı, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara: 2013, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020,
<http://www.openaccess.hacettepe.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/11655/1406/2150dfdf-7f93-4d56-bdf8-445e4d54d534.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Chevallier, Jacques. *Hukuk Devleti*. Çev. Ertuğrul Cenk Gürcan, Ankara: İmaj, 2010.
- Cicero. *Yasalar Üzerine*. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.
- Çağla, Cengiz. *Yeni Başlayanlar İçin Siyaset Bilimi*. İstanbul: Omnia, 2010.
- Çeçen, Anıl. *İnsan Hakları*. 4. Baskı, Ankara: Seçkin, 2015.
- Çetin, Halis. "Liberalizmin Temel İlkeleri." *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 2, no: 1 Doç.Dr. Feramuz AYDOĞAN'ın Anısına (2001): 219-237, Erişim Tarihi: 17.04.2020,
<http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/101.pdf>.
- Çetin, Halis. "Liberalizmin Tarihsel Kökenleri." *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 3, no: 1 (2002): 79-

- 96, Erişim Tarihi: 17.04.2020,
<http://eskidergi.cumhuriyet.edu.tr/makale/134.pdf>.
- Çığ, Muazzez İlmiye. *Uygarlığın Kökeni Sümerliler Cilt I*. İstanbul: Kaynak, 2017.
- Çığ, Muazzez İlmiye. *Uygarlığın Kökeni Sümerliler Cilt II*. İstanbul: Kaynak, 2017.
- Çınar, Meral Uğur. "Rousseau ve Kant ile Avrupa'da Kalıcı Barışa ve Avrupa Birliği'ne Dair." *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 16, no: 1 (2017): 61-80, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <http://aacd.ankara.edu.tr/wp-content/uploads/sites/462/2018/02/C16S1Cinar.pdf>.
- Delice, Aslan. *Antropoloji Penceresinden Hukuk: Basit Toplumlarda Akrabalık İktidar ve Çıkar İlişkileri*. İstanbul: Onikilevha, 2013.
- Demirel, Demokaan. "Eski Türklerde Devlet Sisteminin Mutlak Monarşik Modelden Ayrılan Yönleri." *Karadeniz Sosyal Bilimler Dergisi* 9, no: 6 (2017): 425-450, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/351391>.
- Diakov, V. ve S. Kovalev. *İlkçağ Tarihi Cilt 2 Roma*. Çev. Özdemir İnce, İstanbul: Yordam, 2008.
- Doehring, Karl. *Genel Devlet Kuramı*. Çev. Ahmet Mumcu, 6. Baskı, İstanbul: İnkılap, 2015.
- Dönmezer, Sulhi, ve Sahir Erman. *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Cilt I*. 14. Baskı, İstanbul: DER, 2016.
- Duguit, Leon. *Hak Kavramı ve Devletin Dönüşümü Üzerine Üç Konferans*. Çev. Edip Serdengeçti, İstanbul, Pinhan, 2019.
- Durkheim, Emile. *Rousseau ve Toplum Sözleşmesi*. Çev. Özge Bilge Kara, İstanbul: Pinhan, 2019.
- Düvenci, Serhat. "Kuvvet ve Mücadele Teorisine Göre Mezopotamya'da Devletin Ortaya Çıkışı." *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 1, no: 1 (2018): 106-117, <http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/464348>.

- Dworkin, Ronald. *Hukukun Hükümlenliği*. Çev. Ertuğrul Uzun, İstanbul: Nora, 2018.
- Ekici, Ekrem. "Hobbes ve Rousseau: Toplumsal Sözleşme." *Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi* Bahar, no: 6 (2006): 78-89, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <http://kutuphane.dogus.edu.tr/mvt/pdf.php?pdf=0004017>.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *Hukukun Serüveni*. 3. Baskı, İstanbul: Arı, 2017.
- Ekmekçi, İdil Su. "John Locke'un Liberalizm Kuramı Üzerine." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no: 106 (2013): 205-214, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2019, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-106-1273>.
- Erdoğan, Mustafa. *İnsan Hakları Teorisi ve Uygulaması*. 6. Baskı, Ankara: Hukuk, 2018.
- Fabre, Cecile. "Toplumsal Sözleşme", Çev. Mehmet Fatih Deniz, *Felsefe Arşivi Dergisi* I, no: 48, (2018): 123-136, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <https://cdn.istanbul.edu.tr/file/1CD58DF90A/04D391183E724C43B1B87BA80B7F4AC7?doi=>.
- Faulkner, Neil. *Roma: Kartalların İmparatorluğu*. Çev. Çağdaş Sümer, İstanbul: Yordam, 2015.
- Hobbes, Thomas. *Leviathan*. Çev. Semih Lim, 19. Baskı, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2019.
- Hocard, Arthur Maurice. "Krallar ve Danışmanları: Yasa." Çev. Başak Baysal, Barış Erman. İç. *Devlet Kuramı*, 5. Baskı, ed. Cemal Bali Akal. Ankara: Dost, 2018.
- Gauchet Marcel. "Anlam Borcu ve Devletin Kökenleri." *Libre 4*, Payot, Paris 1977. Çev. Ozan Erözden. İç. *Devlet Kuramı*, 5. Baskı, ed. Cemal Bali Akal. Ankara: Dost, 2018.
- Gökberk, Macit. *Felsefe Tarihi*. 24. Baskı, İstanbul: Remzi, 2012.
- Gözler, Kemal. *Kurucu İktidar*, 2. Baskı, Bursa: Ekin, 2016.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*, 3. Baskı, Bursa: Ekin, 2019.

- Grotius, Hugo. *Savaş ve Barış Hukuku*, Çev. Seha L. Meray, İstanbul: Say, 2011.
- Gürbüz, Ahmet. *Hukuk ve Meşruluk Meşru Hukukun Temel Unsurları*, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2013.
- Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, 10. Baskı, Ankara: Siyasal, 2014.
- Işık, Adem. "İlk Şehirler ve Yazılı Medeniyete Geçiş." *Mavi Atlas Dergisi* 6, no: 2 (2018): 46-74, <http://dergipark.org.tr/en/download/article-file/562271>.
- Işık, Salim. "J.J. Rousseau ve Egemenlik Anlayışı Üzerine." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Malatya* 8, no: 2 (2017): 79-98, <http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/357731>.
- İşsevenler, O. Vahdet. *Kurucu İktidarın Eleştirisi Anayasanın Maddi ve Fail Nedeni*, İstanbul: Pinhan, 2019.
- Kaboğlu, İbrahim. *Anayasa Hukuku Dersleri Genel Esaslar*. 13. Baskı, İstanbul: Legal, 2018.
- Kalfa, Ceren, ve Faruk Atay, "Rousseau ve Çoğunlukçu Demokrasi." *Alternatif Politika Dergisi* 7, no: 3 (2015): 457-489, Erişim Tarihi: 11.12.2019, https://www.academia.edu/29573299/Ceren_KALFA_and_Faruk_ATAAY_-_ROUSSEAU_VE_%C3%87O%C4%9EUNLUK%C3%87U_DEMOKRAS%C4%B0_ANLAYI%C5%9EI.
- Kapani, Münci. *Kamu Hürriyetleri*. 7. Baskı, Ankara: Yetkin, 2013.
- Karakuş, Engin. *Antik Kaynaklar Işığında Roma Cumhuriyeti'nin Yıkılış Süreci*, Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, Karaman: 2019, Erişim Tarihi: 22.04.2020, http://dosya.kmu.edu.tr/sbe/userfiles/file/tezler/Tarih/Engin_karakus.pdf.
- Kılınç, Zeynel Abidin. "Toplumsal Sözleşme Teorileri İbn Haldun ve İnsan Doğası." *Pesa Uluslararası Sosyal*

- Araştırmalar Dergisi* 4, no: 1 (2018): 56-68,
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/453373>.
- Koloş, Umut. *Foucault İktidar ve Hukuk*. 2. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2016.
- Kozak, İbrahim Erol. *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*. 2. Baskı, Konya: Palet, 2015.
- Kurat, Akdes Nimet. "Gök Türk Kağanlığı." *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Dergisi* 10, (1952): 1-56.
- Küçük, Adnan. "Egemenlik(Hakimiyet), Halk Egemenliği ve Milli Egemenlik Tartışmaları ve Egemenlik Anlayışında Esaslı Dönüşüm." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 2015, no: 6, (2015): 311-361,
<http://dergipark.org.tr/tr/pub/mdergi/issue/16886/175835>.
- Küçük, Eşref. "Eski Roma'da Cumhuriyet Dönemi Halk Meclisleri ve Yasa Yapım Süreçleri." *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no: 1 (2017): 199-214, Erişim Tarihi: 21.04.2020,
<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C7S1hakemlimakale4.pdf>.
- Küçük, Eşref. "Roma Halkının İki Özgürlük Kalesi: 'Provocatio ad populum' ve 'Tribunus plebis'." *Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2015): 127-144, Erişim Tarihi: Nisan 21, 2020,
<http://www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C5S1makale7.pdf>.
- Lijphart, Arend. *Demokrasi Modelleri*. Çev. Güneş Ayas-Utku Bulsun, İstanbul: İthaka, 2014.
- Locke, John. *Tabiat Kanunu Üzerine Denemeler*. Çev. İsmail Çetin, İstanbul: Paradigma, 1999.
- Locke, John. *Hükümet Üzerine Birinci İnceleme*. Çev. Fahri Bakırcı, 3. Baskı, Ankara: İmaj, 2016.
- Locke, John. *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme*. Çev. Fahri Bakırcı, 5. Baskı, Ankara: Serbest, 2019.

- Martinich, A.P. *Thomas Hobbes*. İstanbul: İşbankası Kültür Yayınları, 2013.
- Memiş, Emin. "Anayasayı Yeniden Yapma ve Değişirme Üzerine Analizler." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 14, no: 2 (2010): 455-498, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_15.pdf.
- Mısır, Mustafa Bayram. "Direnme Hakkı, Şiddet Ve Ölüm Orucu Üzerine Bir Değini." *Ankara Barosu Dergisi* 65, no: 1/Kış (2007): 38-47, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2007-1/5.pdf>.
- Mızrak, Dilan. "Toplum Sözleşmesi Kuramlarında Siyasi İktidarın Sınırı Olarak Kişi Hak ve Özgürlükleri Meselesi." *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 9, no: 17 (2019): 21-44, <http://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/689406>.
- Mieroop, Marc Van De. *Hammurabi*. Çev. Bülent O. Doğan, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2017.
- Murtaza, Gökhan. "John Locke'da Sömürgecilik ve Mülkiyet İlişkisi." *Kutadgubilig Fetsefe-Bilim Araştırmaları Dergisi*, no: 21 (2012): 371-388, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, https://www.academia.edu/37812511/JOHN_LOCKEDA_S%C3%96M%C3%96RGE%C4%B0L%C4%B0K_VE_M%C3%96LKIYET_%C4%B0L%C4%B0C5%9EK%C4%B0S%C4%B0.
- Okandan, Recai G. *Umumi Hukuk Tarihi Dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1951.
- Orhun, Murat. *Etrüsk Kültürü ve Roma Kültürüne Etkisi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Eski Çağ Tarihi Bilim Dalı Doktora Tezi, Ankara: 2008.
- Öke, Mim Kemal. *Kaderle Dans*. İstanbul: Başlık Kitaplar Yayınları, 2010.

- Özcan, Mehmet Tevfik. *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*. İstanbul: Onikilevha, 2012.
- Özer, Attila. *Anayasa Hukuku*. 4. Baskı, Turhan, Ankara, 2010.
- Ponting, Clive. *Dünya Tarihi*. Çev. Eşref Bengi Özbilen, İstanbul: Alfa Tarih, 2018.
- Rawls, John. *Bir Adalet Teorisi*. Çev. Vedat Ahsen Coşar, 2. Baskı, Ankara: Phoenix, 2018.
- Rousseau, J.J. *Toplum Sözleşmesi*. 23. Baskı, İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları, 2016.
- Russel, Bertnard. *Batı Felsefesi Tarihi Cilt III*. Çev. Ahmet Fethi, İstanbul: Alfa, 2019.
- Serozan, Rona. *Karl Marx&Frederich Engels Devlet ve Hukuk*. 2. Baskı, İstanbul: Ayrıntı, 2018.
- Seyitdanlıoğlu, Mehmet. "Eski Türklerde Devlet Meclisi 'Toy' Üzerine Düşünceler." *Tarih Araştırmaları Dergisi* 28, no: 45 (2009): 1-12, Erişim Tarihi: 11.12.2019, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/18/941/11708.pdf>.
- Strauss, Leo. *Tabii Hak ve Tarihi Natural Right and History*. Chicago Üniversitesi Yayınları, 1953, Çev. Cemal Bali Akal. İç. *Devlet Kuramı*, 5. Baskı, ed. Cemal Bali Akal. Ankara: Dost, 2018.
- Solmaz, Mustafa. *Biçimbilim ve Sözdizim Açısından Etrüsk Dili, Van Yüzüncü Yıl Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Fransız Dili ve Edebiyatı Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi*, Van: 2005.
- Süleymanoğlu, Rosa. "Keynesçi Refah Devleti'nin Gelişimi, Dönüşümü ve Sosyal Hizmet Bağlamında Değerlendirilmesi." *Çekmece İzü Sosyal Bilimler Dergisi* 4, no: 8-9 (2016): 271-301, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <https://openaccess.izu.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12436/376/12%20Keynes%C3%A7i%20refah%20Devleti%E2%80%99nin%20Geli%C5%9Fimi%2C%20D%C3%B6n%C3%BCm%C5%9F%C3%BCm%C3%BC%20ve%20Sosyal%20H>

- izmet%20Ba%C4%9Flam%C4%B1nda%20De%C4%9Ferlen
dirilmesi.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- Şahin, Engin. *Kurucu İktidar*. İstanbul: Onikilevha, 2013.
- Şallı, Saim. "Kant'ta Barış Düzeni, Dünya Vatandaşlığı ve Ötekiler: Modern Kozmopolitizm Düşüncesinin Temelleri Üzerine Bir İnceleme." *Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 5, no: 12 (2018): 92-108, <http://dergipark.org.tr/en/download/article-file/553871>.
- Tayyar, Ayşegül, ve Birol Çetin. "Liberal İktisadi Düşüncece Devlet." *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 14, no: 1 (2013): 107-120, Erişim Tarihi: 17.04.2020, <http://www.acarindex.com/dosyalar/makale/acarindex-1423875000.pdf>.
- Topuzkanamış, Şafak Evran. "Anayasalar Yoluyla Toplum Tasarımı ve İnşası: Anayasaların Gerçek Sahipleri ve Anayasacılık Süreçlerinde Birey." *Dokuz Eylül HFD* 6, no: Özel (2015): 4989-5010, Erişim Tarihi: 11.12.2019, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/%c5%9eAFAK-EVRAN-TOPUZKANAMI%c5%9e.pdf>.
- Tunçay, Mete. *Batı'da Siyasal Düşünceler Tarihi Yakın Çağ*. 4. Baskı, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2015.
- Türkan, Mehmet. "David Hume'da Doğal Hukuk ve Sözleşme Kuramının Eleştirisi." *Beytulhikme Felsefe Dergisi* 4, no: 2 (2016): 169-202, Erişim Tarihi: 11.12.2019, [http://www.beytulhikme.org/Makaleler/1485352262_09_Turkan_\(169-203\).pdf](http://www.beytulhikme.org/Makaleler/1485352262_09_Turkan_(169-203).pdf).
- Uslu, Cennet. *Doğal Hukuk ve Doğal Haklar*, Ankara: Liberte, 2009.
- Uyanık, Necmi, ve Fatih Mehmet Berk, "Mekan-Şehir ve Medeniyet Bağlamında Çatalhöyük." *Uluslararası Turizm ve Sosyal Araştırmalar Dergisi* 2016, no: 1 (2016): 1-13, Erişim Tarihi: 19.04.2020,

- <http://sutsad.selcuk.edu.tr/index.php/sutsad/article/view/159/129>.
- Uygun, Oktay. *Hukuk Teorileri*, İstanbul: Onikilevha, 2017.
- Uygun, Onur. "Çatışma Keşfedilmeden Önce." *National Geographic*, Erişim Tarihi: 11.12.2019, <http://www.nationalgeographic.com.tr/makale/kesfet/catisma-kesfedilmeden-once/2625>.
- Versteeg, Mila. "Unpopular Constitutionalism." *Indiana Law Journal* 3, no: 89 (2014): 1133-1190, Erişim Tarihi: 3.12.2020, <http://ilj.law.indiana.edu/articles/9-Versteeg.pdf>.
- Wacks, Raymond. *Hukuk Kuramını Anlamak*. Ankara: Astana, 2017.
- Woo, Duck Chan. Göktürk Devletinin Teşekkülü ve Çin ile İlişkiler, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tarih Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 1992, Erişim Tarihi: Nisan 16, 2020, [http://docs.neu.edu.tr/library/nadir_eserler_el_yazmalari/TEZLER_YOK_GOV_TR/DuckChan%20Woo,%20K%C3%B6kt%C3%BCrk%20devletinin%20te%C5%9Fekk%C3%BCrk%C3%BC%20ve%20%C3%87in%20ile%20ili%C5%9Fkileri%20\(6.As%C4%B1r-8.As%C4%B1r\)%20201199.pdf](http://docs.neu.edu.tr/library/nadir_eserler_el_yazmalari/TEZLER_YOK_GOV_TR/DuckChan%20Woo,%20K%C3%B6kt%C3%BCrk%20devletinin%20te%C5%9Fekk%C3%BCrk%C3%BC%20ve%20%C3%87in%20ile%20ili%C5%9Fkileri%20(6.As%C4%B1r-8.As%C4%B1r)%20201199.pdf).
- Woolhouse, Roger. *John Locke*. Çev. Akın Terzi, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011.
- Yalçınöz, Ayşe. Kant'ın Ebedi Barış Fikrinin Temellendirilmesi, Kırklareli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırklareli: 2014, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <http://acikerisim.kirklareli.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.11857/284/10043805.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Yarar, Ayşe. "Latin Amerika'da İspanyol Sömürgeciliği ve Simon Bolivar'ın Bağımsızlık Mücadelesi." *History Studies International Journal of History* 5, no: 1 (2013): 391-403, Erişim

- Tarihi: Nisan 15, 2020,
<http://www.historystudies.net/dergi/tar2015120788d.pdf>.
- Yeşilçayır, Celal. "Kant'ta Barışın Hukuk Zemininde Kurgulanması." *Artvin Çoruh Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi* 2, no: 1 (2016): 78-93,
<http://dergipark.org.tr/en/download/article-file/230108>.
- Yıldırım, İlhan Eren. Roma Cumhuriyeti'nde Ortaya Çıkan Köle İsyanları, Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale: 2019.
- Yıldız, Burcu Değirmencioğlu. "John Locke'ta Doğa Durumu ve Direnme Hakkı." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no: 3 (2016): 375-410, Erişim Tarihi: Aralık 10, 2019,
http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/20_3_13.pdf.
- Yuluğ, Elif. Çatalhöyük'te Şamanizm İzleri, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Arkeoloji Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2018.
- Yüksel, Mehmet. "Modern Toplumda Hukuk Kültürü." *Journal of Yaşar University* 8, no: Özel (2014): 3239-3264, Erişim Tarihi: Nisan 18, 2020, <https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/31-Mehmet-Y%C3%9CKSEL.pdf>.
- Zabunoğlu, H. Gökçe. "Toplum Sözleşmesi Bağlamında John Locke'un Devlet Anlayışı." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no: 2 (2016): 431-456,
<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/417733>.
- Zabunoğlu, Yahya. *Devlet Kuramına Giriş*. 2. Baskı, Ankara: İmaj, 2015.

ELEKTRİK TÜKETİM VERGİSİ, SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Electricity Consumption Tax, Problems and Solutions

Muhammet Ali ATEŞ*

Öz

Elektrik faturalarında genellikle "ETV" kısaltmasıyla görmeye aşına olduğumuz "Elektrik Tüketim Vergisi", belediyeler için gelir kaynağı teşkil eden bir tür dolaylı tüketim vergisidir. Belediyelerin gelir kaynakları arasında 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu kapsamında düzenlenen ETV'nin, bu hususiyetine atfen, uygulamada "Belediye Tüketim Vergisi" şeklinde ya da "BTV" kısaltmasıyla anıldığı da olur.

Belediyelerin gelir kaynaklarını ve bu bağlamda ETV'yi de düzenleyen 2464 sayılı Kanun 26.05.1981 tarihinde kabul edilerek yasalastırılmıştır. 1981 yılında kabul edilen 2464 sayılı

* LL.M.; Doktora Öğrencisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk ABD; Enerji Uzmanı, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu, muhaates@gmail.com, ORCID: 0000-0002-3353-4231. Bu makalede ileri sürülen görüşler yazarın mensubu olduğu kurumu bağlamaz; sorumluluğu yazarına aittir.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 20.05.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 20.10.2020.

Atıf/Citation: Ateş, Muhammet Ali. "Elektrik Tüketim Vergisi, Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 434-503.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Kanunun ETV'ye ilişkin hükümlerinde her ne kadar 2008 yılında 5784 sayılı Kanunla yeni piyasa şartlarına göre kısmî bir değişiklik yapılmış ise de Kanunun temel kurgusu 80'li yıllardaki elektrik piyasasının şartlarını yansıtmaya devam etmektedir. Kanunun güncel piyasa koşullarıyla uyumlu olmayan hükümleri, ETV'nin uygulamasında birtakım sorun ve tereddütlere yol açmaktadır.

Makalemizin konusunu, ETV'nin unsurları itibarıyla incelenmesi ve ETV'ye ilişkin olarak uygulamada yaşanan ve yaşanması muhtemel sorunların tespiti ve bunlara yönelik çözüm önerileri oluşturmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Elektrik Tüketim Vergisi, Elektrik, Tedarikçi, Tüketici, Matrah.

Abstract

Electricity Consumption Tax, which we are familiar with seeing its abbreviation of "ETV" on electricity bills, is a kind of indirect consumption tax that constitutes a source of income for municipalities. Since it constitutes an income for municipalities and is regulated under the Law (No:2464) on Incomes of Municipalities, it is also called as "Municipality Consumption Tax" or "BTV" in practice.

Law on Incomes of Municipalities, which regulates the incomes of municipalities including ETV, was enacted on the date of 26.05.1981. Since then although a partial amendment in the provisions of the ETV was made in the year of 2008 with the Law (No:5784), main structure of the ETV provisions still represents 1980s' conditions of the electricity market. These outdated provisions of the Law cause hesitations and some problems in the enforcement of the ETV.

The aim of this article is to determine the actual and potential problems on the enforcement of the ETV and to bring

solutions against these problems by examining elements of the ETV.

Keywords: Electricity Consumption Tax, Electricity, Supplier, Consumer, Tax Base.

GİRİŞ

26.05.1981 tarihinde kabul edilerek yasalaştırılan 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu (BGK), belediyelerin gelir kaynaklarını ve bu kapsamda “Elektrik Tüketim Vergisi (ETV)”ni de düzenlemektedir. ETV'nin yer aldığı 2464 sayılı BGK'nın yayımlandığı 80'li yıllarda, Türkiye’de elektrik üretimi, iletimi ve dağıtımını dikey bütünleşik bir kamu kuruluşu olan Türkiye Elektrik Kurumu (TEK) tarafından yürütülmekte idi. Hatta o tarihlerde elektrik dağıtımını yürüten belediyelerin bulunduğu ve bunların ilerleyen yıllarda TEK’e devredildiği bilinmektedir. TEK 1994 yılında bölünerek elektrik dağıtım ve perakende satış faaliyetleri, Türkiye Elektrik Dağıtım AŞ’ye (TEDAŞ) devredilmiş, sonraki yıllarda ise ülke genelinde bölgesel dağıtım şirketleri oluşturularak bu faaliyetler ülke genelindeki 21 bölgesel dağıtım şirketine devredilmiştir. İlerleyen süreçte dağıtım şirketleri özelleştirilmiş, 2013 yılından itibaren ise hukukî ayrışma sürecine girilerek, perakende elektrik satışı dağıtım şirketlerinden görevli tedarik şirketlerine devredilmiştir. Aynı zamanda 20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı eski Elektrik Piyasası Kanununun¹ kabulünden sonra elektrik piyasasında serbestleşme süreci hız kazanmış, pek çok özel sektör katılımcısı Enerji Piyasası Düzenleme Kurumundan (EPDK) lisans alarak piyasada faaliyet göstermeye başlamıştır.

1981 yılında kabul edilen 2464 sayılı BGK’nın ETV’ye ilişkin hükümlerinde her ne kadar 2008 yılında, yeni piyasa şartlarına göre kısmî bir değişiklik yapılmış ise de, Kanunun temel

¹ RG. 03.03.2001, S. 24335 (1. Mük.).

kurgusu 80'li yıllardaki elektrik piyasasının şartlarını yansıtmaya devam etmektedir. Kanunun ETV'ye ilişkin hükümleri hâlâ büyük ölçüde, elektrik dağıtımı ve perakende satışının kamu tekelinde icra edildiği dönemin izlerini taşımaktadır. Aradan geçen ve 40 yıla yaklaşan zaman zarfında piyasa yapısı ve piyasa oyuncularında önemli değişiklikler olmuş ve Kanun hükümlerinin uygulamasında birtakım sorunlar ortaya çıkmıştır.

Aşağıda, ETV unsurları itibarıyla ele alınmak suretiyle temelde 2464 sayılı BGK'nın güncel piyasa koşullarıyla uyumlu olmayan hükümlerinden kaynaklı olarak ETV'nin uygulamasında karşılan veya ileride karşılaşılması muhtemel sorunlar ve bunlara yönelik çözüm önerileri incelenmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, 2464 sayılı BGK'nın ETV'yi düzenleyen hükümleri, aynı zamanda "Havagazı Tüketim Vergisi (HTV)"ni de düzenlemektedir. Öyle ki Kanunda bu iki vergi, "Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi" ismiyle birlikte anılmaktadır. Havagazı, maden kömüründen çıkarılan, yakılarak ışık veya ısı sağlanan gaz olarak tanımlanmaktadır.² Hava gazının, ülkemizde geçmişte özellikle büyük şehirlerde uzun yıllar ısınma ve sokak aydınlatması amaçlı olarak kullanıldığı bilinmektedir.³ Zamanla yerini, sokak

² "Hava gazı," *TDK Sözlük*, Erişim Tarihi: Eylül 8, 2019, www.sozluk.gov.tr. Sözlükte "hava gazı" terimi, burada gösterildiği şekilde ayrı yazılmıştır. Ancak 2464 sayılı Kanun, bu terimi "havagazı" şeklinde bitişik yazdığından, yukarıda bu terim bitişik olarak yazılmıştır.

³ İETT'nin internet sitesinde yer alan, İstanbul'da havagazı kullanımının tarihi ile ilgili olarak "Dönemin lüksü" başlıklı kısa yazıda, "İstanbul'da havagazı üretimine, ilk kez 1853 yılında Dolmabahçe Sarayı'nın aydınlatılması amacıyla başlanır. 1878'e kadar Yedikule'de, 1891'de Kadıköy'de yabancı sermayeli özel şirketlerce yürütülen üretim ve dağıtım işi birkaç el değiştirdikten sonra, 1945 yılında 4762 sayılı devir yasasıyla İETT'ye devredilir. 1984 yılında imtiyazı dolan Beyoğlu Poligon Havagazı

aydınlatmasında elektriğe ve ısınmada da 80'li yıllardan itibaren doğal gaza bırakmış olan havagazı, günümüzde sadece sınırlı bir biçimde sanayide kullanılmaktadır.⁴ İşte bu havagazı tüketiminden alınan HTV ile elektrik tüketiminden alınan ETV, her ne kadar Kanunda birlikte aynı hükümler içinde düzenlenmiş ise de, havagazının teknik özellikleri elektrikten farklı olduğundan, HTV'nin ayrı bir konu olarak ele alınması gerekmekte olup bu çalışmadaki açıklamalar ETV'ye hasredilmiştir.

Çalışmada ETV'nin uygulamasında karşılan güncel ve muhtemel sorunlar ve bunlara yönelik çözüm önerileri incelenirken konunun mümkün merteye mukayeseli hukuk açısından da değerlendirilmesine gayret gösterilmiştir. Bu itibarla ülkemizdeki ETV'ye benzer bir biçimde elektrik tüketimi üzerinden özel bir vergi alan Almanya'nın konuya ilişkin düzenlemelerine geniş ölçüde yer verilmiştir. Almanya'da 24.03.1999 tarihinde kabul edilen Elektrik Vergisi Kanunu (StromStG)⁵ ve bu Kanun kapsamında çıkarılan Elektrik Vergisi Kanunu Uygulama Yönetmeliği (StromStV)⁶ hükümleri uyarınca, elektrik üzerinden KDV haricinde "Elektrik Vergisi

Fabrikası'nın da devredilmesiyle İETT, havagazı üretimi ve dağıtımında tekel olur. Kok üretimi ve satışı da yapan, yaklaşık bin kişinin çalıştığı, günlük ortalama kapasitenin 300 bin metreküpü bulduğu, 80 bin abonesiyle İstanbul'a on yıllar boyu yaz kış demeden hizmet veren işletme, doğalgazın günlük yaşama girmesi ve geri teknoloji nedeniyle Haziran 1993'te tasfiye edilir." ifadelerine yer verilmiştir. Bkz. Erişim Tarihi: Eylül 8, 2019, <https://www.iETT.istanbul/tr/main/pages/havagazi/29>.

⁴ Doğal gaz, havagazı sayılmadığından doğal gaz tüketimi, havagazı tüketim vergisinin konusunu oluşturmamaktadır. Aynı yönde bkz. 04.04.2008 tarihli ve 35312 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/93407/pdf>.

⁵ Stromsteuergesetz vom 24. März 1999 (BGBl. I S. 378; 2000 I S. 147).

⁶ Verordnung zur Durchführung des Stromsteuergesetzes vom 31. Mai 2000 (BGBl. I S. 794).

(*Stromsteuer*)" alınmaktadır. Ülkemizdeki ETV düzenlemelerine benzerliği ile dikkat çeken bu düzenlemeler, çalışmada ülkemizle karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.⁷

Aşağıda öncelikle ETV'ye ilişkin tarihî süreç ortaya konmuş, temel kavramlara açıklık getirilmiş ve ETV'nin belediye gelirleri içerisindeki yeri ve önemi izah edilmiştir. Takip eden başlıklarda ise ETV'nin unsurları tek tek incelenmiş ve bunlara ilişkin sorunlara ve çözüm önerilerine yer verilmiştir.

⁷ Alman Anayasası m. 106, f. 1, b. 2 hükmüne göre, Anayasada açıkça eyaletlere ve belediyelere bırakılmış olan tüketim vergileri haricindeki tüm tüketim vergileri federal hükümete aittir. Bu bağlamda Elektrik Vergisi de federal hükümetin gelirlerindedir. Buna karşılık Almanya'da, elektrik üzerinde bir de belediyeler için gelir kaynağı teşkil eden ve adına "İmtiyaz Resmi (*Konzessionsabgabe*)" denilen başka bir yasal yükümlülük daha söz konusudur. "Enerji Endüstrisi Kanunu (*Energiewirtschaftsgesetz*)" § 48 Abs. 1'e göre İmtiyaz Resmi, belediye sınırları içerisinde tüketicilere enerji (elektrik ve doğal gaz) temin eden hatların geçirilmesi ve işletilmesi için kamuya açık yollardan yararlanma imtiyazı karşılığında alınan bir ücrettir. Detayları "İmtiyaz Resmi Yönetmeliğinde (*Konzessionsabgabenverordnung* vom 9. Januar 1992, BGBl. I S. 12, 407)" düzenlenmektedir. İmtiyaz Resmi, bir belediye geliri olarak düzenlenmesi münasebetiyle ülkemizdeki ETV'ye bu yönüyle benzerlik gösterse de, Almanya'da mâlî hukuk (vergi hukuku) anlamında bir yasal yükümlülük sayılmamaktadır. İmtiyaz Resmi, Alman hukukunda belediyeler ile elektrik ve doğal gaz şebeke işletmecileri arasında imzalanan imtiyaz sözleşmeleri gereğince alınan "özel hukuk hükümlerine tâbi bir ücret (*privatrechtliches Entgelt*)" olarak nitelendirilmektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Matthias Albrecht, "Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen," in *Recht der Energiewirtschaft*, Hrsg. Jens-Peter Schneider, und Christian Theobald, 4. Auflage, (München: Verlag C. H. Beck, 2013), § 9 Rn. 193. Gerek konusu, gerek amacı, gerekse niteliği ve muhtevası itibarıyla ülkemizdeki ETV'den farklı bir düzenleme rejimine tâbi olan İmtiyaz Resmi, makalemizde ETV ile mukayese edilmemiş; bunun yerine ETV, kendisine oldukça benzerlik gösteren Alman Elektrik Vergisi ile kıyas edilmiştir.

I. GENEL OLARAK

Elektrik tüketimi üzerine özel bir yasal yükümlülük getirilmesi ilk defa, 14.01.1943 tarihli ve 4375 sayılı Belediye Vergi ve Resimleri Kanununa Ek Kanun⁸ hükümleriyle olmuştur. Anılan Kanunun 1. maddesinin (b) bendi hükmünde belediye sınırları içerisinde tüketilen elektriğin beher kilovatından⁹ kullanım amacına göre en çok iki veya bir kuruluş olmak üzere “belediye hissesi” alınabileceği düzenlenmiştir.¹⁰ Burada getirilen yasal yükümlülük, vergi olarak adlandırılmamış, belediyelere gelir olmak üzere adına belediye hissesi denmiştir.

Daha sonra mezkûr Kanunun yerini alan 01.07.1948 tarihli ve 5237 sayılı Belediye Gelirleri Kanununda¹¹ ise konu, Kanunun 6. maddesinde, yine önceki Kanundaki esaslara göre ve aynı tutarda olmak üzere “belediye resmi” olarak düzenlenmiştir.¹²

⁸ RG. 21.01.1943, S. 5310.

⁹ Kanunda ölçü birimi olarak kilovat (kW) ifadesine yer verilmiştir. Hükmün maksadı elektrik kapasitesine değil, elektrik enerjisine yönelik bir yasal yükümlülük doğurmak olduğundan, burada ölçü birimi olarak kilovatsaat (kWh) kullanılması gerekirdi.

¹⁰ Anılan hüküm şu şekildedir:

“Belediye sınırları içinde işliyen muayyen tarifeli bütün nakil vasıtaları bilet bedelleriyle elektrik, havagazı ve telefon tarifelerine belediye meclislerinin kararı ve İcra Vekilleri Heyetinin tasvibiyle aşağıdaki miktar ve nispetleri aşmamak üzere belediye hissesi olarak zamlar yapılabilir:

(b) Belediye sınırları içinde sarf ve istihlâk edilen elektriğin beher kilovatına ve havagazının beher metre mikâbına en çok iki kuruluş (Muharrik kuvvet olarak sarfolunan elektriğin beher kilovatına en çok bir kuruluş).”

¹¹ RG. 09.07.1948, S. 6953.

¹² Resim, bir iş ya da faaliyetin yapılmasına yetkili kuruluşlar tarafından izin verilmesi dolayısıyla yapılan bir ödemedir. Bkz. Abdurrahman Akdoğan, *Kamu Maliyesi*, 10. Baskı, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2005), 136.

1981 yılına gelindiğinde ise 5237 sayılı Kanun, yerini bugün de hâlâ yürürlükte olan 26.05.1981 tarihli ve 2464 sayılı BGK'ya bırakmıştır.¹³ Elektrik üzerine konan yasal yükümlülük, Kanunun 34-39 maddeleri arasında bu defa bir “vergi” olarak, “Elektrik Tüketim Vergisi” adıyla düzenlenmiştir. Kanunun anılan hükümlerinde 2008 yılında 5784 sayılı Kanunla çok sınırlı bir değişiklik yapılmış ise de, Kanun hükümlerinin temel kurgusu ilk kabul edildiği 80’li yıllardaki elektrik piyasasının şartlarını yansıtmaya devam etmektedir.¹⁴

2464 sayılı BGK verginin konusunu “elektrik tüketimi” olarak belirlemiştir (m. 34). Verginin mükellefi, “elektrik tüketicisi” olarak; verginin sorumlusu ise “elektrik enerjisini tedarik eden kuruluş” olarak düzenlenmiştir (m. 35). Verginin matrahı “elektrik enerjisi satış bedeli” olarak belirlenmiş (m. 37); verginin oranı ise elektriğin tüketim amacına göre % 5 ve % 1 olarak tespit edilmiştir (m. 38). Kanun aynı zamanda elektriğin belirli alanlardaki tüketimini vergi dışı bırakmak için bazı vergi istisnaları düzenlemiştir (m. 36). Son olarak verginin alacaklısının ve dolayısıyla vergi beyannamesinin verileceği ve verginin ödeneceği yerin, sınırları ve mücavir alanı içerisinde elektrik tüketimi yapılan belediye olduğu düzenlenmiştir (m. 39).

ETV, belediyelerin vergi gelirleri içerisinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu anlamda Hazine ve Maliye Bakanlığının Mahallî İdareler Bütçe İstatistikleri’nden elde edilen verilere göre belediyelerin Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergi Gelirleri ve

¹³ RG. 29.05.1981, S. 17354.

¹⁴ Bunun dışında Kanunun ETV’ye ilişkin hükümlerinde bir de 2009 yılında, 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezî Yönetim Bütçe Kanunu ve akabinde 5917 sayılı Kanunla bir değişiklik öngörülmüş, belediyelerin gelir kaynaklarından olan ETV gelirleri anılan düzenlemelerle sadece 2009 yılına mahsus olmak üzere merkezî bütçeye yönlendirilmiştir. Bkz. 2464 sayılı Kanun, geçici m. 6.

bunların belediyelerin toplam mahallî idare vergi gelirleri içerisindeki payı yıllar itibarıyla aşağıda Tablo 1’de gösterilmiştir.

Tablo 1: ETV ve HTV'nin Belediyelerin Vergi Gelirleri İçindeki Yeri

| Yıl | Toplam Mahallî Vergi Gelirleri (Bin TL) | ETV + HTV Gelirleri (Bin TL) | Oran (%) |
|------|---|------------------------------|----------|
| 2007 | 3.690.832 | 431.816 | 11,6 |
| 2008 | 4.190.482 | 544.540 | 12,9 |
| 2009 | 3.776.080 | 8.244 | 0,2 |
| 2010 | 5.904.388 | 750.126 | 12,7 |
| 2011 | 6.901.489 | 741.312 | 10,7 |
| 2012 | 7.249.848 | 918.072 | 12,6 |
| 2013 | 8.213.046 | 1.100.078 | 13,3 |
| 2014 | 9.291.679 | 1.132.109 | 12,1 |
| 2015 | 10.852.895 | 1.307.194 | 12,0 |
| 2016 | 12.243.842 | 1.177.003 | 9,6 |
| 2017 | 13.237.799 | 1.265.951 | 9,5 |
| 2018 | 14.507.159 | 1.592.837 | 10,9 |
| 2019 | 15.715.805 | 2.249.966 | 14,3 |

Kaynak: Hazine ve Maliye Bakanlığı¹⁵

Tablo 1’de yer alan verilere göre, ETV ve HTV’lerin belediyelerin mahallî idare vergi gelirleri içerisindeki oranı ortalama %12-13 arasında değişmektedir.¹⁶ Ülkemizde havagazi

¹⁵ <https://muhasebat.hmb.gov.tr/mahalli-idareler-butce-istatistikleri>.

¹⁶ Mahallî idare vergileri; bina vergisi, arsa vergisi, arazi vergisi, çevre temizlik vergisi, haberleşme vergisi, elektrik ve hava gazı tüketim vergisi, eğlence vergisi, yangın sigortası vergisi, ilân ve reklam vergilerinden

tüketimi artık çok sınırlı alanlarda söz konusu olduğundan, bu oranın çok büyük ölçüde ETV gelirlerini işaret ettiğini söylemek yanlış olmaz. 2009 yılındaki düşüş ise o yılki ETV ve HTV gelirlerinin merkezî bütçeye yönlendirilmesinden kaynaklanmaktadır.

Görüldüğü üzere, ETV belediyeler için azımsanamayacak derece önemli bir gelir kaynağı teşkil etmektedir.

II. VERGİNİN KONUSU VE VERGİYİ DOĞURAN OLAY

A. Verginin Konusu

Vergi konusu kavramı, verginin üzerine konulduğu, doğrudan veya dolaylı olarak verginin kaynağını oluşturan iktisadî unsuru ifade etmektedir.¹⁷ ETV’de verginin konusu 2464 sayılı BGK’nın “Konu” başlıklı 34. maddesinde belirlenmiştir: “Belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde elektrik tüketimi, Elektrik Tüketim Vergisine tabidir.” Buna göre ETV’nin konusunu, belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde elektrik tüketilmesi oluşturmaktadır.

Şu hâlde ETV’de verginin konusu, elektrik tüketimidir. Elektriğin tüketilmeden evvel el değiştirmesi durumlarında ETV doğmaz. Bu anlamda elektriğin toptan satış seviyesindeki ticareti, yani elektriğin tekrar satışı için satış işlemleri ETV’ye tâbi değildir. Aynı şekilde, elektriğin nakli sırasında şebekede oluşan teknik kayıplar için de ETV söz konusu olmaz. Zira elektriğin şebeke üzerinden bir yerden bir yere nakli sırasında kaçınılmaz olarak ortaya çıkan teknik kayıplar tüketime konu

oluşmaktadır. Yukarıdaki tabloda gösterilen toplam mahallî idare vergi gelirleri rakamlarına; bina inşaat harcı, işgal harcı, yapı kullanma izni harcı gibi 2464 sayılı Kanunda düzenlenen harç gelirleri de dâhildir.

¹⁷ Akdoğan, *Maliye*, 136.

edilemez.¹⁸ Teknik olmayan kayıplarda, yani elektrik kaçakçılığında ise tüketim vardır. Kaçak elektrik tüketimi tespit edilip buna ilişkin olarak kaçak tahakkuku yapıldığında ETV de doğmaktadır.¹⁹ Nitekim 213 sayılı Vergi Usul Kanunu (VUK) m. 9, f. 2'ye göre, "Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz".

Diğer taraftan kanun koyucu her türlü elektrik tüketimini değil, belediye sınırları ve mücavir alanları içerisindeki elektrik tüketimini vergilendirmiştir. Belediye sınırları, kanun hükümlerindeki esaslara göre yetkili makamlarca belirlenir. Mücavir alan sınırı ise belediye sınırlarının dışında, imar mevzuatı bakımından belediyelerin kontrol ve mesuliyeti altına verilmiş olan sınırdır.

B. Vergiyi Doğuran Olay

213 sayılı VUK m. 19, f. 1'deki "Vergi alacağı, vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar." hükmüyle verginin nasıl

¹⁸ Wolfgang Danner und Christian Theobald, *Energierrecht*, Kommentar, Band 3, (München: Verlag C. H. Beck, 2019), Rn. 43.

¹⁹ "Somut olaya gelince, davacı taraf davalının abone olmaksızın kaçak elektrik kullandığını öne sürmüştür. Mahkemece zarar yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmış, uzman bilirkişi tarafından düzenlenen raporda, davalı tarafın kullandığı kaçak elektrik bedeli tarife hükümlerine göre KDV ve BTV ilave edilmeden hesaplanmış, mahkemece de benimsenen bu bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Davalı tarafın abone olmaksızın davacı idare tarafından sunulan elektrik enerjisinden yararlandığı gözetildiğinde, 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu'na göre KDV matrahına dâhil olan enerji dağıtım hizmet bedelinin KDV ve BTV'sinden sorumlu olacağı kuşkusuzdur. Yetersiz bilirkişi raporu benimsenerek yasal düzenlemelere aykırı hüküm verilemez (Yar. 7. HD, E.2010/1189, K.2010/2709, 04.05.2010)." Aynı yönde bkz. Yar. 3. HD, E.2013/14517, K.2013/13002, 19.09.2013; Yar. 3. HD, E.2014/9628, K.2015/2564, 19.02.2015, (Erişim Tarihi: Aralık 10, 2019, www.kazanci.com).

doğduğu tarif edilmiştir. Buna göre vergiyi doğuran olay kavramı, vergi mükellefiyeti doğuran bir olay veya hukukî durumu ifade eder.

Doktrinde vergiyi doğuran olay, verginin mükellefi ile verginin konusu arasında vergi kanunlarının düzenlediği türden bir hukukî ilişkinin meydana gelmesi olarak tanımlanmaktadır.²⁰ Bu anlamda, vergiyi doğuran olay kavramı, vergi konusu kavramından farklı bir anlama sahip ise de bu iki kavramın mevzuatta ve uygulamada bazen birbiri yerine kullanıldığı ve karıştırıldığı görülmektedir.²¹

Benzer bir karışıklık ETV'de de söz konusudur. 2464 sayılı BGK, ETV'de vergiyi doğuran olayı açık bir biçimde düzenlememiştir. Bu durumda ilk bakışta verginin konusu düzenleyen hükmün (m. 34), vergiyi doğuran olayı da düzenlediği düşünülebilir. Ancak Kanunun ETV'ye ilişkin tüm hükümleri sistematik olarak ele alındığında, Kanunda "elektrik tüketimi" olarak düzenlenen vergi konusunun, aynı zamanda vergiyi doğuran olay olarak kabulü pek mümkün gözükmemektedir.

Gerçekten Kanunun vergi sorumlusunu düzenleyen m. 35, f. 2'deki "20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşlar, satış bedeli ile birlikte bu verginin de tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumludurlar." hükmü, verginin sorumlusu olarak düzenlenen şahsın sorumluluğunu, verginin, vergi mükellefinden tahsiline bağlamaktadır.

²⁰ Yıldırım Taylar, *Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay*, Doktora Tezi, (İzmir: 2013), 16.

²¹ Bu konuda bkz. Taylar, *Vergiyi Doğuran Olay*, 146-147; Metehan Topsakal, *Türk Vergi Sisteminde Vergiyi Doğuran Olay*, Doktora Tezi (İstanbul: 2007), 25.

Ayrıca Kanunun "Beyan ve ödeme" başlıklı 39. maddesindeki "Elektrik enerjisini tedarik eden veya havagazını dağıtan kuruluşlar tahsil ettikleri vergiyi, tahsil tarihini takibeden ayın 20 nci günü akşamına kadar belediyeye bir beyanname ile bildirmeye ve vergiyi aynı sürede ödemeye mecburdurlar. Elektrik ve havagazı işleri bütçesi içinde yer alan belediyeler bu hükümden müstesnadır." hükmü de aynı hususu teyit etmektedir.

Nitekim Gelir İdaresi Başkanlığının konuya ilişkin özelgesinde, "Bu itibarla, elektrik ve havagazı tüketim vergisi sorumluları, tahsil ettikleri vergiyi, tahsil tarihini takip eden ayın 20nci günü akşamına kadar ... beyan etmek ve bu süre içinde ödemekle yükümlüdürler. Elektrik ve havagazı tüketim vergisi beyannamesinin "Verginin Hesaplanmasına İlişkin Bildirim" bölümünde yer alan bedellerin, tahsil edilen bedeller olarak dikkate alınması gerekeceği tabiidir." denilmektedir.²² Buradan da vergi sorumlusunun (tedarikçinin) beyanname verme yükümlülüğünün, vergiyi, vergi mükellefinden (tüketiciden) tahsil etmesiyle başlayacağı anlaşılmaktadır.

Kanun m. 35, f. 2 ve m. 39 hükümleri karşısında vergiyi doğuran olayın, verginin konusu oluşturan "elektrik tüketimi" fiili ile aynı olduğu kabul edilirse, tüketicinin elektriği tüketmesiyle vergi mükellefiyeti doğduğu hâlde, bu tüketicinin karşılığını oluşturan satış bedelinin herhangi bir nedenle tahsil edilemediği durumlarda verginin beyanı ve ödenmesi mümkün olmayacaktır. Bu durumda ise, örneğin verginin mükellefi olan tüketicinin mazur görülebilir sebeplerle²³ dahi elektrik faturasını geç ödemesi durumunda, vergi mükellefi tüketicinin vergi

²² 20.01.2009 tarihli ve 6160 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Şubat 10, 2020, <https://www.gib.gov.tr/node/98571>.

²³ Örneğin tüketici faturasını içinde bulunduğu maddî şartlar nedeniyle ödeyememiş olabilir.

ziyanına neden olabileceği ve bu nedenle yaptırma tâbi tutulabileceği gibi bir durum ortaya çıkacaktır.²⁴ Vergi mükellefi tüketicinin, borç ilişkisinin ihlali olarak nitelendirilebilecek basit bir davranışı nedeniyle bir vergi cezasına tâbi tutulmasının hakkaniyete uygun düşmeyeceği açıktır. Bu sonucu önlemek için vergiyi doğuran olayın, Kanunun 35 ve 39. maddeleri hükümlerinden çıkan anlama göre belirlenmesi gerekir.

Bu çerçevede ETV'de vergiyi doğuran olayın, verginin, vergi sorumlusu tarafından elektriği tüketen vergi mükellefinden tahsil edilmesi olarak kabulü daha makul ve amaca uygun gözükmektedir. Bu sonuca göre, tüketicinin elektrik tedarik eden kuruluşa satış bedelini kısmen ifası hâlinde, verginin de sadece tahsil edilen kısım için doğduğunu kabul etmek gerekir.

C. Sorunlar ve Çözüm Önerileri

2464 sayılı BGK'da verginin konusu "elektrik tüketimi" olarak belirlenmiş, vergiyi doğuran olayın ise "elektriğin satışı ve satış bedeliyle birlikte verginin tahsili" olarak belirlenmiş olması çelişkili bir durum ortaya çıkarmaktadır. Kanunun verginin konusunu düzenleyen "Konu" başlıklı 34. maddesi, ETV'nin konusunu, herhangi bir satış işlemi neticesinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın "elektrik tüketimi" olarak belirlemiştir. Oysa Kanunun 35 ve 39. maddeleri, ETV'nin doğumunu, ortada bir elektrik satış işlemi bulunmasına ve bu satıştan doğan bedelin ve verginin, vergi sorumlusu tarafından tahsil edilmesine bağlamış gözükmektedir. Kanunun bu hükümleri birbiriyle çelişki

²⁴ Vergi ziyayı, mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesi yüzünden, verginin zamanında tahakkuk ettirilmemesini veya eksik tahakkuk ettirilmesini ifade eder (VUK m. 341, f. 1).

içerisindedir. Kanun hükümleri arasındaki bu çelişkinin giderilmesine ihtiyaç vardır.

Vergi konusunun “elektrik tüketimi” olarak belirlenmesi ve verginin adının dahi “elektrik tüketim vergisi” olarak konulmuş olmasına rağmen, vergiyi doğuran olayın satış ve tahsil şartına bağlanması, vergi tabanını daraltan bir faktördür. Elektrik piyasası son yıllarda, tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de büyük bir dönüşüm içerisindedir. Elektrik şebekelerinin tasarımı, önceki yıllarda merkezî bir yaklaşımla belirlenirken, günümüzde giderek artan ölçüde adem-i merkeziyetçi bir yaklaşım öne çıkmaktadır. Önceleri elektriğin büyük ölçekli üretim santrallerinde üretilip iletim ve dağıtım tesisleri vasıtasıyla tüketicilere ulaştırılması genel kabul görünürken; günümüzde, tüketim tesisleri nerede bulunuyorsa üretim tesislerinin de oralarda kurularak elektrik ihtiyacının mahallinde giderilmesi şeklinde bir yaklaşım yaygınlık kazanmaktadır. Buna göre eskiden sadece elektrik tüketicisi sayılan kişiler, tüketim tesislerinin (evlerinin, fabrikaların vs.) yanında kendi ihtiyaçlarını karşılayacak ölçüde üretim tesisleri (mesela güneş paneli, gaz türbini vs.) kurarak kendi elektriklerini kendileri üretir hâle gelmektedir.²⁵ Bu tip durumlarda, kişinin kendi elektriğini kendi üretmesi işleminde herhangi bir satış işlemi söz konusu olmadığından, buradaki tüketimlerin vergilendirilememesi gibi sonuç ortaya çıkmaktadır. Elektrik piyasasında giderek yaygınlık kazanan bu adem-i merkeziyetçi yaklaşım, ETV’de vergi gelirlerini ciddi boyutlarda azaltacak sonuçlar doğurabilecektir. Bu nedenle vergiyi doğuran olayın satış işlemi ve tahsil şartına bağlanması uygun görülmemektedir.

²⁵ Damián Laloux and Michel Rivier, “Technology and Operation of Electric Power Systems,” in *Regulation of the Power Sector*, ed. Ignacio J. Pérez Arriaga, (London: Springer-Verlag, 2013), 20.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, vergiyi doğuran olayın, tahsil şartına bağlanmış olması uygulamada verginin yönetimi ve denetimi noktasında da bazı sorunları beraberinde getirmektedir. Verginin doğumunun tahsil olayına bağlanması esasen vergi sorumluları lehine bir durumdur. Buna göre vergi sorumlusu tedarikçi, sattığı elektrik enerjisinin bedelini ve buna tekabül eden vergiyi tahsil etmedikçe vergi dairesine karşı sorumluluğu başlamayacaktır. Ancak vergi sorumluları lehine gibi görünen bu durum, ETV’de verginin yönetimi ve denetiminde bazı sorunlara neden olabilmektedir. Vergi alacaklısı belediyelerin denetim yetkilerinin sınırlı olduğu bilinmektedir.²⁶ Bu konuda sınırlı yetkilere sahip belediyelerin, vergi sorumlularının vergiyi, vergi yükümlülerinden tahsil edip etmediklerini denetmeleri çok güçtür.²⁷ Vergiyi doğuran olayın yeniden belirlenmesi buradaki sorunları gidermek bakımından da gereklidir.

Diğer taraftan verginin doğumu, satış ve tahsil şartına bağlandığında, verginin matrahının belirlenmesi noktasında da ciddi sorunlar yaşanmaktadır.²⁸

Şu hâlde, 2464 sayılı BGK’daki vergi konusu ve vergiyi doğuran olayı düzenleyen hükümler arasındaki uyumsuzluğun

²⁶ Ülkü Anıkboğa, “Türkiye’de Yerel Vergi Yönetimi,” *Maliye Dergisi* 168, no. 1 (2015): 13; Bilge Hakan Agun ve Fatih Çavdar, “Belediyelerde Vergi İnceleme Yetkisi: Olmalı Mı? Bir Öneri,” iç. *II. Uluslararası Multidisipliner Çalışmaları Kongresi, Bildirimi Tam Metin Kitabı C. 2*, ed. Haşim Akça, (Ankara: Akademisyen Kitapevi, 2018), 152.

²⁷ Nitekim örneğin katma değer vergisi bakımından elektrik vb. ürünlerde vergiyi doğuran olay, satış bedelinin tahsiline bağlanmamıştır. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun konuya ilişkin 10. maddesinin (g) bendine göre, “Vergiyi doğuran olay; su, elektrik, gaz, ısıtma, soğutma ve benzeri enerji dağıtım veya kullanımlarında bunların bedellerinin tahakkuk ettirilmesi anında meydana gelir.”

²⁸ Bu konuda bkz. aşa. IV.C.

giderilmesine ve vergiyi doğuran olayın herhangi bir satış ve tahsil şartına bağlanmaksızın yeniden belirlenmesine ihtiyaç olduğu görülmektedir. Bu anlamda, özellikle yukarıda izahı yapılan elektrik piyasalarındaki adem-i merkezietçi yaklaşımın getirdiği vergisel sorunları çözmek adına, vergiyi doğuran olayın “elektrik tüketimi” fiili olarak belirlenmesi uygun olacaktır.²⁹

Nitekim Alman kanun koyucusu da StomStG’de benzer bir yaklaşım izlemiş ve verginin doğumunu, “elektriğin tüketilmesi” fiili ile aynı anlamda olmak üzere tüketicinin elektrik şebekesinden “elektrik çekmesi” olayına bağlamıştır. StomStG § 5 Abs. 1’de vergiyi doğuran olay şu şekilde tarif edilmiştir: “Vergi, vergi bölgesinde mukim tedarikçinin sağladığı elektriğin, vergi bölgesindeki tüketici tarafından elektrik şebekesinden çekilmesi veya tedarikçinin elektrik şebekesinden öztüketimi için elektrik çekmesiyle doğar. Otoproduktörler bakımından vergi, birinci cümle saklı kalmak kaydıyla, elektriğin vergi bölgesi içinde öztüketim amacıyla çekilmesiyle doğar.”

Kanunda kullanılan “elektrik çekme (*Entnahme von Strom*)” kavramının tanımı Kanunda veya gerekçesinde yapılmamıştır. Ancak doktrin ve uygulamada elektrik çekme kavramının, elektriğin tüketimine yönelik dışarıdan fark edilebilir açık bir

²⁹ Yukarıdaki başlıkta (II.B.), Kanunun mevcut hükümleri nazara alınarak “elektrik tüketimi” fiilinin, vergiyi doğuran olay sayılmayacağı ifade edilmişti. Bu yapılırken, Kanunun mer’i hükümlerine göre amaca uygun bir çözüm üretilmek istenmiştir. Burada getirdiğimiz önerinin, yukarıda (II.B.) yaptığımız bu açıklama ile çeliştiği düşünülmemelidir. Zira burada artık olmasa gereken hukuk anlamında (*de lege feranda*) bir çözüm önerisi sunulmakta ve bu öneriyle birlikte, aşağıdaki kısımlarda da Kanunun diğer maddelerinde bununla uyumlu olacak şekilde değişiklik önerileri getirilmektedir.

iradeyi ifade ettiği kabul edilmektedir.³⁰ Dolayısıyla burada verginin doğumunun bağlandığı elektrik çekmek fiili elektrik tüketmekle eş anlamlıdır.

Verginin, tedarikçinin sağladığı elektriğin tüketici tarafından şebekeden çekilmesiyle (tüketilmesiyle) doğacağı belirtildikten sonra, Alman kanun koyucusunun tedarikçinin kendi tüketimi (öztüketimi) için şebekeden çektiği elektrik için de vergi doğacağını düzenlemiş olması dikkat çekicidir. Elektrik tedarikçilerinin kimi zaman elektrik tedariği dışında başka faaliyetleri de (örneğin inşaat, turizm, hastane işletmeciliği gibi) olabilmektedir. Bu durumdaki tedarikçiler kendilerine ait bu türden tüketim tesislerinin ihtiyacı olan elektrik enerjisini, araya başka bir tedarikçi girmeksizin örneğin kendi üretim tesislerinde üretmek suretiyle elde edebildiklerinden, burada tedarikçi ve tüketici sıfatı aynı şahısta birleşebilmekte ve bir tedarikçi-tüketici ilişkisinin varlığı noktasında tereddüt yaşanabilmektedir. Bu nedenle Alman kanun koyucusu bu noktada yaşanabilecek tereddütleri baştan önlemek için, tedarikçilerin ve otoprodüktörlerin³¹ öztüketimine yönelik çekişlerinin -bu çekişler kendi üretimlerinden sağlanıyor olsa bile- vergiye tâbi olduğunu düzenlemiştir.³²

Kanaatimizce Alman kanun koyucusunun bu yaklaşımı isabetlidir. 2464 sayılı BGK'nın verginin konusunu ve vergiyi doğuran olayı düzenleyen hükümlerinin bu doğrultuda yeniden düzenlenmesi uygun olacaktır. Buna göre vergiyi doğuran olay,

³⁰ B. Khazzoum, C. Kudla, und R. Reuter, *Energie und Steuern, Energie- und Stromsteuerrecht in der Praxis*, (Wiesbaden: Gabler Verlag, 2011), § 2 Rn. 70-71.

³¹ "Otoprodüktör (*Eigenerzeuger*)" kavramı, "öztüketim (*Selbstverbrauch*)" ihtiyacı için elektrik üreten kimseleri ifade etmektedir (StomStG § 5 N. 2). Bu konuda ayrıca bkz. aşa. III.B.2.a.

³² Matthias Bongartz et al., *Kommentar zum Energiesteuerrecht, Energisteuer, Stromsteuer, Zollltarif und Nebengesetze*, (München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2019), StromStG § 2 Rn. 15-17.

satış veya tahsil gibi bir şeyle ilişkilendirilmeksizin doğrudan “elektriğin tüketimi”ne bağlanmalıdır. Keza tedarikçi ve tüketici sıfatının aynı şahısta birleştiği durumlara ilişkin herhangi bir tereddüt oluşmasına meydan vermemek için elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketimleri de ayrıca düzenlenmeli ve bunun da vergiyi doğuran bir olay olduğu belirtilmelidir. Vergiyi doğuran olay bu şekilde düzenlenirken, verginin konusu da doğrudan verginin kaynağını oluşturan iktisadî unsurunu ifade edecek şekilde yeniden belirlenmelidir. İlgili hükümler şu şekilde düzenlenebilir:

“Vergi konusu ve vergiyi doğuran olay

(1) Elektrik tüketim vergisinin konusu elektriktir.

(2) Vergi, elektrik tedarik eden kuruluşun sağladığı elektriğin, tüketici tarafından tüketilmesi veya bu kuruluşun kendi üretim tesisinde ürettiği veya şebekeden çektiği elektriği öztüketimi için kullanmasıyla doğar.”

III. VERGİ MÜKELLEFİ VE SORUMLUSU

A. Vergi Mükellefi

213 sayılı VUK m. 8, f. 1’de vergi mükellefi, “Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettübeden gerçek veya tüzel kişidir.” diye tanımlanmıştır. Buna göre vergi mükellefi, verginin borçlusudur.

2464 sayılı BGK m. 35, f. 1’de “Elektrik ve Havagazı tüketenler, Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisini ödemekle mükelleftirler.” hükmüne yer verilmiştir. Buna göre ETV’de vergi mükellefinin, elektrik enerjisini tüketen “tüketiciler” olduğu anlaşılmaktadır. Tüketici kavramı, elektrik piyasasını düzenleyen 14.03.2013 tarihli 6446 Elektrik Piyasası Kanununda Kanunda, “Tüketici: Elektriği kendi kullanımı için alan kişiyi ifade eder.” şeklinde tanımlanmıştır (m. 3). Bu anlamda, tüketici sıfatının kazanılması bakımından elektriğin kullanım amacının

bir önemi yoktur. Her ne amaca yönelik olursa olsun, elektrik tüketimi tüketiciyi vergi mükellefi yapmaktadır. Elektriğin kullanım amacı, vergi oranının tespiti ve vergi kolaylıklarının uygulanıp uygulanmayacağı bakımından önem taşısa da, vergi mükellefiyetinin doğumu bakımdan bir ehemmiyet arz etmemektedir.

Diğer taraftan BGK m. 35, f. 2’de ise “20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşlar, satış bedeli ile birlikte bu verginin de tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumludurlar. Organize sanayi bölgelerinde tüketilen elektrik enerjisinin vergisini organize sanayi bölgeleri tüzel kişiliklerine elektriği temin eden kuruluş öder.” hükmüne yer verilmiştir. Anılan hükümde organize sanayi bölgelerinde (OSB) tüketilen elektrik için özel bir hüküm sevk edilerek, burada vergi sorumlusunun organize sanayi bölgelerine elektriği temin eden kuruluş olduğu düzenlenmiştir. Her ne kadar hükümde konu, vergi sorumlusunun tespiti yönüyle ele alınmışsa da, bu hükmün konuluş sebebi OSB’lerin özel statüde bir “tüketici” olmalarıdır. 6446 sayılı Kanun m. 13., f. 6’daki hükme göre, “Organize sanayi bölgesi tüzel kişiliği, katılımcılarının elektrik ihtiyacını karşılamak amacıyla tüketim miktarına bakılmaksızın serbest tüketici sayılır.” Bu hüküm OSB’yi bir bütün olarak tek başına (tedarikçisini seçme hakkına sahip) bir tüketici saymaktadır. Bu durumda OSB’de tüketilen elektrik bakımından vergi mükellefi OSB tüzel kişiliği, vergi sorumlusu ise OSB’nin tedarikçisi olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, OSB’nin tüm katılımcılarını içerisine alacak şekilde tek bir tüketici olarak kabulü, OSB içerisindeki katılımcının bağımsız hareket ederek başka bir tedarikçiden elektrik almasına mani değildir. OSB içerisindeki serbest tüketici sıfatını haiz her bir katılımcı, tedarikçisini seçme hakkını kullanarak OSB’nin tedarikçisinden farklı bir tedarikçiden münferiden elektrik enerjisi alma hakkına sahiptir. Böyle bir ihtimalde, vergi

mükellefi katılımcının kendisi, vergi sorumlusu ise bu katılımcıya elektrik enerjisi sağlayan tedarikçi olacaktır.

B. Vergi Sorumlusu

213 sayılı VUK m. 8, f. 1’de vergi sorumlusu, “Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir.” diye tanımlanmıştır. Buna göre vergi sorumlusunu, vergiyi mükelleften tahsil ederek vergi dairesine yatıran kişi olarak kabul edebiliriz.

2464 sayılı BGK m. 35, f. 2’de “20.02.2001 tarihli ve 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden ve havagazını dağıtan kuruluşlar, satış bedeli ile birlikte bu verginin de tahsilinden ve ilgili belediyeye yatırılmasından sorumludurlar. Organize sanayi bölgelerinde tüketilen elektrik enerjisinin vergisini organize sanayi bölgeleri tüzel kişiliklerine elektriği temin eden kuruluş öder.” hükmüne yer verilmiştir.

Anılan hükmün birinci cümlesinden, ETV’de vergi sorumlusunun 4628 sayılı Kanuna göre elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşlar olduğu anlaşılmaktadır. Hükmün OSB’lere ilişkin ikinci cümlesi de esasen bunu teyit etmekte, OSB’nin bir bütün olarak tek bir tüketici gibi davrandığı durumlarda vergi sorumlusunun OSB’ye enerji tedarik eden kuruluş olduğunu düzenlemektedir.

Buna göre ETV’de vergi sorumlusu, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşlardır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, 2464 sayılı BGK’nın burada atıf yaptığı 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun yerini, 14.03.2013 tarihli ve 6446 sayılı yeni Elektrik Piyasası Kanunu almıştır.³³ Bu nedenle, vergi sorumlularının

³³ RG. 30.03.2013, S. 28603. 6446 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte 4628 sayılı Kanun tamamen ilga edilmemiş, sadece piyasaya ilişkin

çevresi belirlenirken, mülga ve mer'î iki kanunun hükümleri de birlikte göz önünde bulundurulmalıdır.

Vergi sorumlularının çevresi aşağıda alt başlıklar hâlinde incelenmiştir. Bunun yanı sıra, vergi sorumluları arasında yer almayan şahıslara ilişkin özel durumlar da aşağıda ayrı bir başlık altında irdelenmiştir.

1. Vergi Sorumlularının Çevresi

a. Üretim, Tedarik ve Dağıtım Şirketleri

2464 sayılı BGK'nın "vergi sorumlusu" kavramıyla ilgili olarak atf yaptığı 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda, "elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşlar"ın tümünü karşılayan tek bir ortak kavram bulunmamaktadır. Bununla birlikte, 4628 sayılı Kanunda geçen "tedarikçi" kavramı, "elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşların" önemli bir kısmını ihtiva etmektedir. 4628 sayılı Kanunda bu kavram, "Tedarikçi: Elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlayan üretim şirketleri, otoprodüktörler, otoprodüktör grupları, toptan satış şirketleri ve perakende satış lisansına sahip şirketleri, ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır (m. 1, f. 3, b. 18). Burada üretim şirketleri ile esas itibarıyla üretim şirketi özelliği gösteren otoprodüktörler ve otoprodüktör gruplarının, toptan satış şirketlerinin ve perakende satış lisansına sahip dağıtım şirketlerinin tedarikçi sayıldığı görülmektedir. Buna göre burada sayılan üretim, toptan satış ve dağıtım şirketlerinin tüketicilere sağladıkları elektrik enerjisi yönünden vergi sorumlusu sıfatını haiz olduğu anlaşılmaktadır.

hükümleri yürürlükten kaldırılmıştır. Kanun, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun teşkilat kanunu olarak varlığını sürdürmekte olup Kanunun adı da "Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun" şeklinde değiştirilmiştir.

4628 sayılı Kanunun yerini alan 6446 sayılı Kanunda da konuya ilişkin olarak “tedarikçi” kavramı kullanılmış ise de 6446 sayılı Kanun, selefının öngördüğü piyasa yapısında önemli değişiklikler meydana getirmiştir. Buna bağlı olarak 6446 sayılı Kanunun “tedarikçi” olarak tanımladığı kişiler çevresi de değişmiştir. 6446 sayılı Kanun tedarikçi kavramını, “*Tedarikçi: elektrik enerjisi ve/veya kapasite sağlayan üretim şirketleri ile tedarik lisansına sahip şirketi, ifade eder.*” şeklinde tanımlamıştır (m. 3, f. 1, b. gg). Buna göre 6446 sayılı Kanunda elektrik tedarikçisi olarak sayılan üretim lisansına sahip üretim şirketleri ile tedarik lisansına sahip tedarik şirketleri, 2464 sayılı Kanunun vergi sorumlusu olarak kabul ettiği elektrik enerjisi tedarik eden kuruluşlar arasında yer almaktadır.

6446 sayılı Kanunun konumuz bakımından, selefi 4628 sayılı Kanundan farklı olarak getirdiği en önemli yenilik, dağıtım ve tedarik faaliyetlerinin ayrı şirketler altında yürütülmesini öngören “hukukî ayrıştırma” uygulamasını hayata geçirmiş olması ve bu uygulamanın ayrıntılarını düzenlemesidir. Yeni Kanun, elektriğin 36 kV ve altı gerilim seviyesi üzerinden nakli faaliyetini ifade eden “dağıtım faaliyetleri” ile tüketicilere elektrik satışına yönelik “tedarik faaliyetleri”ni birbirinden ayrıştırmış ve eskiden tek çatı altında “dağıtım şirketleri” tarafından yürütülebilen bu faaliyetlerin ancak farklı şirketlerce yürütülebileceğini öngörmüş ve bu faaliyetlerin kapsam ve sınırlarını çizmiştir. Bunun sonucunda, tüketicilere enerji sağlamaya yönelik tedarik faaliyetleri, tedarikçilerin (tedarik şirketleri ve üretim şirketleri) uhdesine bırakılmış, elektrik nakline yönelik faaliyetler dağıtım şirketinin sorumluluğuna verilmiştir. Bu yapılırken dağıtım faaliyetinde mündemiç olan ve fakat dağıtım şirketinin tüketiciyle tedarik faaliyeti benzeri bir ilişki kurmasını gerektiren genel aydınlatma (sokak aydınlatması) işleri ile kaçak elektrik tahakkukuna ilişkin işler dağıtım şirketinin sorumlulukları arasında sayılmıştır. Nitekim 6446 sayılı Kanun m. 9, f. 1’deki “Dağıtım şirketi, dağıtım faaliyeti dışında bir faaliyetle iştigal edemez. ... Genel

aydınlatma, dağıtım sistemi teknik ve teknik olmayan kayıplarını karşılamak amacıyla kullanılmak üzere elektrik enerjisi satın alınması... bu hükmün istisnasıdır." hükümleriyle bu hususa işaret olunmuştur. Bu bakımından, 6446 sayılı Kanun kapsamındaki genel aydınlatma işleri ile kaçak tüketim tespiti yapılarak tüketiciye tahakkuk ettirilen kaçak elektrik tüketimine ilişkin işler bakımından dağıtım şirketleri de 2464 sayılı Kanunun "vergi sorumlusu" olarak kabul ettiği "elektrik enerjisi tedarik eden kuruluşlar" arasında yer almaktadır.³⁴

b. İletim Şirketi

Ülkemizde elektrik iletim faaliyeti Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) tarafından yerine getirilmektedir. TEİAŞ'ın temel fonksiyonu, elektriğin yüksek gerilimli hatlar (36 kV üzeri) üzerinden nakli faaliyetini yürütmektedir. Bu anlamda TEİAŞ'ın kural olarak elektrik enerjisi ticareti yapma imkânı olmadığı gibi, tüketicilere elektrik enerjisi satma yetkisi de yoktur. Bu nedenle TEİAŞ'ın prensip olarak ETV'nin doğumuna neden olabilecek bir faaliyeti yoktur.

Buna karşılık tıpkı dağıtım seviyesinde olduğu gibi, iletim seviyesinde de kaçak elektrik tüketimi söz konusu olabilir. Kaçak elektrik tüketimi daha ziyade dağıtım şirketlerinin sorumluluk alanındaki dağıtım bölgelerinde görülmekle birlikte, bu bölgelerin dışında iletim şirketinin sorumlu olduğu tesisler üzerinden de kaçak tüketiminin görülmesi mümkündür. Böyle bir durumda -kaçak elektrik kullanan tüketiciye tahakkuk ettirilen kaçak elektrik tüketimiyle sınırlı olmak üzere- bu tüketimden doğan ETV bakımından vergi sorumlusu TEİAŞ olacaktır.

³⁴ Kaçak elektrik tüketiminin vergilendirilmesi hakkında ayrıca bkz. yuk. II.A.

c. OSB'ler

Yukarıda OSB'lerin, özel statüde bir "tüketici" olmaları sebebiyle vergi mükellefi olduğu belirtilmiş ve bunlara sağlanan elektrik bakımından vergi sorumlusunun da OSB'ye elektrik tedarik eden kuruluş olduğu ifade edilmişti.³⁵ Ana kural bu olmakla birlikte, istisnâ bazı hâllerde OSB'lerin kendisinin de vergi sorumlusu olması mümkündür.

Bu anlamda kaçak elektrik tüketimleri için dağıtım şirketleri ve iletim şirketi hakkındaki esaslar dağıtım lisansı sahibi OSB'ler içinde de aynen geçerlidir. Buna göre OSB sınırları içerisindeki kaçak elektrik tüketimi söz konusu olduğunda, bu sınırlar içerisindeki dağıtım tesislerini işleten OSB ETV bakımından vergi sorumlusu olacaktır.

Bunun dışında gerek 4628 sayılı Kanunda (eski m. 2, f. 4. b. g) ve gerekse onun halefi 6446 sayılı yeni Kanununun 13. maddesinde, OSB'lere EPDK'dan üretim lisansı alarak üretim tesisi kurma ve burada ürettiği elektriği OSB katılımcılarına satma hakkı verilmiştir. Böyle bir ihtimalde üretim lisansı sahibi OSB tüzel kişiler, kendi üretim tesislerinde üreterek katılımcılarına sağladıkları elektrik enerjisi bakımından 2464 sayılı Kanuna göre "elektrik enerjisini tedarik eden kuruluş" olarak "vergi sorumlusu" sayılacaktır.

d. Lisanssız Üreticiler

Son olarak burada "lisanssız üreticilerin" vergi sorumlusu vasfının bulunup bulunmadığı da irdelenmelidir. Lisanssız üreticiler, 6446 sayılı Kanunun "Lisanssız yürütülebilecek

³⁵ Bkz. yuk. III.A.

faaliyetler” başlıklı 14. maddesinde düzenlenmiştir.³⁶ Anılan madde uyarınca, madde kapsamında yer alan üretim tesislerinin kurulması ve işletilmesi bakımından şirket kurma ve EPDK’dan lisans alma yükümlülükleri kaldırılmıştır. Lisanssız üretim tesislerinin ortak özelliği, bunların esas itibarıyla, bu tesisleri kuran ve işleten kişilerin öztüketim ihtiyacını karşılamaya yönelik tesisler olmasıdır. Bazı lisanssız üretim tesisleri için bu durum mutlak; yani sadece öztüketim amacıyla üretim yaparlar. Bunun dışında kalan lisanssız üretim tesislerinde ise üretilen elektriğin bir kısmı öztüketime yöneliktir; üretilen ihtiyaç fazlası elektrik ise bedeli mukabilinde veya bilâ-bedel

³⁶ Anılan maddede (m. 14) lisanssız olarak kurulabilecek üretim tesisleri şu şekilde sayılmıştır:

“(1) Lisans alma ve şirket kurma yükümlülüğünden muaf faaliyetler şunlardır:

- a) İmdat grupları ve iletim ya da dağıtım sistemiyle bağlantı tesis etmeyen üretim tesisi
- b) Kurulu gücü azami bir megavatlık yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi
- c) Belediyelerin katı atık tesisleri ile arıtma tesisi çamurlarının bertarafında kullanılmak üzere kurulan elektrik üretim tesisi
- ç) Mikrokojenerasyon tesisleri ile Bakanlıkça belirlenecek verimlilik değerini sağlayan kojenerasyon tesislerinden Kurulca belirlenecek olan kategoride olanları
- d) Ürettiği enerjinin tamamını iletim veya dağıtım sistemine vermeden kullanan, üretimi ve tüketimi aynı ölçüm noktasında olan, yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi
- e) ...
- f) Elektrik aboneliği Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğüne ait tarımsal sulama amaçlı tesislerin elektrik ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, kurulu gücü tarımsal sulama tesisinin bağlantı anlaşmasındaki sözleşme gücü, birden fazla tesis için tesislerin sözleşme güçleri toplamı ile sınırlı olmak koşuluyla Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından kurulan ve işletilen yenilenebilir enerji kaynaklarına dayalı üretim tesisi.”

elektrik şebekesine verilir.³⁷ Bu şekilde şebekeye verilen elektrik, ilgili mevzuat hükümlerinin öngördüğü çerçevede tüketicilerinin kullanımına sunulmuş olur.

Lisansız üreticilerin ihtiyaç fazlası enerji olarak şebekeye verdikleri elektrik, mevzuatta belirlenen çerçevede içerisinde ilgili tedarikçilerce tüketicilerin kullanımına sunulduğu için, bu kapsamda tüketilen elektriğin vergilendirilmesi bakımından bir sorun yoktur. Söz konusu elektriği tüketiciye sunan tedarikçi, vergi sorumlusu sıfatıyla ETV'nin tahsilinden ve vergi dairesine yatırılmasından sorumlu olacaktır; lisanssız üreticinin bu kapsamda herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak bunun dışında kalan, lisanssız üreticinin üretim öztüketim olarak kullandığı elektrik enerjisi bakımından vergi sorumlusunun lisanssız üreticinin kendisi olması gerekir. Bununla birlikte, söz konusu öztüketimlerinin vergilendirilmesinde, vergi matrahının belirlenmesi noktasında ciddi sorunlar vardır.³⁸

2. Özel Durumlar

a. Piyasa İşletmecisi

Elektrik piyasasındaki en önemli aktörlerden biri olan piyasa işletmecisi Enerji Piyasaları İşletme Anonim Şirketinin (EPIAŞ), ETV bakımından nasıl bir konuma sahip olduğu konusu da bu bahiste incelenmelidir.

EPIAŞ organize toptan satış piyasalarını işleten bir aktördür. Yönettiği piyasalar toptan satış piyasaları olduğundan, bu piyasalarda yapılan işlemler de esas itibarıyla toptan satış seviyesindedir. ETV ise elektriğin perakende satışı, yani tüketiciye satışı aşamasında doğduğu için EPIAŞ'ın yürüttüğü

³⁷ Lisanssız üreticilerin ürettikleri ihtiyaç fazlası enerjinin ne şekilde kullanılacağı, Elektrik Piyasasında Lisanssız Elektrik Üretim Yönetmeliği (RG. 12.05.2019, S. 30772) m. 24'te düzenlenmektedir.

³⁸ Bu konu hakkında bkz. aşağıda IV.C.

işlerin prensip olarak ETV ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Elektrik piyasasında tüketiciler elektrik enerjisi ihtiyaçlarını kural olarak perakende elektrik piyasasında faaliyet gösteren bir elektrik tedarikçisinden temin ederler.

Bununla birlikte, bazı tüketicilerin elektriklerini, doğrudan doğruya toptan satış piyasasından satın alma hakları da vardır. Bunlar, esas olarak kendi elektrik enerjisi ihtiyacını (örneğin fabrikasındaki elektrik ihtiyacını) karşılamak üzere elektrik üretimi yapan, bu itibarla “tüketici” vasfının yanında aynı zamanda “üretici” vasfına da sahip olan tüketicilerdir. Bu tüketicileri “otoprodüktör” olarak adlandırmak mümkündür.³⁹ Otoprodüktörler temelde kendi ihtiyaç duydukları elektrik enerjilerini, kendileri üretmek için kurulmuş ise de bunların zaman zaman elektrik şebekesinden enerji çektikleri bilinmektedir. Bu bazen, üretim tesislerinin bakım veya onarıma girmesi gibi teknik sebeplerden kaynaklandığı gibi, bazen de piyasa fiyatlarının daha uygun olması gibi ekonomik gerekçelere dayanmaktadır. Bunun dışında bazı otoprodüktörlerin üretim tesislerinin kapasitesi, kendilerine ait tüketim tesislerinin ihtiyacını karşılamaya yetmemekte, bu nedenle eksik kalan kısmı şebekeden çekmektedirler. İşte otoprodüktörlerin bu şekilde çeşitli mülahazalarla şebekeden enerji çekiyor olmaları karşısında, bunlara, araya başka herhangi bir tedarikçi

³⁹ “Otoprodüktör” kavramı buradaki anlamıyla 4628 sayılı eski Elektrik Piyasası Kanununda da geçmekteydi. Kanun bu faaliyet için EPDK’dan “otoprodüktör lisansı” alınmasını öngörmekteydi. 6446 sayılı yeni Kanun “otoprodüktör lisanslarını”, “üretim lisansına” dönüştürmüş ve bu lisans sahiplerini de tıpkı diğer üreticiler gibi “üretim şirketi” olarak adlandırmıştır. Dolayısıyla 6446 sayılı Kanunda otoprodüktörlük müessesesine yer verilmemiştir. Ancak bizim burada “otoprodüktör” olarak kullandığımız tabir, burada sözü edilen otoprodüktörlerle sınırlı değildir. Yukarıda kullanılan “otoprodüktör” tabiri, burada açıklanan tesisleri kapsadığı gibi, bunların dışında kalan kendi elektrik enerjisi ihtiyacını (örneğin evindeki veya fabrikasındaki elektrik ihtiyacını) karşılamak üzere elektrik üretimi yapan diğer kimseleri de kapsamaktadır.

girmeksizin, doğrudan doğruya toptan satış piyasasından satın alma imkânı verilmiştir. Bu özellikteki tüketicilere, şayet üretim lisansları da varsa, ihtiyaç duydukları elektrik enerjisini doğrudan doğruya toptan satış piyasasından, bu piyasaları işleten EPİAŞ'tan alma hakkı verilmiştir.

Bunların yanı sıra, EPİAŞ nezdinde elektrik ticareti yapan tedarikçilerin de bazen kendilerine ait tüketim tesislerini, örneğin işyerlerini, kendi portföylerine kaydederek EPİAŞ'ın işlettiği piyasalardan elektrik temin etmek suretiyle besledikleri bilinmektedir. Burada bir nevi, araya başka bir tedarikçi girmeksizin, doğrudan EPİAŞ'tan sağlanan enerjinin tüketimi söz konusu olmaktadır.

Burada bahsi geçen ve bir "tüketici gibi davranan" üretim lisansı sahibi otoprodüktörler ile tedarikçilerin, kendi tüketim tesislerinde kullanmak üzere, araya herhangi başka bir tedarikçi girmeksizin, doğrudan toptan satış piyasasından enerji temin edebiliyor olmaları, yapılan bu işlem bakımından ETV'deki "vergi sorumlusu"nun kim olacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. 2464 sayılı BGK'da, "vergi sorumlusu"nun, 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununa göre "elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşlar" olduğu belirtilmiştir (m. 35, f. 2). Elektrik enerjisini tedarik eden kuruluşlar ise -yukarıda açıklandığı üzere- esas itibarıyla tedarik şirketleri, üretim şirketleri, dağıtım şirketleri, iletim şirketi, lisans sahibi OSB'ler ve lisansız üreticilerden oluşmaktadır. Oysaki burada sözü edilen tüketiciler, elektrik enerjisini burada sayılan kuruluşlardan değil, EPİAŞ'ın işlettiği toptan satış piyasasından temin etmektedirler. Şu durumda EPİAŞ'ın vergi sorumlusu sıfatının bulunup bulunmadığının sorgulanması gerekmektedir. Bunun için öncelikle EPİAŞ'ın elektrik piyasasındaki işlevi ve konumu ortaya konmalıdır.

EPİAŞ, bir organize toptan satış piyasası özelliği gösteren elektrik (ve doğal gaz) borsasının işletmecisidir. EPİAŞ, işlettiği borsada elektrik ticareti yapan alıcılar ile satıcılara, bir ticaret

platformu ya da başka bir deyişle bir pazar sunmaktadır. Satıcılar bu platformda elektrik satışı yapmakta, alıcılar da bedeli mukabilinde elektrik satın almaktadır. EPIAŞ burada organize bir piyasanın -borsanın- işletmecisi olmasının gereği olarak borsadaki alım ve satım işlemlerinde merkezî karşı taraf statüsünde bulunsa da, bu işlemleri kendi hesabına yapmamaktadır. Satıcılardan enerji alırken, bunu alıcılar hesabına almakta, alıcılara satarken de satıcılar hesabına hareket etmektedir. EPIAŞ burada kendi hesabına bir işlem yapmadığı için, ticarete konu edilen enerji üzerinden bir kâr elde etme imkânına da sahip değildir.⁴⁰ Şu hâlde EPIAŞ bir elektrik tedarikçisi olmadığı gibi tedarikçi güdüsüyle hareket etme imkân ve kabiliyetine de sahip değildir.

Bu durumda EPIAŞ'ın ETV bakımından vergi sorumlusu sayılamayacağını belirtmek gerekir. Kaldı ki, EPIAŞ'ın özellikle tedarikçilerin kendi tüketim tesislerini besledikleri örnekler bakımından, bu tüketim tesislerinin ne kadarlık bir tüketim yaptığını takip etmesi de oldukça güçtür. Zira bu tüketim tesislerine ilişkin kayıtlar, tedarikçilerin kendileri tarafından oluşturulmaktadır. EPIAŞ'ın bu kayıtların tam ve doğruluğunu tekeffül etmesi mümkün görünmemektedir. EPIAŞ'a tam ve doğruluğundan emin olmadığı kayıtlara istinaden bir vergi sorumluluğu yüklemek isabetli olmasa gerektir.

Nitekim bu konu yargıya da intikal etmiş ve burada uyuşmazlığın ilgili olduğu dönemde piyasa işletmecisi olarak

⁴⁰ Mevcut durumda EPIAŞ tarafından yürütülen işler daha evvel 01.09.2015 tarihine kadar Türkiye Elektrik İletim Anonim Şirketi (TEİAŞ) bünyesindeki Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi (PMUM) tarafından yürütülmekteydi. TEİAŞ-PMUM'un bu faaliyetleri ne şekilde yürüteceği, 4628 sayılı Kanununun 15 inci maddesinde de şu şekilde ifade ediliyordu: "Piyasa Mali Uzlaştırma Merkezi hiçbir koşulda kendi hesabına elektrik enerjisi ve/veya kapasite alım-satımı ya da farklı şekillerde ticareti ile iştigal edemez." 6446 sayılı Kanun, daha evvel TEİAŞ tarafından yürütülen bu faaliyeti, bu Kanunla kurulan EPIAŞ'ın uhdesine vermiştir (m. 11).

faaliyet gösteren TEİAŞ'ın (EPİAŞ'ın selefi) vergi sorumlusu sıfatının bulunmadığına karar verilmiştir. Ankara 1. Vergi Mahkemesinin konuya ilişkin kararında "... 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 35. maddesinin atfıyla davacı kurumun 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanununun belirttiği anlamda elektrik enerjisini tedarik eden (tedarikçi) tanımına uymadığı kanaatine varıldığından, vergi sorumlusu sıfatıyla davalı idarece düzenlenerek davacıya tebliğ edilen bir kat vergi ziyayı cezalı elektrik tüketim vergisi tarhiyatında hukuka uyarlık bulunmamaktadır." denilerek, EPİAŞ'ın selefi TEİAŞ'ın bu konulara ilişkin bir vergi sorumlusu sıfatının bulunmadığına karar verilmiştir.⁴¹ Yine - tarafları aynı olmakla birlikte- başka bir davada bu sefer Ankara Bölge İdare Mahkemesi 4. Vergi Dava Dairesinin konuya ilişkin kararında "TEİAŞ'ın faaliyete geçtiği 2001 yılından bu yana elektrik iletim hizmetlerini yürüttüğü; bu hizmetin yanı sıra, EPİAŞ'ın kurulduğu tarihe kadar da, GÖP sisteminde "Piyasa İşletmecisi" konumunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda, TEİAŞ'ın iletim lisansına sahip olması nedeniyle GÖP sisteminde piyasa katılımcısı olarak yer almakla birlikte, Piyasa İşleticisi sıfatını haiz olduğu dönem için (EPİAŞ'ın hizmete başladığı tarihe kadar) tedarikçi-satıcı olarak kabul edilemeyeceği açık olup sorumlu sıfatıyla adına cezalı elektrik tüketim vergisi tarh edilmesine ilişkin işlemde yasaya ve hukuka uyarlık görülmemiştir." denilmek suretiyle enerji borsasının işletmecisinin vergi sorumlusu sayılmayacağına karar verilmiştir.⁴²

TEİAŞ hakkındaki söz konusu kararlara esas olan vakıalar, TEİAŞ'ın halefi EPİAŞ için de aynen geçerlidir. Şu hâlde, enerji

⁴¹ Ankara 1. VM, E.2017/428, K.2017/1522, 04.10.2017.

⁴² Ankara BİM 4. VDD, E.2018/32, K.2018/561, 13.03.2018. Aynı yönde bkz. Ankara BİM 4. VDD, E.2018/188, K.2018/430, 01.03.2018; Ankara BİM 4. VDD, E.2018/187, K.2018/431, 01.03.2018; Ankara BİM 4. VDD, E.2018/185, K.2018/433, 01.03.2018. (Erişim Tarihi: Mart 1, 2020, <https://www.lexpera.com.tr/>).

borsasının işletmecisi EPİAŞ'ın, bu borsadan elektrik alarak bunu kendi tüketim tesislerinde kullanan otoprodüktörler ve tedarikçiler ile ilişkisi bakımından, bir vergi sorumlusu sıfatının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Ancak bu durumda şu soru ortaya çıkmaktadır: Üretim lisansı sahibi otoprodüktörlerin ve diğer tedarikçilerin, doğrudan EPİAŞ'ın işlettiği borsadan temin ederek kendi tüketim tesislerinde kullanılan elektrik enerjisi nasıl vergilendirilecektir?

Yukarıda açıklandığı üzere otoprodüktörlerin özelliği, bunların, kendi elektrik enerjisi ihtiyacını (örneğin fabrikasındaki elektrik ihtiyacını) karşılamak üzere elektrik üretimi yapıyor olmalarıdır. Bu yönüyle otoprodüktörler bir “elektrik tüketicisi” oldukları kadar aynı zamanda bir “elektrik üreticisi”dirler. Nitekim bunlar “üretici” sıfatını da haiz olduklarından, kural olarak EPDK'dan aldıkları “üretim lisansı” ile faaliyet gösterirler ve üretim şirketi olarak nitelendirilirler. Esasında bunların doğrudan EPİAŞ'tan enerji alabiliyor olmaları da, ellerinde bulunan üretim lisanslarından ve tedarikçi sıfatını haiz olmalarından ileri gelir.⁴³ Keza üretim lisansına sahip otoprodüktörlerin dışında kalan diğer tedarikçiler de zaten bir lisansa (tedarik veya üretim lisansına) istinaden faaliyet gösterirler ve bu özellikleri nedeniyle EPİAŞ'tan enerji temin etme hakkına sahiptirler.

Bu nedenle burada sözü edilen tedarikçilerin (otoprodüktörlerin ve diğer tedarikçilerin), kendi tüketim tesisleri için toptan satış seviyesinden elektrik enerjisi temin ettikleri hâllerde, tedarikçi ve tüketicisi sıfatı, bunların şahsında birleşmektedir. Bu tedarikçiler, kendi tüketim tesislerinde tüketilen elektrik yönünden vergi mükellefi, bu elektriğin toptan

⁴³ Yoksa elektrik piyasasında faaliyet göstermek üzere EPDK'dan alınmış bir lisansı bulunmayan bir kimsenin, bir tüketicinin doğrudan EPİAŞ'ın işlettiği piyasalardan enerji alma imkânı yoktur.

satış piyasasından temini yönünden ise “elektrik tedarik eden kuruluş” olarak vergi sorumlusu sıfatını haizdirler. Diğer taraftan burada, verginin matrahı bahsinde belirtilen türden bir matrahın belirlenememesi sorunu da bulunmamaktadır.⁴⁴ Verginin matrahı, bu tedarikçilerin toptan satış seviyesinden temin ettiği elektrik enerjisinin bedelidir.⁴⁵

b. Şarj İstasyonu İşletmecileri

Elektrikli araçların son yıllarda giderek yaygınlık kazandığı bilinmektedir. Bu araçların, araç sahiplerinin ev veya işyerlerindeki özel alanlarında bulunan şarj cihazlarıyla şarj edilmesi mümkündür. Bununla birlikte, bu araçlar kamuya açık alanlarda da şarja gereksinim duyar. Bu nedenle, bugün ülkemizde ve bu araçların yaygınlık kazandığı diğer pek çok ülkede, kamuya açık alanlarda herkesin kullanabileceği şarj istasyonları kurulmaktadır.

Elektrikli araç şarj istasyonlarının hukukî statüsü henüz netlik kazanmamıştır. Bu konuda EPDK tarafından bir düzenleyici işlem çalışması yürütülüyor olmakla birlikte bu çalışma henüz neticelenmemiştir.

Şarj istasyonlarında, istasyon işletmecisi tarafından müşterilere (araç kullanıcılarına) nihaî tahlilde elektrik enerjisi sunuluyor olması, istasyon işletmecisinin bir “elektrik tedarikçisi” olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, şarj istasyonlarında sunulan hizmetler, sadece araç pillerinin doldurulmasından ibaret değildir. İstasyon

⁴⁴ Matrahın belirlenmesi, tüketim tesisindeki elektrik ihtiyacını, kendi üretim tesisinde elektrik üreterek karşılayan üretim şirketleri yönünden sorunludur. Oysa burada sözü edilen elektrik, tedarikçinin kendi üretim tesisinde üretilmemekte, tedarikçinin kendisi tarafından doğrudan toptan satış piyasasından karşılanmaktadır. Karşılaştırma için bkz. IV.C.

⁴⁵ Matraha dâhil edilecek kalemler için bkz. IV.A.

işletmecisi, elektriğin yanında müşterilerine her şeyden önce araç park hizmeti de sunmaktadır. Bunun yanı sıra, istasyon işletmecisinin müşterisine bilgi-iletişim hizmetleri veya sair ilave hizmetler sunması da mümkündür. Dolayısıyla aslında burada istasyon işletmesinin sunduğu tek bir edimden değil, bir edimler demetinden söz etmek gerekir.⁴⁶ Bu nedenle burada, klasik anlamda bir elektrik tedarikinden söz etmek mümkün değildir.

Öyle görülmektedir ki, istasyon işletmecilerinin statüsünün belirlenmesinde farklı bir yaklaşıma ihtiyaç vardır. Nitekim bu konuya ilişkin birçok ülke uygulaması ve mevzuatında istasyon işletmecilerinin, elektrik piyasası anlamında bir tedarikçi olarak değil, tüketici gibi muamele gördüğü bilinmektedir.⁴⁷ Bu anlamda örneğin Almanya'da 2016 yılında "Enerji Endüstrisi Kanununda (EnWG)⁴⁸" yapılan değişiklikle şarj istasyonlarının tüketim tesisi ve tüketici olduğu kabul edilmiş ve böylece istasyon işletmecilerinin faaliyeti, klasik anlamdaki elektrik tedarik faaliyetinin tâbi olduğu düzenlemelerin kapsamından çıkarılmıştır (§ 3, N. 25).

Şarj istasyonlarının tüketim tesisi, bunları işleten kişilerin de tüketici sayılmaları en makul çözüm yolu olarak gözükmektedir. Böyle bir varsayımda bu istasyonların tüketimleri bakımından vergi mükellefi istasyon işletmecisi, vergi sorumlusu ise istasyona elektrik veren tedarikçi olacaktır.

⁴⁶ Katharina Vera Boesche, "Sind Ladepunkte für Elektrofahrzeuge Letzverbraucher?," *Recht der Energiewirtschaft*, no. 10-11 (2015): 451; Bertram Harendt und Catharina Wolf, *Energierechtliche Einordnung der Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge*, Information über geplante Änderungen des Energierechts im Jahre 2016 (Frankfurt am Main: Begleit- und Wirkungsforschung Schaufenster Elektromobilität Ergebnisrapport 19, 2016), 4.

⁴⁷ Bu konuda ayrıntı için bkz. Muhammet Ali Ateş, "Elektrikli Araç Şarj İstasyonlarının ve İstasyon İşletmecilerinin Hukukî Statüsü," *Uzman Gözüyle Enerji*, no. 14-15 (2019): 37.

⁴⁸ *Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970, 3621)*.

İstasyon işletmecisinin tüketici sayılması, elektrik üzerinden alınan ETV ve diğer vergi ve yasal yükümlülükler bakımından da oldukça önemlidir. Ülkemizde elektrik üzerinde KDV ile birlikte ETV, enerji fonu ve TRT payı adı altında dört farklı vergi ve diğer yasal yükümlülük söz konusudur. Bu malî yükümlülüklerin nihaî taşıyıcısı elektrik tüketicileri olmakla birlikte, bunların tüketicilerden tahsil edilerek ilgili kurum ve kuruluşlara yatırılmasından elektrik tedarikçileri sorumludur. Şarj istasyonu işletmecisi, elektrik tedarikçisi sayılacak olursa, istasyon işletmecisinin vergisel anlamda da birçok yasal sorumluluğu söz konusu olacaktır. Bu durumda, istasyon işletmeciliği işinin cazibesinin azalacağı bir vakıdır.⁴⁹ Örneğin bir işveren veya bir restoran işletmecisi, işyerinde çalışan işçiler ile müşterilerinin kullanımı için bir şarj istasyonu kurmaya niyetlendiğinde, bu kişinin bu işe girerken KDV haricinde en az üç farklı malî yükümlülüğün altına gireceğini ve bunun için her ay en az üç farklı kurum ve kuruluşla muhatap olması gerektiğini göz önünde bulundurması icap edecektir. Bu ihtimalde, örnekteki işverenin/restoran işletmecisinin, bu şarj istasyonunu kurmakta çok da hevesli olmayacağını tahmin etmek zor değildir. Hâlbuki istasyon işletmecisi, tüketici sayılırsa, burada sözü edilen malî yükümlülükler bakımından ilgili kurum ve kuruluşların muhatabı, istasyon işletmecisine elektrik temin eden elektrik tedarikçisi olacak, istasyon işletmecisi buradaki bürokratik süreçlerle uğraşmak zorunda kalmayacaktır.⁵⁰

⁴⁹ Harendt und Wolf, *Ladeinfrastruktur*, 2.

⁵⁰ Ateş, "Şarj İstasyonu," 40. Bu durumda istasyon işletmecisi sadece, tedarik zincirinin her aşamasında her mal teslimi ve hizmet ifasında doğan KDV'nin tahsili ve vergi dairesine yatırılmasından sorumlu olacaktır ki, bu sorumluluk örnekteki işverenin/restoran işletmecisinin yabancı olduğu bir iş değildir; bu şahıs muhtemelen yürüttüğü asıl işi nedeniyle zaten vergi dairesinin bu anlamda muhatabıdır.

Nitekim bu konu Almanya'da da bu şekilde düzenlemiştir. 2016 yılında, Elektrik Vergisi Kanunu Uygulama Yönetmeliğinde (StromStV § 1a, Abs. 2) yapılan değişiklikle, elektrik vergisinin uygulaması bakımından istasyon işletmecilerinin tedarikçi değil, tüketici olduğu düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, şarj istasyonu işi bir serbest piyasa faaliyeti olarak düzenlendiğinde, şarj istasyonu, aynı zamanda tedarik (veya üretim) lisansına sahip bir tedarikçi tarafından kurulup işletilirse, burada tedarikçi ve istasyon işletmecisi sıfatı aynı şahısta birleşmiş olduğundan, buradaki istasyon işletmecisinin tüketici sayılması mümkün olmayacaktır. Böyle bir ihtimalde, elektriğin tüketimine bağlanan sonuçlar, istasyon işletmecisi-tedarikçi ile elektrikli araç kullanıcısı arasındaki ilişkiden doğacaktır.⁵¹

Sonuç olarak, mevcut durumda şarj istasyonu işletmecilerinin hukukî statüsünün ve bunların vergi dairesi karşısındaki konumunun netleştirilmesine ihtiyaç vardır. İstasyon işletmecilerinin, ETV ve benzeri diğer yasal yükümlülükler bakımından, tüketici kabul edilerek vergi dairelerine doğrudan muhatap kılınmamaları isabetli olacaktır. Ancak şarj istasyon işletmecisi, aynı zamanda lisans sahibi bir elektrik tedarikçisi ise ve şarj istasyonunun çektiği elektriği kendisi temin ediyorsa bu durumda istasyon işletmecisi vergi sorumlusu sıfatını haiz olmalıdır.

C. Sorunlar ve Çözüm Önerileri

2464 sayılı Kanunun vergi mükellefi ve vergi sorumluluğuna ilişkin söz konusu ayrımı doktrinde eleştirilmektedir. Katma değer vergisi, banka ve sigorta muameleleri vergisi, gümrük vergisi gibi tüketime dayalı vergilerde, vergi yükümlülüğü mal veya hizmeti sunan kişilere

⁵¹ Boesche, "Ladepunkte," 454.

yüklenmiş, mal ve hizmeti kullananlara ise vergi idaresine karşı herhangi bir vergisel yükümlülük veya sorumluluk yüklenmemiştir. Bu vergilerde, mal ve hizmeti kullananlar için tabiatı gereği çoğu kez verginin nihaî taşıyıcısıdır. Fakat verginin nihaî taşıyıcısı olan mal ve hizmeti kullananlara, isabetli bir biçimde, vergisel bir yükümlülük veya sorumluluk verilmemiştir. Esasında niteliği bakımından, ETV'nin de bu vergilerden farklı bir yönü yoktur. Ancak ETV'de tüketime dayalı vergilerdeki bu geleneksel yaklaşımdan farklı olarak, verginin nihaî taşıyıcıları "yasal yükümlü", yasal yükümlü olması gerekenler de "sorumlu" sayılmıştır. Bu durumun 213 sayılı VUK'un esas itibarıyla vergi yükümlülerine hitap eden hükümlerinin uygulamasında karışıklığa neden olabileceği ifade edilmektedir.⁵² Gerçekten kanaatimizce de 2464 sayılı BGK'nın uygulamasında böyle bir ikili yapıyı gerektiren makûl bir sebep bulunmamaktadır. Aksine bu durum 2464 sayılı Kanunun uygulamasında da zaman zaman karışıklığa neden olmaktadır.⁵³ Bu nedenle Kanunun konuya ilişkin hükümlerinin, mevcut durumda vergi sorumlusu sayılan elektrik tedarik eden kuruluşları doğrudan vergi mükellefi kılacak şekilde ve verginin nihaî taşıyıcıları olan elektrik tüketicilerine de herhangi bir vergisel yükümlülük veya sorumluluk yüklemeyecek şekilde yeniden düzenlenmesinde fayda görülmektedir.

Bu yapılırken, yukarıda verginin konusu ve vergiyi doğuran olay bahsinde dile getirilen öztüketim konusunun, vergi mükellefini düzenleyen hükümde de açıkça düzenlenmesi yararlı olacaktır.⁵⁴ Yine aynı gerekçeyle, OSB'lerin üretici olarak faaliyet gösterdiği durumlarda, bunların vergi mükellefiyetinin

⁵² Muallâ Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, 14. Bası, (Ankara: Turhan Kitapevi, 2006), 77.

⁵³ Kanunun öngördüğü bu ikili yapı nedeniyle vergi mükellefi sayılan tüketicinin hakkaniyete aykırı bir biçimde vergi zıya yaptırımı ile karşılaşabileceği örnek için bkz. yuk. II. B.

⁵⁴ Bkz. yuk. II.C.

bulunduğu da açıkça hüküm altına alınabilir. Bu çerçevede Kanunun konuya ilişkin hükümlerinin aşağıdaki şekilde yeniden düzenlenebileceği düşünülmektedir:

“Vergi mükellefi

(1) Verginin mükellefi, tüketiciye 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanuna göre elektrik tedarik eden kuruluştur. Elektrik tedarik eden kuruluşun öztüketimi bakımından vergi mükellefi, bu kuruluşun kendisidir.

(2) Organize sanayi bölgesinin tükettiği elektrik bakımından verginin mükellefi, organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğine elektriği tedarik eden kuruluştur. Ancak organize sanayi bölgesi tüzel kişiliğinin üreterek katılımcılarına sağladığı elektrik enerjisi bakımından vergi mükellefi, organize sanayi bölgesi tüzel kişinin kendisidir.”

IV. VERGİNİN MATRAHI VE ORANI

A. Matrah

Verginin matrahı, verginin üzerinden hesaplandığı değer veya miktarı ifade etmektedir.⁵⁵ 2464 sayılı BGK m. 37’ye göre: “Verginin matrahı; elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedelleri hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedeli ile havagazının satış bedelidir. Matraha vergi, fon ve paylar dâhil edilmez.” Buna göre ETV’nin matrahının değer üzerinden belirlendiği anlaşılmaktadır.

Matrahta “elektrik enerjisi” satış bedelinden söz edilmiş olduğundan, “elektrik kapasitesi” satışlarında ETV söz konusu değildir. Buradaki “elektrik enerjisi”nden maksat ise *aktif enerjidir. Reaktif enerji*, iletim ve dağıtım faaliyetlerinin bir

⁵⁵ Akdoğan, *Maliye*, 137.

uzantısı olarak görülmektedir.⁵⁶ İletim ve dağıtım faaliyetlerine ilişkin bedeller matrah haricinde tutulduğundan reaktif enerji bedelleri ETV'nin matrahına dâhil edilmez.

Bu durumda, Kanuna göre ETV'nin matrahının, esas itibarıyla aktif elektrik enerjisi bedelinden oluştuğu söylenebilir. Aktif elektrik enerjisi bedeli genellikle, tüketicinin kullanımına sunulan elektrik enerjisinin edinilmesi (üretimi veya üçüncü kişilerden satın alınması) maliyetleri ile buna ilave edilen kâr marjından oluşmaktadır. Bu cümleden olarak, 5346 sayılı Yenilenebilir Enerji Kaynaklarının Elektrik Üretimi Amaçlı Kullanımına İlişkin Kanun hükümlerine göre, yenilebilir enerji kaynaklarından yapılan üretimin teşvik edilmesi amacıyla oluşturulan "Yenilebilir Enerji Kaynakları Destekleme Mekanizması'ndan (YEKDEM)" doğan ve tedarikçilerce üstlenilmekle birlikte, onlar tarafından da tüketicilere yansıtılan

⁵⁶ Aynı yönde bkz. 06.09.2016 tarihli ve 133284 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/elektrik-ve-havagazi-tuketim-vergisi-hesaplama-hk>. "Elektronik cihazlarda bulunan bobinlerin çalışma prensipleri gereği oluşturdukları manyetik alandan kaynaklanan ve cihazda işe yarar bir enerjiye çevrilemeyen ancak sisteme fazladan bir akım yükü getiren enerjiye, reaktif enerji adı verilmektedir. Reaktif enerji yüzünden, hiçbir iş yapmayan milyonlarca elektron iletim hattı üzerinde bir o tarafa bir bu tarafa gitmek suretiyle iletim hattını gereksiz yere işgal etmekte ve iş yapmak üzere gelen elektronlar (aktif enerji) için daha dar bir alan bırakmaktadırlar. Şebekede aktif enerjinin akacağı kesitin azalması sebebiyle de sistemde voltaj düşmesi ve belli bölgelere yeterli elektrik enerjisinin ulaştırılmaması gibi sorunlar baş göstermektedir. Bu sorunun üstesinden gelebilmek için iletim ve dağıtım firmaları yatırım maliyetlerini gereğinden fazla yapmak zorunda kalmaktadırlar. Reaktif enerjinin işgal ettiği hat kapasitesini telafi etmek için iletim hatlarının kesiti artırılmakta, trafo merkezlerinin kapasiteleri daha fazla yapılmakta, kimi zaman da üretim santralleri elektrik üretimlerini durdurarak sadece bu reaktif enerjiyi sistemden çekmek üzere çalıştırılmaktadır." Kenan, Sitti, "Reaktif Enerjinin Kaynağı ve Şebekeye Etkileri," *Enerji Piyasası Bülteni*, no. 9 (2009): 7-8.

maliyetler de ETV matrahına dahildir. 5346 sayılı Kanunun kurgusuna göre YEKDEM kapsamındaki teşvike konu elektrik enerjisinin maliyetleri, elektrik tedarikçileri tarafından pazar paylarına göre karşılanmakta ve bu tedarikçilerce de tüketicilere tüketimleri oranında yansıtılmaktadır. Şu durumda, tüketicilerin tükettiği aktif elektrik enerjisinin maliyetlerinin bir kısmı YEKDEM maliyetlerinden oluşmaktadır. Bu nedenle de YEKDEM maliyetleri ETV matrahına dâhildir.⁵⁷

Elektriğin yüksek gerilimli (36 kV üzeri) hatlar üzerinden naklini ifade eden iletim faaliyetine ve elektriğin daha düşük gerilimli (36 kV ve altı) hatlar üzerinden naklini ifade eden dağıtım faaliyetlerine ilişkin hizmetlerin bedeli ETV'nin matrahına dâhil değildir. Bu anlamda örneğin elektriğin iletimine ilişkin sistem kullanım ve sistem işletim bedelleri ile elektriğin dağıtımına ilişkin dağıtım bedeli, güç bedeli, güç aşım bedeli, emreamade kapasite bedeli ile sayaç okuma hizmeti ve teknik ve teknik olmayan kayıpların⁵⁸ karşılığı olarak alınan bedeller ETV'nin matrahına dâhil değildir. Nitekim burada sayılan kalemler, EPDK'nın çıkardığı ikincil mevzuatta ve özellikle "Dağıtım Lisansı Sahibi Tüzel Kişiler ve Görevli Tedarik Şirketlerinin Tarife Uygulamalarına İlişkin Usul ve Esaslar" hükümlerinde dağıtım sistemi kullanımına ilişkin

⁵⁷ Aynı yönde bkz. 06.09.2016 tarihli ve 133284 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/elektrik-ve-havagazi-tuketim-vergisi-hesaplamasi-hk>.

⁵⁸ Teknik olmayan kayıplarla (kaçak elektrik tüketimi) ilgili olarak daha önce yukarıda (II.A. ve III.B.1.a) kaçak elektrik tahakkuklarının vergiye tâbi olduğu belirtilmişti. Burada onun aksi ifade edilmemekte, başka bir konuya değinilmektedir. Burada herhangi bir kaçak elektrik tüketimi olmaksızın, normal olarak tüketilen elektrik için faturada "teknik-teknik olmayan kayıp" veya "kayıp-kaçak bedeli" adı altında bir tutar gösterilmişse bu tutarın, dağıtım faaliyetine ilişkin bir tutar olacağı ve bu nedenle de Kanunun 37. maddesi uyarınca matraha dâhil olmayacağı belirtilmektedir.

bedellerle ilgili kısımda düzenlenmiştir.⁵⁹ Bu anlamda Gelir İdaresi Başkanlığının konuya ilişkin özelgesindeki “Bu itibarla yukarıda yer verilen hüküm ve açıklamalar çerçevesinde elektrik satış bedelinden elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller düşüldükten sonra kalan tutar elektrik ve havagazı tüketim vergisine ilişkin matraha oluşturduğundan, güç bedeli, güç aşım bedeli, emreamade kapasite bedeli, kayıp kaçak bedelinin ... verginin hesabında matraha ilave edilmesi ... gerekmektedir.” şeklindeki görüşüne iştirak etmek mümkün görünmemektedir.⁶⁰

2464 sayılı BGK’da perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller de matrah haricinde tutulmuş olduğundan faturalama, tahsilat vb. perakende satış hizmetlerinin karşılığında alınan bedeller de matraha dâhil değildir.

Keza Kanunda matraha vergi, fon ve paylar dâhil edilmeyeceği öngörüldüğünden ETV’nin matrahına, elektrik enerjisi üzerinden; 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununa göre alınan katma değer vergisi, 3096 ve 3291 sayılı Kanunlara göre alınan elektrik enerjisi fonu ve 3093 sayılı Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Gelirleri Kanununa göre alınan TRT payı da dâhil edilmez.

Bunların dışında mevzuatta tedarikçi ile tüketici arasındaki ilişkide bir bedel kalemi olarak düzenlenmediği hâlde tedarikçi ile tüketici arasındaki sözleşmelerde kimi zaman çeşitli bedellere yer verildiği görülmektedir. Bu bedellerin sözleşmelerde örneğin enerji dengesizlik tutarı, sıfır bakiye düzeltme tutarı, piyasa işletim ücreti, öngörülemeyen birim bedel gibi çeşitli adlar altında anıldığını görmek mümkündür. Bu bedellerin sözleşmelerde yer almasının hukukîliği tartışmaya açık olmakla

⁵⁹ RG. 31.12.2015, S. 29579 (4. Mük.).

⁶⁰ 06.09.2016 tarihli ve 133284 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/elektrik-ve-havagazi-tuketim-vergisi-hesaplamasi-hk>. Ayrıca bkz. (58) numaralı dipnot.

birlikte, bunların ETV'nin matrahında dikkate alınıp alınmayacağına belirlenmesi gerekir. 2464 sayılı BGK'nın 37. maddesi matrahi; elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedelleri hariç olmak üzere, elektrik enerjisi satış bedeli olarak belirlemiştir. Buna göre, elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetine ilişkin bedellerin dışında kalmakla birlikte, elektrik enerjisinin satış bedeline dâhil olan söz konusu bedeller de matraha dâhildir.⁶¹

Nihayet tüketicinin elektrik faturasını geç ödemesinden kaynaklı olarak uygulanan gecikme faizleri bakımından, faturanın matraha esas olan kısmına isabet eden faiz tutarının da matraha ilave edilmesi gerekir. Buna karşılık tüketiciden faturasını ödememe riskinin teminatı olarak talep edilen güvence bedelinden elektrik tüketim vergisi alınmaz.

B. Oran

Vergi oranı, elektriğin tüketim amacına göre %1 veya %5 olarak belirlenmiştir. 2464 sayılı BGK m. 38'e göre vergi oranı; imal ve istihsal, taşıma,⁶² yükleme boşaltma, soğutma, telli ve

⁶¹ "Bu itibarla yukarıda yer verilen hüküm ve açıklamalar çerçevesinde elektrik satış bedelinden elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedeller düşüldükten sonra kalan tutar elektrik ve havagazı tüketim vergisine ilişkin matrahi oluşturduğundan, ...YEK destekleme bedeli (YEKDEM), enerji dengesizlik tutarı ve sıfır bakiye düzeltme bedellerinin (SBDT) verginin hesabında matraha ilave edilmesi gerekmektedir." 06.09.2016 tarihli ve 133284 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/elektrik-ve-havagazi-tuketim-vergisi-hesaplamasi-hk>.

⁶² "Bu itibarla, 2464 sayılı Kanununun 38 inci maddesinin (a) bendi gereğince şirketinizce metro taşımacılığı faaliyetinde kullanılan elektrik enerjisi tüketimine yüzde 1 nispetinde elektrik ve havagazı tüketim vergisi oranının uygulanması gerekmektedir. Diğer taraftan, şirketinizin anılan Kanununun 38 inci maddesinin (a) bendinde sayılan faaliyetler dışında kalan elektrik tüketimleri için aynı maddenin (b) bendi gereğince, satış bedeli üzerinden

telsiz telgraf ve telefon müraselesi⁶³ işlerinde tüketilen elektriğin satış bedeli üzerinden %1, bunların dışında kalan maksatlar için tüketilen elektrikte ise satış bedeli üzerinden %5'tir.

Kanun koyucu, elektriğin önemli bir girdi olarak kullanıldığı sanayi, ulaştırma ve haberleşme sektörlerinin büyük bir kısmında, ETV'nin bu sektörler üzerindeki maliyet artırıcı etkisini dikkate alarak vergi oranını daha düşük (%1) tutmuştur.

Elektrik, aynı anda hem düşük orana hem de yüksek orana tâbi tutulan maksatlarla tüketiliyor ve bu tüketimler ayrı ayrı sayaçlarla tespit edilmiyorsa tüketimlerin tamamı yüksek oran (%5) üzerinden vergilendirilir.⁶⁴

yüzde 5 oranında elektrik ve havagazı tüketim vergisi hesaplanması gerekecektir." 02.05.2012 tarihli ve 478 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/90396>.

⁶³ "Türkiye Radyo-Televizyon Kurumu Genel Müdürlüğüne devredilen verici istasyonları tarafından verilen hizmetin, telli ve telsiz telgraf ve telefon haberleşmesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığından, elektrik ve havagazı tüketim vergisinin yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde %5 oranında alınması gerekmektedir." 18.07.2007 tarihli ve 63960 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Ekim 19, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/94589/pdf>.

⁶⁴ "Olayda, içerisinde santral da bulunan hizmet binasında kullanılan elektriğin aynı sayaç ile belirlendiği görülmüş olup, vergi mahkemesince yaptırılan inceleme sonucu düzenlenen bilirkişi raporu ile de, telli ve telsiz telgraf ve telefon müraselesi işlerinde kullanılan elektrik miktarının değil, yükümlü şirketin kullandığı günlük enerji (kWh) miktarının tespit edildiği görülmektedir. Bu itibarla, yüzde bir oranına tabi elektrik tüketim miktarı saptanmadığından ve tüm elektrik tüketim miktarına da aynı oranın uygulanması mümkün bulunmadığından yüzde beş oranı uygulanmak suretiyle tahsil edilen vergide hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Yüzde 1 oranının uygulanabilmesi için "telli ve telsiz telgraf ve telefon müraselesinde" kullanılan elektriğin tartışmasız bir biçimde tesbiti gerekmekte, bu tesbitin kat'i olarak yapılabilmesi de sözü edilen işler için ayrı bir elektrik sayacının bağlanmış olması şartına bağlı bulunmaktadır. Ayrı bir elektrik sayacı bulunmadığı takdirde idare yüzde 5 oranını uygulamakta haklıdır." Dan. 9. Dairesi, E.1997/1180, K.1998/1574,

C. Sorunlar ve Çözüm Önerileri

2464 sayılı BGK'ya göre ETV'nin matrahının; vergi, fon, paylar ile elektriğin iletimi, dağıtımı ve perakende satış hizmetlerine ilişkin bedelleri hariç olmak üzere "elektrik enerjisi satış bedeli" olduğu (m. 37), vergi oranının ise elektriğin tüketim amacına göre %1 veya %5 olduğu (m. 38) yukarıda açıklanmıştır. Buna göre ETV'nin tarhu için, hem tüketilen elektrik miktarının (kWh), hem de bu miktarın sözleşmede belirlenen birim fiyata göre (TL/kWh) ne kadarlık bir tutara (TL) karşılık geldiğinin bilinmesi gerekmektedir.

Kanunun kaleme alındığı dönemde ülke genelinde elektrik satışı ve dağıtımı, kamu eliyle ve herkes için aynı şekilde geçerli olacak biçimde kamuoyuna ilan edilen tarifeler üzerinden gerçekleştirildiği için Kanunun bu kurgusunun, yazıldığı dönem için tutarlı olduğunu söylemek mümkündür. İlan edilen tarifedeki birim fiyatlar, tüketicinin tükettiği elektrik enerjisi miktarıyla çarpıldığında ETV'nin matrahı kolaylıkla tespit edilebilmektedir. Ancak 2001 yılında elektrik piyasasının serbestleştirilmesiyle birlikte, piyasanın bu işleyişinde önemli değişiklikler meydana gelmiştir. Tüketicilere uygulanan fiyatların kamuoyuna ilan edilmesi, piyasanın regüle edilen tarafında devam ediyor olmakla birlikte, serbest piyasa tarafında kamuoyuna ilan edilen bir tarife bulunmamakta, her bir sözleşmenin fiyatı sözleşmedeki hükümlere göre belirlenmekte ve bu fiyatları, sözleşmenin tarafları dışında kimse bilmemektedir.

Günümüzde güncel verilere göre tüketicilere elektrik satışı yapma yetkisi olan elektrik piyasasında faal 21'i görevli tedarik

şirketi olmak üzere toplam 171 tedarik lisansı sahibi tüzel kişi ve 971 üretim lisansı sahibi tüzel kişi bulunmaktadır.⁶⁵ 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda “tedarikçi” olarak adlandırılan bu tüzel kişilerin toplam sayısı 1142 etmektedir. Söz konusu tedarikçilerden bir kısmı (21 görevli tedarik şirketi) tüketicilere elektrik satışını, EPDK’nın onayladığı ve yayımladığı tarifeler üzerinden gerçekleştirmektedir. Bunlar bakımından ETV matrahının tespiti ve kontrolünde bir güçlük söz konusu değildir.

Buna karşılık, 21 görevli tedarik şirketi dışında kalan diğer tedarikçilerin tüketicilere elektrik satışı “ikili anlaşma”lar üzerinden gerçekleştirilmektedir. İkili anlaşmalar, 6446 sayılı Kanunda “Gerçek ve tüzel kişiler arasında özel hukuk hükümlerine tabi olarak, elektrik enerjisi ve/veya kapasitenin alınıp satılmasına dair yapılan ve Kurul onayına tabi olmayan ticari anlaşmalar” olarak tanımlanmaktadır (m. 3). Bu anlaşmalardaki fiyat taraflarca serbestçe belirlenmekte, bir yerde yayımlanmamakta ve prensip olarak gizlilik özelliği göstermektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, yukarıda belirtilen 21 görevli tedarik şirketi de, EPDK’nın onayladığı tarifeler dışında kalmak üzere, ikili anlaşmalarla tüketicilere elektrik satışı yapabilmekte olup, bu durumda da aynı şekilde satış bedeli taraflarca serbestçe belirlenmekte ve aynı gizlilik özelliği burada da söz konusu olmaktadır.

İkili anlaşmalarda, satış bedelinin taraflarca serbestçe ve kendi aralarında belirlenmesi nedeniyle, ETV’nin matrahının doğru bir biçimde hesaplanıp hesaplanmadığının kontrolü güçleşmektedir. Her bir ikili anlaşmanın ayrı bir fiyatı olabileceği düşünülürse, vergi dairesinin (belediyenin) verginin doğru bir biçimde beyan edildiğinden emin olmak için her bir ikili anlaşmayı ayrı ayrı incelemesi gerekecektir. Belediyelerin

⁶⁵ Bkz. Erişim Tarihi: Nisan 7, 2020, <https://seffaflik.epias.com.tr/transparency/piyasalar/genel-veriler/lisans-tipine-gore-katilimci-sayisi.xhtml>.

her bir tüketici için bunu ayrı ayrı kontrol edemeyecekleri açıktır. Belediyelerin büyüklüğü, kapasitesi ve denetim kabiliyetlerindeki farklılıklar göz önünde tutulduğunda, etkin bir vergi denetimi yapılmadığı durumlarda, sistemin suiistimale açık hâle gelmesi mümkündür.⁶⁶ Bu durum bir yandan belediyeler için gelir kaybına neden olabilecek, bir yandan da vergisini düzgün ödeyen tedarikçiler ile bu konuda hassasiyet göstermeyen tedarikçiler arasında haksız rekabete yol açabilecektir.

Diğer taraftan, 2464 sayılı BGK'nın ETV'nin matrah ve oranına ilişkin hükümlerinin neden olduğu bir başka sorun da Anayasa Mahkemesinin (AYM) kararları ile gün yüzüne çıkmıştır. AYM yakın dönemde bireysel başvurular kapsamında ETV hakkında önemli kararlar vermiştir. Aynı konunun işlendiği beş ayrı AYM kararında bazı tüketicilerden tahsil edilen ETV'ler bakımından hak ihlali değerlendirmesinde bulunulmuştur.⁶⁷ Buna göre, bu zamana kadar ETV'ye tâbi olduğu kabul edilerek vergilendirilen bazı tüketimlerin, artık ETV'ye tâbi olmayacağı anlaşılmaktadır.

AYM'nin kararlarına konu olan olayda elektrik tüketicileri, tükettikleri elektrik enerjisini, kendilerine ait üretim tesislerinde üreterek karşılamaktadır. AYM, ETV'de verginin konusunun Kanununun 34. maddesinde "elektrik tüketimi" olarak belirlendiğini; burada bir elektrik tüketimi söz konusu olması itibarıyla bu tüketimlerin de verginin konusuna girdiğini ve bu

⁶⁶ Arıkoğa, "Yerel Vergi Yönetimi," 14.

⁶⁷ AYM'nin konuya ilişkin kararlarının künyeleri şu şekildedir:

İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK], B. No: 2015/941, 25.10.2018.

Ereğli Demir Çelik Fabrikaları T.A.Ş., B. No: 2015/4791, 14.11.2018.

İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. (2), B. No: 2015/19521, 08.05.2019.

İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. (3), B. No: 2016/12214, 13.06.2019.

Ereğli Demir ve Çelik Fabrikaları T.A.Ş. (2), B. No: 2017/28966, 13.06.2019.

tüketicilerin vergi mükellefi sıfatını kazandığını; bununla birlikte, Kanunda verginin matrahının satış bedeli olarak belirlenmesi karşısında kendi ürettiği elektriği kullanan bu tüketiciler bakımından ortada bir satış işlemi bulunmadığından, burada herhangi bir matrahın da tespit edilemeyeceği ve kanuna dayanmadan yorum yoluyla da herhangi bir bedelin matraha esas alınamayacağını ifade ederek hak ihlâli kararı vermiştir.⁶⁸

AYM'nin, verginin kanuniliği ilkesine işaret eden söz konusu kararları kanaatimizce de isabetlidir. Bununla birlikte, AYM'nin bu kararları sonrasında, daha önce özellikle Danıştay içtihatlarındaki esaslara göre⁶⁹ belirlenen matrah üzerinden vergilendirilen bu tüketimlerin artık 2464 sayılı BGK'ya göre vergilendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Ülkemizde, AYM'nin söz konusu kararları kapsamına girebilecek birçok tesis vardır. Daha evvel bir şekilde vergilendirilen bu tesisler artık vergilendirilemeyecektir. Bu durum, bu tesislerin bulunduğu belediyelerin vergi gelirlerinde önemli ölçüde azalmalara neden olabilecektir.

Şu durumda, ETV'nin matrah ve oranına ilişkin mer'î hükümler, gerek verginin denetimini aşırı derecede güçleştirerek sistemi istismara açık bırakması, gerekse elektrik ihtiyacını kendi üretim tesisinde elektrik üreterek karşılayan kişilerin vergilendirilmesine engel oluşturması yönüyle sorunlu bir görünüm arz etmektedir. Bu sorunların çözümü için ETV'de vergilendirme yönteminin değiştirilmesine ihtiyaç vardır.

⁶⁸ İskenderun Demir ve Çelik A.Ş. [GK], B. No: 2015/941, 25.10.2018, §§ 68-85.

⁶⁹ "Yönetmelikte kendi tesislerinde elektrik üreterek bu elektriği sadece kendi üretim faaliyetinde kullanan otoprodüktör şirketler hakkında bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bunların ürettiği elektriğin kendileri açısından alış fiyatı, üretilen elektriğin birim maliyet fiyatına isabet edeceğinden ve bu fiyata en yakın fiyat Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığınca otoprodüktör enerji satış fiyatı olarak belirlenen fiyat olabileceğinden, elektrik tüketim vergisi matrahına bu fiyatın esas alınması uygun olacaktır." (Dan. VDDK, E.2005/232, K.2006/9, 27.01.2006).

ETV’de mevcut durumda değer esasına göre belirlenen matrahın, miktar esasına göre belirlenmesi durumunda, burada açıklanan sorunlar kolaylıkla önlenebilecektir. Hâlihazırda nispi olarak belirlenen vergi, maktu olarak belirlendiği takdirde tüketicilerin tükettiği elektriğin satış bedelinin ne olduğunun bilinmesine gerek kalmayacak, vergi sadece tüketim miktarına göre tarh edilebilecektir. Vergi bu şekilde tüketim miktarına göre hesaplanacağından, tedarikçi ile tüketici arasındaki ikili anlaşmadaki fiyatın bir önemi kalmayacak ve verginin denetiminde karşılaşılan sorunlar ortadan kaldırılmış olacaktır. Bu şekilde tüketilen her bir elektrik enerjisi birimi (kWh) başına maktu bir vergi belirlendiği takdirde, elektrik ihtiyacını kendi üretim tesisinde elektrik üreterek karşılayan tüketicilerin vergilendirilmesinin önü de tekrardan açılacaktır.

Belirtmek gerekir ki, belirlenen maktu vergi tutarının, mevcut durumda olduğu gibi, elektriğin tüketim amacına göre farklılaştırılabilmesi de mümkündür. Ayrıca 2464 sayılı BGK’da, söz konusu maktu verginin, her yıl yeniden değerlendirme oranında güncelleneceği de hüküm altına alınırsa, verginin uygulamasında paranın değer kaybının olumsuz etkisi de giderilebilecektir.

Nitekim Alman kanun koyucusu da StomStG § 3’te verginin matrahını miktar üzerinden belirleyerek maktu bir vergi öngörmüştür. StomStG § 3 hükmüne göre: “Verginin tutarı her bir Megawattsaat için için 20,50 €’dur (= 0,02050 €/kWh)”. Vergi tutarına ilişkin temel kural bu şekilde belirlenmişken, Kanunun diğer hükümlerinde de elektriğin kullanım amacına göre indirimli vergi tutarları belirlenmiştir.

Bu çerçevede 2426 sayılı Kanunun verginin matrah ve oranını belirleyen hükümleri şu şekilde yeniden düzenlenebilir:

“Vergi tutarı

(1) Verginin tutarı 5 Kr/kWh’dır.

(2) Ancak imal ve istihsal, taşıma, yükleme boşaltma, soğutma, telli ve telsiz telgraf ve telefon müraselesi işlerinde tüketilen elektrik bakımından verginin tutarı 1 Kr/kWh'dır.

(3) Bu maddede yer alan tutarlar, her takvim yılı başından geçerli olmak üzere bir önceki yıla ilişkin olarak 213 sayılı Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılır.⁷⁰

V. VERGİ KOLAYLIKLARI

Vergi kolaylıkları, vergiye tâbi bazı kişi veya vergi konularının vergi dışı bırakılmasına yönelik vergi muafiyet ve istisnalarından oluşur. Vergi kanunlarına göre vergilendirilmesi gereken kişi veya kişi gruplarının, aynı veya başka kanunlarla vergi dışı bırakılmasına vergi muafiyeti; vergi kanunlarına göre vergilendirilmesi gereken vergi konularının aynı veya başka kanunlarla kısmen ya da tamamen vergi dışı bırakılmasına ise vergi istisnası denmektedir.⁷¹ Bununla birlikte bu iki kavramın, mevzuatta ve uygulamada kimi zaman birbiri yerine kullanıldığı ve karıştırıldığı görülmektedir.⁷²

2464 sayılı BGK'da ETV'ye ilişkin olarak sadece vergi istisnalarına yer verilmiştir. Buna karşılık dolaylı bir biçimde de olsa, diğer kanunlarda da ETV'ye ilişkin birtakım vergi istisnası ve muafiyeti hükümlerine yer verildiği görülmektedir.

⁷⁰ Taslakta belirtilen vergi tutarları bir öneri mahiyeti taşımamaktadır; konunun açıklanması için sadece örnek mahiyetinde gösterilmiştir. İndirimli vergi tutarındaki faaliyet konuları ise mer'î hükümden aynen alınmıştır.

⁷¹ Akdoğan, *Maliye*, 148.

⁷² Akdoğan, *Maliye*, 150.

A. Vergi İstisnaları

2464 sayılı BGK'nın 36. maddesine göre, aşağıdaki yerlerde ve şekillerde tüketilen elektrik enerjisi vergiden müstesna kılınmıştır:

Kazanç amacı gütmemek şartıyla işletilen; hastane, dispanser, klinik, sağlık ocağı ve merkezleri, rehabilitasyon, teşhis ve tedavi merkez ve kurumları, doğum ve çocuk bakımevleri, kreşler, sanatoryum, Prevantoryum gibi sağlık kuruluşları ile düşkünler evi, yetimhaneler, Çocuk Esirgeme Kurumu ve korunmaya muhtaç çocukları koruma birliklerine ait çocuk yurtları ve bunlara bağlı işyerleri gibi sosyal yardım kuruluşlarında,

Dini hizmetlerin ifasına mahsus ve umuma açık bulunan cami, mescit, kilise ve havra gibi ibadethanelerde,

Milletlerarası panayır, sergi ve fuarlarda, bunların giriş yerlerinde, mal teşhir edilen ve satılan pavyonlarda,

Doğrudan doğruya elektrik ve havagazı üreten dağıtım ve istihsal müesseselerinde.

Kanunda vergi istisnası olarak görülen hâller büyük ölçüde açık ve net bir biçimde tadat edilmiştir. Bununla birlikte, son hükümde geçen "doğrudan doğruya elektrik üreten dağıtım ve istihsal müesseseleri" ne açıklık getirmekte yarar görülmektedir. Bu hükümle, bir taraftan doğrudan doğruya elektrik üreten üretim santrallerinin elektrik tüketimleri, diğer taraftan da yine doğrudan doğruya elektrik üreten dağıtım işletmelerindeki elektrik tüketimi vergiden müstesna kılınmıştır.

Burada hükmün üretim santralleriyle ilgili kısmında kasıt, elektriğin üretimi sırasında üretim santralinin tükettiği elektriktir. Her üretim santrali, elektrik üretirken belli ölçüde elektrik tüketir. Buna santral iç tüketimi denir. Üretim santrallerinin iç tüketimi, vergiden müstesnadır. Buradaki istisna, üretim tesisi işleten kişinin öztüketimini, yani örneğin

çimento fabrikasındaki elektrik ihtiyacını karşılamak üzere elektrik üretimi yapan kişilerin kendi üretim santralinde üretilen söz konusu tüketim tesisinde tükettiği elektrik enerjisini kapsamamaktadır.

Anılan hükümde doğrudan doğruya elektrik üreten dağıtım işletmelerinin tüketimlerinin de vergiden müstesna olduğu belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, 6446 sayılı Elektrik Piyasası Kanununda hukukî ayırıştırma hükümleri çerçevesinde dağıtım işletmelerinin üretim faaliyetinde bulunmaları kural olarak yasaklanmıştır. Bu nedenle anılan hükmün dağıtım işletmeleriyle ilgili kısmının artık bir işlevinin bulunmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, bu noktada OSB'lerin 6446 sayılı Kanunun 13. maddesi çerçevesinde aynı anda hem dağıtım hem de üretim lisansı alarak, kendi bölgelerinde hem elektrik dağıtımını hem de elektrik üretimi yapmaları durumunda buradaki vergi istisnasının uygulanıp uygulanmayacağı gündeme gelebilir. Söz konusu vergi istisnasının, OSB'nin üretim santralinde üretilerek OSB içindeki katılımcılarca (fabrikalar vs.) tüketilen elektrik bakımından uygulanması mümkün değildir. Bu durumdaki OSB'ler ancak, "doğrudan doğruya elektrik üreten üretim işletmesi" sıfatıyla sahip oldukları üretim santrallerinin iç tüketimi bakımından vergiden müstesna olabilir.

Bunların dışında 2464 sayılı BGK m. 104'te, "Bu Kanunda yer alan Elektrik ve Havagazı Tüketim Vergisi ile Bina, İnşaat, İşyeri Açma İzni, İmar Mevzuatı Gereğince Alınacak Harçların mücavir alanlarda uygulanabilmesi için belediye hizmetlerinin bu mahallere götürülmüş olması şarttır." hükmüne yer verilmiştir. Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliği (Seri No:37) hükümlerinde, bu kapsamda mahalline götürülmesi gereken belediye hizmetleri, "taşlıkların mahallin özelliğine göre gidebileceği yolun yapılması veya bakıma alınması ile temiz ve sağlığa uygun içme ve kullanma suyu temin edilmesi" olarak belirlenmiştir. Anılan hizmetlerin götürülmediği belediye

mücavir alanlarındaki elektrik tüketimi ETV'ye tâbi değildir. Bu da bir anlamda vergi istisnasıdır.

Diğer taraftan, bazı il belediyelerine büyükşehir belediyesi statüsü kazandıran, büyükşehir belediyelerinin sınırlarını illerin mülkî sınırlarıyla eşitleyen ve buralardaki köylerin tüzel kişiliğini kaldırarak bunları bağlı buldukları ilçelerin mahallesi hâline getiren 6360 sayılı Kanunun⁷³ geçici 1. maddesinin 15. fıkrasında “Bu Kanuna göre tüzel kişiliği kaldırılan köylerde, bu fıkranın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 29.07.1970 tarihli ve 1319 sayılı Emlak Vergisi Kanununa göre alınması gereken emlak vergisi ile 26.05.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanunu uyarınca alınması gereken vergi, harç ve katılım payları 31.12.2022 tarihine kadar (bu tarih dâhil) alınmaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümlerle, büyükşehir belediyesi statüsüne sahip yerlerde tüzel kişiliği kaldırılarak ilçe belediyelerine bağlı mahallelere dönüştüren köylerde, 31.12.2022 tarihine kadar -2464 sayılı Kanundaki diğer vergi, harç ve katılım paylarında olduğu gibi- ETV'nin uygulaması bakımından geçici bir vergi istisnası getirilmiştir.⁷⁴

⁷³ 12.11.2012 tarihli ve 6360 sayılı On Dört İlde Büyükşehir Belediyesi ve Yirmi Yedi İlçe Kurulması ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 06.12.2012, S. 28489.

⁷⁴ Söz konusu Kanun hükmüyle, daha evvel belediyelerin mücavir alanında kalan ve belediye hizmetlerinin götürüldüğü ve bu münasebetle esasen öteden beri ETV'ye tâbi olan köyler (yeni durumda mahalleler) de geçici istisna kapsamına alınmıştır. Bu durum haklı olarak eleştiri konusu olmuştur: “Kanun koyucu bu düzenleme ile köylerde yaşayan insanları büyükşehir belediyesi kapsamına alırken oluşabilecek yerel vergilerden kaynaklı yüklerden 5 yıl süreyle korumak istemiş ve bir geçiş hükmü koymuştur. Özünde çok makul olan bu yasal düzenleme bazı toplum kesimleri açısından önemli sorunlara neden olmakta ve verginin adalet ilkesini önemli oranda zarara uğratmaktadır. Şöyle ki, 2014 yılı Mart ayı öncesinde köy statüsünde olan ancak, belediye mücavir alan sınırları içine alınmış ve belediye hizmetleri götürülen ve bu haliyle 2014 yılına kadar

Bu noktada son olarak 2464 sayılı BGK'nın 39. maddesinin ikinci cümlesiyle, "elektrik işleri bütçesi içinde yer alan belediyelerde" vergi sorumluları, vergi beyannamesi ve vergi ödeme sorumluluğundan müstesna kılınmışlardır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, Kanunun kaleme alındığı 80'li yılların başlarında belediyeler elektrik işleriyle iştiğal edebiliyorlar idiyse de, 09.09.1982 tarihli ve 2705 sayılı Kanunla belediyelerin elektrik tesis ve işletmeleri TEK'e devredilmiştir.⁷⁵ O zamandan bugüne, belediyelerin elektrik işleriyle iştiğal etmesi sona ermiş olup bugün için Kanunun tabiriyle "elektrik işleri bütçesi içinde yer alan bir belediye" bulunmamaktadır. Günümüzde elektrik tedariki yalnızca 6446 sayılı Kanuna göre faaliyet gösteren kuruluşlarca yürütülebildiğinden, anılan istisna hükmünün pratikte bir anlamı kalmamıştır.

B. Vergi Muafiyetleri

ETV'de muafiyet öngören kanun hükümleri çeşitli kanunlara dağılmış vaziyettedir. Esasında söz konusu muafiyet hükümleri, ETV'ye mahsus olmayıp genel bir vergi muafiyeti özelliği göstermektedir. Aşağıda, bu anlamdaki vergi muafiyetlerinden Gelir İdaresi Başkanlığının özelgelerine konu olan üç örnek incelenmiştir.

vergileri ödeyen köy statüsündeki yerlerden de vergi alınmamaya başlanmıştır. Bu düzenlemenin amacına aykırılık teşkil etmektedir. Öteden yerel hizmetlerden yararlanan ve öteden bu yana vergilerini ödeyen mükellefler durumlarında herhangi bir değişiklik olmaksızın geçici muafiyet elde etmişlerdir. ... 6360 sayılı Kanunun geçici 1. maddesinin 15. fıkrasının başına "*Daha önce belediye mücavir alan sınırları içinde yer almayan*" ibaresinin eklenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir (Marmara Belediyeler Birliği, *Belediyelerin Malî Sorunları ve Çözüm Önerileri*, Çalıştay Raporu, (İstanbul: 2015), 20.

⁷⁵ Galip Altınay, "Elektriğin Ülke Ekonomisindeki Yeri ve Önemi," iç. *Enerji Hukuku-Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, C. 1, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2007), 5.

2560 sayılı İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğü Kuruluş ve Görevleri Hakkındaki Kanun m. 2'de İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi Genel Müdürlüğünün görevleri sayılmış; m. 21, f. (a)'da ise, "İSKİ'nin görevleri için kullandığı taşınmaz malları, tesisleri, işlemleri ve faaliyetleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaftr." hükmüne yer verilmiş ve aynı Kanunun Ek 5. maddesinde de bu Kanunun diğer büyükşehir belediyelerinde de uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Buna göre, büyükşehir belediyelerine bağlı su ve kanalizasyon idarelerinin 2560 sayılı Kanunda sayılan görevleriyle ilgili olarak kullandıkları taşınmaz malları, tesisleri, işlemleri ve faaliyetleri her türlü vergi, resim ve harçtan muaf tutulmuş olduğundan, bu idareler ETV'den de muaf sayılmaktadır.⁷⁶

Bundan başka, 4562 sayılı Organize Sanayi Bölgesi Kanunu m. 21, f. 1'de, "OSB tüzel kişiliği, bu Kanunun uygulanması ile ilgili işlemlerde her türlü vergi, resim ve harçtan muaftr." hükmüne yer verilmiştir. Bu hüküm, OSB tüzel kişiliğini ETV'den de muaf kılmaktadır. Bununla birlikte, buradaki muafiyet OSB'nin sevk ve idaresinden sorumlu olan OSB tüzel kişiliğine mahsustur. Anılan muafiyet OSB katılımcılarının tüketimlerini kapsamamaktadır.⁷⁷

⁷⁶ 27.10.2017 tarihli ve 98811 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/128787/pdf>; 31.10.2017 tarihli ve 42925 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/128792/pdf>.

⁷⁷ "4562 sayılı Organize Sanayi Bölgesi Kanununun muafiyet başlıklı 21 inci maddesinde, "OSB tüzel kişiliği, bu Kanunun uygulanması ile ilgili işlemlerde her türlü vergi, resim ve harçtan muaftr." hükmüne yer verilmiştir. Buna göre, organize sanayi bölgelerinde tüketilen elektrik için; 2464 sayılı Kanunda herhangi bir istisna hükmünün bulunmaması ve 4562 sayılı Kanunun 21 inci maddesinde yer alan muafiyet hükmünün de katılımcıları kapsamaması nedeniyle katılımcılar tarafından tüketilen elektrik için elektrik ve havagazı tüketim vergisinin alınması

Benzer şekilde, 5393 sayılı Belediye Kanunu m. 16'da, "belediyenin kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazları ile bunların inşa ve kullanımlarının katma değer vergisi ile özel tüketim vergisi hariç her türlü vergi, resim harç, katılım payı ve katkı paylarından muaf olduğu" hükmüne yer verilmiştir. Diğer taraftan, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanunu m. 28'de, "Belediye Kanunu ve diğer ilgili Kanunların bu kanuna aykırı olmayan hükümleri ilgisine göre büyükşehir ve ilçe belediyeleri hakkında da uygulanır." hükmü yer almaktadır. Buna göre kural olarak, büyükşehir belediyeleri dâhil olmak üzere, belediyelerin kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazlarının inşası ve kullanımları esnasındaki elektrik tüketimi nedeniyle ETV doğmayacaktır.⁷⁸

Bununla birlikte, 5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun büyükşehir belediyelerinin gelirlerini düzenleyen 23. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde "büyükşehir belediyesine bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve

gerekmektedir. Ayrıca, organize sanayi bölgesi tüzel kişiliği ile katılımcılar tarafından tüketilen elektriğin ayrı sayaçlarda izleneceği tabiidir." 31.05.2011 tarihli ve 2010/4-55 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/93337/pdf>.

⁷⁸ "Yukarıda yer alan hükümlerden de anlaşılacağı üzere, elektrik ve havagazı tüketim vergisi, elektrik veya havagazı tüketimi üzerinden alınan bir vergidir. 5393 sayılı Kanunda yer alan muafiyet ise, belediyenin kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazları ile bunların inşa ve kullanımlarına yönelik bulunmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde, belediyelere ait resmi daire, ticarethane ve diğer yerlerde kullanılan elektrik veya havagazı tüketiminin 5393 sayılı Kanunun 16 ncı maddesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmadığından sözü edilen yerlerde kullanılan elektrik ve havagazı tüketimi üzerinden tahakkuk eden elektrik ve havagazı tüketim vergisinin ödenmesi gerekmektedir." 26.08.2011 tarihli ve 123 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/95917/pdf>.

dinlenme yerleri ile yeşil sahalarda içinde tahsil edilecek her türlü belediye vergi, resim ve harçları” da büyükşehir belediyelerinin gelirleri arasında sayıldığından, 5256 sayılı Kanunun bu hükmü ile 5393 sayılı Kanunun yukarıda zikrolunun 16. maddesi birbiriyle kısmen tenakuz oluşturmaktadır. Bu gibi durumlarda 5216 sayılı Kanunun 28. maddesi, 5216 sayılı Kanunun öncelikle uygulanacağını ima ettiğinden, büyükşehir belediyeleri bakımından, “büyükşehir belediyelerine ait sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalarda”, bu belediyelerin “kamu hizmetine ayrılan veya kamunun yararlanmasına açık, gelir getirmeyen taşınmazları” olarak sayılsa bile anılan yerlerdeki elektrik tüketimi ETV’den muaf sayılmayacaktır.⁷⁹

C. Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Vergi kolaylıkları bahsinde iki ayrı konu öne çıkmakta olup bunlar aşağıda ayrı ayrı ele alınmıştır.

Vergi kolaylıkları bahsinde ilk olarak elektrik depolama tesislerinin ele alınmasında yarar görülmektedir. Depolama

⁷⁹ “5216 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununun 6360 sayılı Kanunun 6 ncı maddesiyle değişen 5 inci maddesinde, büyükşehir belediyelerinin sınırlarının, il mülki sınırları; ilçe belediyelerinin sınırlarının da bu ilçelerin mülki sınırları olduğu; 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde de büyükşehir belediyesine bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalarda içinde tahsil edilecek her türlü belediye vergi, resim ve harçlarının büyükşehir belediyesinin gelirleri arasında olduğu hükme bağlanmıştır. Buna göre, Büyükşehir Belediyenize bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalarda içinde, elektrik enerjisini tedarik eden veya havagazını dağıtan kuruluşlarca tahsil edilen elektrik ve havagazı tüketim vergisinin, tahsil tarihini takip eden ayın 20 nci günü akşamına kadar Büyükşehir Belediyenize bir beyanname ile bildirilmesi ve aynı sürede ödenmesi gerekmektedir.” 16.05.2017 tarihli ve 60224 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/122958/pdf>.

tesislerini, şebekeden çektiği elektrik enerjisini depolayan ve depolanan enerjiyi kullanılmak üzere tekrar şebekeye veren tesisler olarak tanımlamak mümkündür. Bu itibarla depolama tesisleri, aynı zamanda hem bir tüketim tesisine hem de bir üretim tesisine benzer özellikler göstermektedir. Şebekeden enerji çekilerek tesiste depolanması bir nevi tüketim gibidir; depolanan enerjinin şebekeye tekrar gönderilmesi ise üretime benzemektedir.

Ülkemizde, birkaç Ar-Ge projesi dışında, henüz elektrik depolama tesislerinin varlığından söz etmek mümkün değildir. Bununla birlikte EPDK tarafından hâlihazırda depolama tesislerine ilişkin olarak bir yönetmelik çalışması yürütülmekte olup bu çalışmada sona gelinmiştir. Bu mevzuatın çıkarılmasıyla depolama sistemlerin de peyderpey yaygınlaşması beklenmektedir.

Depolama amacıyla şebekeden enerji çekilmesi tüketim özelliği gösterdiği için, burada ETV'deki vergiyi doğuran olayın gerçekleştiği ve bu nedenle depolama tesislerinin çekişlerine de ETV yansıtılması gerektiği ileri sürülebilir. Ancak bu yaklaşımın isabetli olduğu söylenemez. Zira depolanan enerji tekrar şebekeye verilecek, bu elektrik bir yerlerde tüketiciler tarafından tüketilecek ve bu münasebetle ETV'nin konusu hâline gelerek zaten vergilendirilecektir. Bu enerjinin bir de depolama safhasında vergilendirilmesi çifte vergilendirmeye yol açacaktır. Bunu önlemek ve bu konuda oluşabilecek tereddütleri gidermek adına 2464 sayılı BGK'nın vergi istisnalarını düzenleyen 36. maddesine, elektrik depolama tesislerinin çekişlerinin de vergiden müstesna olduğunun dercedilmesinde yarar görülmektedir.

Nitekim Alman kanun koyucusu da benzer bir mülahazayla, 2017 yılında StomStG'de (§ 5 Abs. 4) yaptığı bir kanun değişikliğiyle, elektrokimyasal temelli bataryalı depolama tesislerinin, elektrik şebekesinin bir parçası olduğunu düzenlemiş ve böylece bu türdeki depolama tesislerinin tüketim

tesisi olmadığını ve bunların çekişlerinin vergiye konu olmadığını izhar etmiştir.⁸⁰

Buraya kadarki açıklamalarımız esas itibarıyla genel anlamdaki elektrik depolama tesislerine yöneliktir. Bunun dışında depolama tesisleri denince bir de pompaj depolamalı hidroelektrik santralleri akla gelmektedir. Bu türdeki tesisler, özünde bir elektrik üretim tesisidir. Hidroelektrik santrali türündeki bu tesislerin, iki rezervuarı bulunur. Rezervuarlardan biri diğerine göre daha yüksek bir seviyede (kotta) yer alır. Bu iki rezervuar birbirleriyle boru hatlarıyla bağlıdır. Elektrik enerjisi fiyatlarının düşük olduğu (özellikle geceleri) saatlerde, alttaki rezervuardan, üstteki rezervuara pompaj tertibatı ve boru hatları vasıtasıyla su pompalanır. Böylece üstteki rezervuarda da elektrik üretilen bir kaynak oluşturulmuş olur. Elektrik fiyatlarının yükseldiği saatlerde üst rezervuardaki bu kaynak kullanılarak elektrik üretilir. İşte elektrik fiyatlarının düşük olduğu saatlerde üstteki rezervuarı doldurmak için şebekeden yüksek miktarda elektrik çeken, fiyatların yükseldiği saatlerde ise bu rezervuardaki kaynağı kullanarak elektrik üreten bu türdeki santrallere, pompaj depolamalı hidroelektrik santraller adı verilmektedir.⁸¹ Bu santrallerin şebekeden elektrik çekip kaynak oluşturması ve ardından bu kaynakla şebekeye yeniden elektrik vermesi, bu santrallerin de elektrik depolama tesislerinin bir türü olarak görülmesine neden olmaktadır. Ülkemizde henüz bu türden bir santral bulunmasa da buna yönelik plan ve çalışmaların olduğu bilinmektedir.

⁸⁰ Henning Thomas, *Rechtliche Rahmenbedingungen der Energiespeicher und der Sektorkopplung, EnWG mit Strommarktgesetz, EEG 2017 und KWKG 2016*, (Wiesbaden: Springer Vieweg, 2017), 25.

⁸¹ Rüdiger Paschotta, Artikel "Pumpspeicherkraftwerk," im *RP-Energie-Lexikon*, Erişim Tarihi: Nisan 3, 2020, <https://www.energielexikon.info/pumpspeicherkraftwerk.html>.

Genel anlamdaki depolama tesisleri için yukarıda yapılan izahat, pompaj depolamalı hidroelektrik santraller için de geçerlidir. Bu türdeki santralin şebekeden çektiği elektrik enerjisi, bu santral tarafından -bir miktar kayıpla-⁸² şebekeye tekrardan verilecek ve şebekeye verilen bu elektrik bir yerlerde tüketiciler tarafından tüketilerek zaten vergilendirilecektir. Bu nedenle, bunun yanında bir de bu santralin çekişlerinin vergilendirilmemesi gerekir. Ancak yukarıdaki açıklamalardan farklı olarak, pompaj depolamalı hidroelektrik santraller için 2464 sayılı BGK'da özel bir düzenleme yapılmasına gerek görülmemektedir. Zira hâlihazırda Kanunun 36. maddesinin dördüncü bendinde doğrudan doğruya elektrik üreten üretim müesseselerindeki elektrik tüketimi vergiden müstesna kılınmıştır. Pompaj depolamalı hidroelektrik santralleri, özünde bir üretim tesisi olduğundan, buradaki tüketimlerin de Kanunun tanımladığı bu vergi istisnasının kapsamına girebileceği düşünülmektedir. Nitekim benzer bir düzenlemeye Alman mevzuatında da yer verilmiş olup, StomStG'de § 9 Abs. 1 N. 1'de elektrik üretimi için çekilen elektriğin vergiden muaf olduğu düzenlendikten sonra, anılan Kanunun uygulamasını gösteren yönetmelikte (StromStV § 12 Abs. 1), pompaj depolamalı elektrik santrallerinin pompaj tertibatının çektiği elektriğin de vergiden muaf olan elektrik üretimi için çekilen elektrikten sayılacağı belirtilmiştir.

Vergi kolaylıkları bahsinde temas edilebilecek ikinci nokta da, çok küçük ölçekli üretim tesislerinde üretilen elektriğin öztüketim amaçlı kullanılması hâlinde buna yönelik bir vergi istisnası tanınabileceğine yöneliktir. Yukarıda vergiyi doğuran

⁸² Bu santrallerin, şebekeden çektiği elektrik enerjisi miktarının ortalama %75-85'lik kısmını şebekeye geri kazandırabildiği ifade edilmektedir. %15-25'lik kısım; pompaj, türbin ve boru hattı tesisatında kayba uğramaktadır. Paschotta, Artikel "Pumpspeicherkraftwerk".

olay bahsinde, son yıllarda artık elektriğin tüketildiği yerde üretilmesine yönelik bir temayül oluştuğu, bu durumun yaygınlık kazanmasıyla birlikte bu kapsamdaki öztüketimlerin vergilendirilmemesi hâlinde ETV anlamında vergi gelirlerinde ciddi azalmalar meydana gelebileceği ifade edilmiş ve söz konusu tüketimlerin de vergiye tâbi kılınması gereğinden söz edilmişti.⁸³ Bunun gerekliliği noktasında bir şüphe bulunmamaktadır. Ancak bu kapsamdaki üretim tesislerinin bir kısmının kapasitesi çok düşüktür. Özellikle lisanssız üretim kapsamında binaların çatı ve cephelerine kurulan güneş enerjisi sistemleri genellikle çok küçük güçteki üretim tesisleridir. Küçük güçteki bu üretim tesislerinin sayısının her geçen gün arttığı bilinmektedir.

Bu kapsamda üreticilerin öztüketimlerinin vergiye tâbi kılınması yönünde şayet istisnasız bir biçimde düzenleme yapılacak olursa, küçük güçteki çok sayıda üretim tesisinin de vergi dairesinin (belediyelerin) muhatabı olması gerekecektir. Bu durum vergi daireleri açısından verginin yönetimini ve denetimini zorlaştırabilecek bir faktördür. Küçük güçteki çok sayıda üretim tesisiyle muhatap olmanın getireceği yükü önlemek adına, bu kapsamdaki üretim tesislerine yönelik bir vergi istisnası tanınması gündeme gelebilir. Bu kapsamda, özellikle yenilebilir enerji kaynaklarına dayalı olarak küçük güçlerle üretim yapan elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketimleri için bir vergi istisnası öngörülmesi yerinde bir uygulama olabilir. Nitekim Alman kanun koyucusu da benzer mülahazalarla, StromStG § 9 Abs. 1 N. 1 ve 3 hükümleri çerçevesinde belirli şartlara bağlı olarak özellikle yenilebilir enerji kaynaklarından üretim yapan küçük güçteki üretim tesislerini işletenlerin öztüketimlerine yönelik olarak vergi istisnası öngörmüştür.⁸⁴

⁸³ Bkz. yuk. II.C.

⁸⁴ Bongartz et al., *Kommentar*, StromStG § 9 Rn. 48.

VI. VERGİNİN BEYANI VE ÖDENMESİ

A. Açıklama

ETV vergi sorumlusunun beyanı üzerine tarh edilir. 2464 sayılı BGK m. 39'a göre vergi sorumlusu, vergi mükellefinden tahsil ettiği vergiyi, tahsil tarihini takip eden ayın 20. günü akşamına kadar ilgili belediyeye bir beyannameyle bildirmekle yükümlüdür. Buna karşılık, herhangi bir vergi döneminde vergiye tâbi işlemleri olmayan vergi sorumlularının, vergi beyanname vermelerine gerek yoktur.⁸⁵ Beyanname üzerinden tarh ve tahakkuk ettirilen verginin, yine beyanname verme süresi içinde ödenmesi gerekir. Beyanname ve ödeme için öngörülen sürenin son günü resmî tatile denk geliyorsa süre, tatili takip eden ilk iş gününün tatil saatinde biter (VUK m. 18, b. 4).

Verginin beyan edileceği ve ödeneceği yer vergi dairesidir. 213 sayılı VUK m. 4, f. 1'e göre vergi dairesi, mükellefi tespit eden, vergi tarh eden, tahakkuk ettiren ve tahsil eden dairesidir. ETV bakımından vergi dairesi, sınırları veya mücavir alanı içerisinde elektrik tüketimi yapılan belediyedir.⁸⁶

⁸⁵ "Elektrik ve havagazı tüketim vergisi beyanı, verginin tahsil tarihini takip eden ayın 20 nci günü akşamına kadar yapılması gerektiğinden ve anılan şirket tarafından üretim yapılmayan dönemlerde buna bağlı elektrik üretimi ve tüketimi olmadığından, bu dönemlere ilişkin elektrik ve havagazı tüketim vergisi beyannamesinin verilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, vergi dairesinin mükellef kurum faaliyetlerini sağlıklı olarak takip edebilmesi için adı geçen şirketten üretim faaliyetlerine ara verdiğine ilişkin yazılı bilgi alması uygun olacaktır." 27/03/2009 tarihli ve 33241 sayılı *Özelge, Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/95297>.

⁸⁶ 5828 sayılı 2009 Yılı Merkezi Yönetim Bütçe Kanunu ve akabinde 5917 sayılı Bütçe Kanunlarında Yer Alan Bazı Hükümlerin İlgili Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelere Eklenmesi ile Bazı Kanun ve Kanun Hükümünde Kararnamelere Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanunun 18 inci

Buradaki belediye tabirinden kasıt il, ilçe ve belde belediyeleridir. 5256 sayılı Büyükşehir Belediyesi Kanununda büyükşehir belediyelerine ETV gelirlerinden pay ayrılmadığından, büyükşehir belediyeleri kural olarak vergi alacaklısı değildir.⁸⁷ Bununla birlikte, 5256 sayılı Kanunun 23. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde “büyükşehir belediyesine bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalar içinde tahsil edilecek her türlü belediye vergi, resim ve harçlarının” büyükşehir belediyesinin gelirleri arasında olduğu hükme bağlanmıştır. Bu hükme istinaden, büyükşehir belediyesi bulunan illerdeki ilçe belediyesinin sınırları içinde kalmakla beraber büyükşehir belediyesine bırakılan sosyal ve kültürel tesisler, spor, eğlence ve dinlenme yerleri ile yeşil sahalar içinde tüketilen elektrik enerjisinden doğan ETV gelirlerinin alacaklısının büyükşehir belediyesi olduğu kabul edilmektedir.⁸⁸ Bu istisnaî hüküm dışında, büyükşehir belediyesi bulunan illerde vergi alacaklısı ildeki ilçe belediyeleridir.⁸⁹ Büyükşehir belediyesi bulunmayan diğer illerde ise il, ilçe ve belde belediyelerinin her biri, kendi sınırları ve mücavir alanları içerisinde tüketilen elektrik enerjisi bakımından vergi alacaklısıdır.

maddesiyle 2464 sayılı Kanuna geçici 6. madde olarak eklenen hükümlerle, 1.1.2009 – 31.12.2009 tarihleri arasındaki geçici dönemde ETV gelirleri, belediyelerden alınarak genel bütçeye gelir olarak kaydedilmiştir. Konuya ilişkin olarak bkz. Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliği (Seri No:37), RG. 12.08.2009 S. 27317.

⁸⁷ Ülkü Arıkoğlu, “Türkiye’de Belediyelerin Gelir Yapısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri,” *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 13, no. 33 (2016): 281.

⁸⁸ 16.05.2017 tarihli ve 60224 sayılı Özelge, *Gelir İdaresi Başkanlığı*, Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.gib.gov.tr/node/122958/pdf>.

⁸⁹ Büyükşehir belediyesi kurulan illerde beldelerin tüzel kişiliği kaldırıldığı için buralarda vergi alacaklısı olabilecek bir belde belediyesi bulunmamaktadır.

Güncel verilere göre ülkemizde ETV bakımından vergi dairesi ve vergi alacaklısı olan, 51 il belediyesi, 519'u büyükşehir ilçe belediyesi olmak üzere 922 ilçe belediyesi ve 386 belde belediyesi olmak üzere toplam 1359 belediye vardır.⁹⁰ ETV'de ancak istisnâî hâllerde vergi alacaklısı olan büyükşehir belediyesi sayısı ise 30'dur.⁹¹

Belediye Gelirleri Kanunu Genel Tebliği (Seri No:37) hükümlerine göre, ilgili belediyeler veya valilikler, kendi mülki veya mücavir alan sınırlarındaki değişiklikleri, değişikliğin vuku bulduğu tarihi izleyen 15 gün içinde elektriği tedarik eden kuruluşlara bildirmekle yükümlü kılınmıştır.

B. Sorunlar ve Çözüm Önerileri

Vergiye doğuran olay ve verginin matrah ve oranı hakkında yukarıda ilgili kısımlarda yer alan öneriler çerçevesinde bir değişikliğe gidilirse, bunlarla birlikte Kanundaki verginin beyanı ve ödenmesi hükmünde de değişiklik yapılması gerekecektir.

Verginin doğumu elektrik tüketimine bağlanır ve vergi tutarı da maktu bir biçimde belirlenirse, verginin beyanı ve ödenmesi için tüketiciden tahsil edilmesi şartı da kaldırılmalıdır. Zira verginin tarhının, elektrik tedarik eden kuruluşun vergiyi tüketiciden tahsil etmesine bağlanması, esasen bu kuruluşların lehine bir durum olmakla birlikte, ETV'de verginin yönetimi ve denetiminde bazı sorunlara neden olabilmektedir. Vergi denetim yetkileri sınırlı olan belediyelerin, elektrik tedarik eden kuruluşların vergiyi tüketicilerden tahsil edip etmediklerini denetmeleri çok güçtür. Bu nedenle verginin tarhının, tahsil şartına bağlanmaması uygun olacaktır.

⁹⁰ Bkz. Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>.

⁹¹ Bkz. Erişim Tarihi: Eylül 30, 2019, <https://www.e-icisleri.gov.tr/Anasayfa/MulkiIdariBolumleri.aspx>.

Diğer taraftan elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketiminin vergilendirilebilmesi için buradaki tahsil şartının kaldırılması aynı zamanda bir zorunluluktur. Elektrik tedarik eden kuruluşun öztüketiminde elektrik, bizzat bu kuruluşun kendisi tarafından, örneğin kendisine ait üretim tesisinde üretilerek karşılanmaktadır. Burada elektriği sağlayan ve tüketen aynı şahıs olduğundan, ortada bir satış işlemi bulunmamakta ve dolayısıyla bir tahsil de söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle verginin tarhının tahsil olayına bağlanmaması gerekir.

Burada çözüm olarak, aylık vergilendirme dönemleri öngörülerek, vergilendirme dönemi içerisinde tespiti yapılan tüketim miktarlarına ilişkin beyannamenin, takip eden ay verileceği ve buna ilişkin verginin de aynı süre içerisinde ödeneceği şeklinde bir yöntem izlenebilir. Vergilendirme dönemi içinde tespiti yapılmamış tüketim miktarlarının ise tespitin yapıldığı ayı müteakiben beyan edilmesi öngörülebilir.

Bu noktada, verginin beyanı ve tarhı için tüketim miktarının tespitinin önem taşıdığı görülmektedir. Tüketicilere elektrik tedarik eden kuruluşlar yönünden bu tespit, sayaç okumakla görevli kuruluşlar tarafından kural olarak her ay yapılmaktadır. Ancak sayaç okumaları, ayın herhangi bir gününe denk gelebilmektedir. Bunlar bakımından bazı istisnaî durumlarda sayaç okuma aralığının bir aylık dönemi geçmesi de mümkündür. Elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketimleri bakımından ise yerine göre bunların tespiti de aylık dönemler halinde sayaç okuyan kurumlar tarafından yapılabilmektedir. Ancak öztüketimin tespiti noktasında bazı durumlarda sayaç okumakla görevli kuruluşların sayaç okumak ve tüketim miktarını tespit etmek görevi bulunmamaktadır. Bu nedenle elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketimlerinin sayaç okumakla görevli kuruluş tarafından tespit edilmediği hâllere ilişkin olarak, buradaki tüketim miktarının tespiti işi, elektrik tedarik eden kuruluşun kendisine düşmektedir. Bu son duruma

ilişkin olarak elektrik piyasası mevzuatında bir açıklık bulunmadığından, buradaki tüketim tespitlerinin ne suretle ve hangi dönemler itibarıyla yapılacağına da Kanunda düzenlenmesi uygun olacaktır.

Bu çerçevede konuya ilişkin Kanun hükmünün aşağıdaki şekilde düzenlenebileceği düşünülmektedir.

“Vergilendirme dönemi, beyan ve ödeme

(1) Her bir takvim ayı bir vergilendirme dönemini oluşturur.

(2) Vergi mükellefi, ilgili vergilendirme dönemi içerisinde tespiti yapılan vergiye tâbi tüketim miktarlarına ilişkin vergi beyannamesini, vergilendirme dönemini takip eden ayın yirminci günü akşamına kadar ilgili belediyeye vermekle ve vergiyi aynı sürede ödemekle yükümlüdür.

(3) İlgili vergilendirme dönemi içerisinde tespiti yapılmamış vergiye tâbi tüketim miktarı, tespitin yapıldığı ayı müteakiben verilen beyannamede gösterilir ve buna terettüp eden vergi süresi içerisinde ödenir.

(4) Tüketim miktarının tespitinin sayaç okumakla görevli kuruluşun sorumluluğunda olmadığı durumlarda tüketim miktarı, her ay düzenli olarak vergi mükellefi elektrik tedarik eden kuruluş tarafından tespit edilir ve beyanname buna göre oluşturulur.”

SONUÇ

Belediyeler için önemli bir gelir kaynağı teşkil eden ETV, 26.05.1981 tarihli ve 2464 sayılı Belediye Gelirleri Kanununun 34-39. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Kanunun söz konusu hükümlerinin temel kurgusu, 80’li yıllardaki elektrik piyasasının şartlarını yansıtmaya devam etmektedir. Buna karşılık elektrik piyasası özellikle 2000’li yılların başından itibaren büyük bir dönüşüm geçirmiştir. Elektrik piyasasının geçirdiği bu dönüşüm karşısında Kanunun bazı hükümleri, güncelliğini yitirmiş ve verginin uygulamasında sorun ve tereddütlere yol açar hâle gelmiştir. Bu nedenle Kanun hükümlerinde elektrik piyasasının

geçirdiği dönüşüme uygun olarak bazı değişiklikler yapılması gerektiği düşünülmektedir.

Bu kapsamda öncelikle verginin konusu ve vergiyi doğuran olaya ilişkin hükümler netleştirilmeli, verginin doğumu tereddüde yer bırakmayacak şekilde elektrik tüketimine bağlanmalıdır. Bunun yanı sıra, elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketim amacıyla kendi üretim tesislerinde üreterek veya şebekeden çekerek kullandığı elektrik enerjisinin de aynı şekilde vergiyi doğuran olay teşkil ettiğinin açıkça belirtilmesinde de fayda vardır.

Vergi mükellefi ve sorumlusu bahsine ilişkin olarak, Kanunun uygulamasında sorun oluşturan vergi sorumluluğu müessesesi kaldırılmalı, mevcut durumda vergi sorumlusu sayılan kişilerin vergi mükellefi olduğu düzenlenmelidir. Keza burada yine elektrik tedarik eden kuruluşların öztüketimi olarak tüketilen elektrik bakımından vergi mükellefinin bu kuruluşların kendisi olduğu hususu açıklığa kavuşturulmalıdır. Elektrikli araç şarj istasyonlarıyla ilgili olaraksa vergi tedarik zincirinin önceki aşamalarında tarh edilebildiği sürece, istasyon işletmecileri vergi mükellefi sayılmamalıdır.

Verginin denetimini güçleştiren ve ihtiyaç duyduğu elektrik enerjisini kendi üretim tesisinde üreterek karşılayan kişilerin vergilendirilmesine engel olan Kanunun matrah ve orana ilişkin hükümleri değiştirilmeli, nispî vergi yerine maktu vergi belirlenmelidir. Maktu verginin yeniden değerlendirilmesinde güncellenmesi hüküm altına alınarak verginin uygulamasında paranın değer kaybının olumsuz etkisi giderilmelidir.

Vergi istisnaları konusunda elektrik depolama tesislerinin vergiden müstesna olduğu düzenlenerek olası çifte vergilendirme sorunu önlenmelidir. Bu konuda ayrıca yenilebilir enerji kaynaklarından üretim yapan küçük güçteki üretim tesislerine yönelik bir vergi istisnası tanınarak vergi dairelerinin

çok sayıdaki küçük ölçekli vergi mükellefiyle muhatap olmasının önüne geçilebilir.

Verginin beyanı ve ödenmesine ilişkin olarak da, vergiyi doğuran olayda ve verginin matrahında yapılacak değişiklik doğrultusunda verginin tüketiciden tahsil edilmiş olması şartı kaldırılmalı ve beyanname ve ödemeye ilişkin yükümlülüklerin, belirlenen vergilendirme dönemleri bazında tespit edilen tüketim miktarına göre yerine getirileceği düzenlenmelidir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Albrecht, Matthias. "Kommunale Wegerechte, Konzessionsverträge, Stromnetzübernahmen." İç. *Recht der Energiewirtschaft*, Hrsg. Jens-Peter Schneider, und Christian Theobald, 493-543, 4. Auflage. München: Verlag C. H. Beck, 2013.
- Agun, Bilge Hakan ve Çavdar, Fatih. "Belediyelerde Vergi İnceleme Yetkisi: Olmalı Mı? Bir Öneri." İç. *II. Uluslararası Multidisipliner Çalışmaları Kongresi Bildirimi Tam Metin Kitabı*, 146-155, ed. Haşim Akça, C. 2. Ankara: Akademisyen Kitapevi, 2018.
- Akdoğan, Abdurrahman. *Kamu Maliyesi*, 10. Baskı. Ankara: Gazi Kitapevi, 2005.
- Altınay, Galip. "Elektriğin Ülke Ekonomisindeki Yeri ve Önemi." İç. *Enerji Hukuku-Elektrik Piyasasında Rekabet ve Regülasyon*, 1-31, C. 1. Bursa: Ekin Yayınevi, 2007.
- Arıkboğa, Ülkü. "Türkiye'de Yerel Vergi Yönetimi." *Maliye Dergisi* 168, no. 1 (2015): 1-18.
- Arıkboğa, Ülkü. "Türkiye'de Belediyelerin Gelir Yapısı: Sorunlar ve Çözüm Önerileri." *Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 13, no. 33 (2016): 276-297.
- Ateş, Muhammet Ali. "Elektrikli Araç Şarj İstasyonlarının ve İstasyon İşletmecilerinin Hukukî Statüsü." *Uzman Gözüyle Enerji*, no. 14-15 (2019): 36-40. Erişim Tarihi: Nisan 4, 2020. http://enerjiuzmanlari.org.tr/wp-content/uploads/2020/03/Uzman-Gozuyle-Enerji_14-15.-Sayi_WEB.pdf.
- Boesche, Katharina Vera. "Sind Ladepunkte für Elektrofahrzeuge Letzverbraucher?" *Recht der Energiewirtschaft*, no. 10-11 (2015): 449-454.
- Bongartz, M., Jatzke, H., Schröer-Schallenberg, S. und Wundrack, R. *Kommentar zum Energiesteuerrecht, Energisteuer, Stromsteuer, Zollltarif und Nebengesetze*. München: Verlag Franz Vahlen GmbH, 2019.

- Danner, Wolfgang und Theobald, Christian. *Energierecht. Kommentar, Band 3*. München: Verlag C. H. Beck, 2019.
- Harendt, Bertram und Wolf, Catharina. *Energierechtliche Einordnung der Ladeinfrastruktur für Elektrofahrzeuge*. Information über geplante Änderungen des Energierechts im Jahre 2016, Frankfurt am Main: Begleit- und Wirkungsforschung Schaufenster Elektromobilität Ergebnisrapport 19, 2016.
- Khazzoum, B., Kudla, C. und Reuter, R. *Energie und Steuern, Energie- und Stromsteuerrecht in der Praxis*. Wiesbaden: Gabler Verlag, 2011.
- Laloux, Damián and Rivier, Michel. "Technology and Operation of Electric Power Systems." İç. *Regulation of the Power Sector*, 1-46, ed. Ignacio J. Pérez Arriaga. London: Springer-Verlag, 2013.
- Marmara Belediyeler Birliği. *Belediyelerin Malî Sorunları ve Çözüm Önerileri*. Çalıştay Raporu, İstanbul, 2015. Erişim Tarihi: Kasım 3, 2019.
<http://marmara.gov.tr/UserFiles/Attachments/2017/04/14/7d174b70-19d6-4e93-a8e6-2559cce259d9.pdf>.
- Öncel, Muallâ, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağın. *Vergi Hukuku*, 14. Bası. Ankara: Turhan Kitapevi, 2006.
- Paschotta, Rüdiger. Artikel "Pumpspeicherkraftwerk". İç. *RP-Energie-Lexikon*. Erişim Tarihi: Nisan 3, 2020.
<https://www.energie-lexikon.info/pumpspeicherkraftwerk.html>.
- Sitti, Kenan. "Reaktif Enerjinin Kaynağı ve Şebekeye Etkileri." *Enerji Piyasası Bülteni*, no. 9, (2009): 6-9. Erişim Tarihi: Ocak 2, 2020. http://www.enerjiuzmanlari.org.tr/bulten/Bulten_9.pdf.
- Taylar, Yıldırım. *Vergi Hukukunda Vergiyi Doğuran Olay*. Doktora Tezi. İzmir: 2013.
- Thomas, Henning. *Rechtliche Rahmenbedingungen der Energiespeicher und der Sektorkopplung, EnWG mit*

Strommarktgesetz, EEG 2017 und KWKG 2016. Wiesbaden:
Springer Vieweg, 2017.

Topsakal, Metehan. *Türk Vergi Sisteminde Vergiyi Doğuran Olay*.
Doktora Tezi. İstanbul: 2007.

KİRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ

Transfer of Rental Relationship

Serhat KÜÇÜKÇAPRAZ*

Öz

Kira ilişkisinin devri ilk kez 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan bir kurumdur. Kira ilişkisinin devri TBK m. 205'te düzenlenen sözleşmenin devrinin, kira hukukundaki özel görünümü niteliğindedir. Bu düzenleme tüm kira sözleşmelerine uygulanabilir niteliktedir.

Kira ilişkisinin devrini düzenleyen TBK m. 323'ün uygulanması kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu kira sözleşmeleri açısından 6353 sayılı Kanun ile 8 yıl süreyle ertelenmiştir. Bu erteleme 01.07.2020 tarihi itibari ile bittiği için bu düzenleme kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu kira sözleşmelerinde de uygulanmaya başlanmıştır.

* Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu Enerji Uzmanı, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi, serhatkucukcapraz@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2760-9126.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 28.07.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 07.12.2020.

Atıf/Citation: Küçükçapraz, Serhat. "Kira İlişkisinin Devri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 504-550.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



Biz bu çalışmamızda kira ilişkisinin devrini, sözleşmenin devri kurumuna paralel olarak açıklamaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: Kira Sözleşmesi, Kira Sözleşmesinin Devri, Sözleşmenin Devri, Kiracılık Sıfatının Değişmesi, İş Yeri Kiralarında Sözleşmenin Devri.

Abstract

The transfer of Rental Relationship is an institution that has been firstly regulated by the Turkish Code of Obligations No. 6098. The transfer of rental relationship is a special version of the transfer of contract regulated by the Turkish Code of Obligations article 205. This arrangement can be applicable to all rental contracts.

The implementation of the Turkish Code of Obligations article 323, which regulates the transfer of rental relationship, had been postponed for 8 years by the Law No. 6353 in terms of the rental agreements in which the tenant is considered as a trader in the Turkish Commercial Code and the tenant is private and public-law entity. As the postponement ended by 01/07/2020, this arrangement has been started to be applied in rental contracts in which the tenant is considered as a trader in the Turkish Commercial Code and the tenant is private law and public-law entity.

In this study, we will try to explain the transfer of rental relationship in parallel with the transfer of contract institution.

Keywords: Rental Contract, Transfer of Rental Contract, Transfer of Contract, Transfer of the Title of Tenancy, Alienation of Tenancy Contract in Business Rentals.

GİRİŞ

Türk Borçlar Kanunu m. 323'te kira ilişkisinin devri düzenlenmiştir. 6098 sayılı TBK'da ilk kez kaynak İsviçre Borçlar

Kanunun 263 üncü maddesini esas alınarak düzenlenmiş olan bu hüküm, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Kira ilişkisinin devri, özel borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci bölümde, kiraya ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği dördüncü bölümde düzenlenmiştir. Bu bakımdan TBK m. 323, özel borç ilişkileri kısmında düzenlendiği için diğer borç ilişkilerine uygulanmamakla birlikte konut ve çatılı iş yeri kiralari da dâhil tüm kira sözleşmelerine uygulanacaktır.

Kira ilişkisinin devri TBK m. 205'te yer alan sözleşmenin devrinin özel görünümü niteliğindedir. Kira ilişkisinin devrinde taraflar; kiraya veren, kiracı ve devralan üçüncü kişidir. Kira ilişkisinin devredilebilmesi için gerekli şartlar; mevcut ve geçerli bir kira sözleşmesinin bulunması ve tarafların devir konusunda uygun irade beyanlarıdır. Kiraya veren kural olarak devre onay vermek zorunda değildir. Ancak işyeri kiralalarının devrinde devredilebilirlik kuralıdır. Kira ilişkisinin devri ile birlikte taraf değişikliği gerçekleşecektir.

Bu çalışmada kira ilişkisinin devri kavramı, devir için gerekli şartlar ve devrin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. KIRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ KAVRAMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Kira sözleşmesi Türk Borçlar Kanunu¹ (TBK) m. 299'da "*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde düzenlenmiştir. Kiracı, kira ilişkisinin kurulmasından sonra, kira ilişkisinin sona ermesinden önceki bir zamanda ödeme güçlüğü, faaliyet alanını değiştirmek veya daha fazla iş

¹ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011 tarihinde kabul edilmiştir. 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Kanunun yürürlük tarihi 01.07.2012'dir.

yapacağı bir semtte faaliyet göstermek istemesi gibi nedenlerle kira sözleşmesini sona erdirmek isteyebilir.² Kira ilişkisini devam ettirmek istemeyen kiracı TBK m. 331'e dayanarak haklı sebep göstermek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmeye imkânuna sahiptir. Ancak bu durumlarda haklı sebeple sözleşmenin sona erdirilebilmesi için bu durumların kiracı açısından katlanılamaz sayılması ve kiracının, kiraya verene tazminat ödemesini gerektirmesi dolayısı ile kiracının kira ilişkisinin devrini konu alan TBK m. 323'e başvurması kendisi açısından en elverişli yoldur.³

TBK m. 323'te kira ilişkisinin devri "(1)Kiracı, kiraya verenin yazılı rızasını almadıkça, kira ilişkisini başkasına devredemez. Kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermekten kaçınmaz. (2)Kiraya verenin yazılı rızasıyla kira ilişkisi kendisine devredilen kişi, kira sözleşmesinde kiracının yerine geçer ve devreden kiracı, kiraya verene karşı borçlarından kurtulur. (3)İşyeri kiralarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur." şeklinde düzenlenmiştir. TBK m. 205'te sözleşmenin devri "(1) Sözleşmenin devri sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte tüm hak ve borçlarını devralana geçiren

² Seçkin Topuz ve Ferhat Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri-(Yeni) Türk Borçlar Kanununun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 95 (2011): 97-134, 100; Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 255; Nazlıcan Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri (TBK m. 323)," Yüksek Lisans Tezi, (Marmara Üniversitesi, 2019), 59.

³ Azim Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği Halleri ve Bunlara Bağlı Hukuki Sonuçlar," Yüksek Lisans Tezi, (Gazi Üniversitesi, 2016), 98; Buğra Kaan Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri," Yüksek Lisans Tezi, (İstanbul Medipol Üniversitesi, 2019), 55-57; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 59.

anlaşmadır. (2) Sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan ve sözleşmede kalan diğer tarafça önceden verilen izne dayanan veya sonradan onaylanan anlaşma da, sözleşmenin devri hükümlerine tabidir. (3) Sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlıdır. (4) Kanundan doğan halefiyet halleri ile diğer özel hükümler saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. TBK m. 323'te yer alan kira ilişkisinin devri TBK m. 205'te yer alan sözleşmenin devrinin özel bir görünümüdür.⁴ TBK m. 323 özel borç ilişkilerinin düzenlendiği ikinci bölümde kiraya ilişkin genel hükümlerin düzenlendiği dördüncü bölümde düzenlenmiştir. Bu bakımdan TBK m. 323 özel borç ilişkileri kısmında düzenlendiği için diğer borç ilişkilerine uygulanmamakla birlikte konut ve çatılı iş yeri kiralari da dâhil tüm kira sözleşmelerine uygulanacaktır.⁵ Ayrıca ürün kirasına ilişkin özel hüküm bulunmadıkça, kira sözleşmesine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağına ilişkin TBK m. 358 atfından dolayı genel hükümler kısmında düzenlenen TBK m. 323 ürün kirasına da uygulanabilecektir.⁶ Maddenin uygulama alanı aynı zamanda

⁴ Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 542; Çakıroğlu, “Kira Sözleşmesinin Kiracı,” 52; Nalan Kahveci, “6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk,” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, Özel Sayı (2017): 695-728, 698.

⁵ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 99; Cevdet Yavuz, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 462; Murat İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 531; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 543; Çakıroğlu, “Kira Sözleşmesinin Kiracı,” 53.

⁶ Kahveci, “6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi,” 702; Betül Balcı, “Kira İlişkisinin Devri ve Hukuki Sonuçları,” *Yüksek Lisans Tezi*, (Marmara Üniversitesi, 2019), 71; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 61.

aile konutunun devrinin yapılmasında eşin rızasının gerekliliği gibi özel düzenlemelerle de sınırlıdır.⁷

Kira ilişkisinin devri ile kira sözleşmesinde kiracı değişmektedir. Borçlar hukukumuzda taraf değişikliği halefiyet kurumu ile açıklanmaktadır. TBK’da halefiyet kurumu m. 205’te düzenlenmiştir. TBK m. 323’te düzenlenen kira ilişkisinin devri de TBK m. 205’te düzenlenen sözleşmenin devrinin özel görünümü olduğu için bu düzenlemenin hukuki niteliği de sözleşmenin devri olarak kabul edilmektedir.⁸ Yüksek Mahkemenin bu yöndeki kararına göre, *“Türk Borçlar Kanununun 205 inci maddesine göre: “Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan ve devreden bu sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı ile birlikte bütün hak ve borçlarını devralana geçiren bir anlaşmadır”. Bu tanımdan çıkan hukuki sonuç odur ki, sözleşmenin devredilmesiyle birlikte taraf değişikliği gerçekleşir; yani devreden sözleşmeden doğan taraf olma sıfatı, bütün hak ve borçlarıyla birlikte sözleşmeyi devralana geçer. Sözleşmenin içeriği ise bu devirden etkilenmez. Kira ilişkisinin devrini düzenleyen 323 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının hukuki sonuçları da bundan başka değildir. Şu halde, kira ilişkisinin devri (m. 323), genel bir halefiyet kurumu olan sözleşmenin devrinin (m. 205), özel nitelikte bir uygulamadır.”* şeklinde ifade edilmiştir.⁹

⁷ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 100; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 61.

⁸ Gökhan Çayan, “Sözleşmenin Devri,” Yüksek Lisans Tezi, (Kırıkkale Üniversitesi, 2015), 120; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 73.

⁹ Gaziantep BAM, 3. HD. E.2018/1027 K.2019/228, 07.03.2019; Yargıtay’ın bu konuda vermiş olduğu 2004 tarihli karar için Bkz. Yar. 3. HD. E.2004/9625, K.2004/10945, 14.10.2004. (<https://www.lexpera.com.tr/>); Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 102; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 100; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 50.

II. KIRA İLİŞKİSİNİN DEVRİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. Genel Olarak

Kira ilişkisinin devri sözleşmenin devrinin özel görünümü niteliğinde olduğu için kira ilişkisinin devrinde de üç taraf bulunmaktadır. Sözleşmenin devrinde, sözleşmeyi devreden, sözleşmeyi devralan ve sözleşmede kalan olmak üzere üç taraf vardır. Kira ilişkisinin devrinde de sözleşmeyi devreden kiracı, sözleşmeyi devralan üçüncü kişi ve kira sözleşmesinde kalan kiraya veren bulunmaktadır.

B. Kiraya Veren

Kiraya veren, bir bedel karşılığında bir malın kullanımını devretmeyi üstlenmekte ve kira sözleşmesinin ilk tarafını oluşturmaktadır. Kiraya veren, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir.¹⁰

Kiraya verenin, kira sözleşmesi yapabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Sınırlı ehliyetsizler kendilerini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcilerinin izni olmadan yapamazlar. Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 462/1 b.6'da "*bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmesi yapılması*" halinde vesayet makamının izninin alınması gerektiğine ilişkin düzenleme ile vesayet altındaki kimselerin kira sözleşmesi yapması sınırlandırılmıştır.

Kiraya veren, kira ilişkisinin devrine ilişkin sözleşmenin tarafı olduğu durumda, sözleşme üç taraflı olmaktadır. Kira sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının sonucu olarak kiraya veren, hem alacaklı hem de borçludur. Kira ilişkisinin devredilmesi de taraf sıfatının değişmesini ancak kiraya verenin sözleşmenin tarafı olarak kalmaya devam etmesi

¹⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 50; Eren, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019),314.

sonucunu doğurmaktadır. Bu sebeple kanun koyucu kiraya verenin kira ilişkisinin devri sözleşmesine taraf olmasını veya sonradan kiracı ile üçüncü kişi arasında yapılan devir sözleşmesine onay vermesini geçerlilik şartı olarak düzenlemiştir.¹¹ Kira ilişkisinin devrinde kiraya verenin durumu, borcun naklindeki alacaklının durumu gibidir. TBK m. 195-196 uyarınca borcun naklinin geçerli olabilmesi için borcu üstlenen ile alacaklının anlaşmasına veya borçlu ile borcu üstlenen üçüncü kişinin anlaşmasına alacaklının açık veya örtülü olarak onay vermesi halinde geçerli olacaktır. Kira ilişkisinin devrinde de kiraya verenin kira ilişkisinin devri hususunda kiracı ve devralan üçüncü kişi ile anlaşması ya da kiracı ile devralan üçüncü kişi arasındaki anlaşmaya onay vermesi gerekmektedir. Burada kiraya verenin onayı kiracı sıfatının değişmesini sağlayan yenilik doğurucu etkiye sahiptir.¹²

C. Devreden Kiracı

Kiracı, kira sözleşmesinde bedel ödemeyi üstlenen sözleşme tarafıdır. Kiracı gerçek veya tüzel kişi olabileceği gibi birden çok kimse de olabilir.¹³ Bir kimsenin, kira sözleşmesi yaparak kiracı olabilmesi için fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Sınırlı ehliyetsizler kendilerini borç altına sokan işlemleri yasal temsilcilerinin izni olmadan yapamazlar. Bu açıdan sınırlı ehliyetsiz olan bir kimse kira sözleşmesi yaparsa yasal temsilcisinin iznini alması gereklidir. Türk Medeni

¹¹ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 466; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 554; Mehmet Deniz Yener, *Kira Sözleşmesi ve Özellikle 6098 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler* (İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2018), 55.

¹² Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 464; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 64; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

¹³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 69; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 15; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 314.

Kanunu(TMK) m. 462/1 b.6'da yer alan kısıtlama sebebiyle vesayet altındaki kimselerin kira sözleşmesi yapması da sınırlandırılmıştır.¹⁴

D. Kiralananın Aile Konutu Olması Durumunda

Aile konutunu düzenleyen TMK m. 194'te aile konutu kavramı tanımlanmamıştır. Doktrinde aile konutu, eşlerin, evlilik birliğini sürdürme ve oturma ihtiyacını karşılama amacıyla edindikleri ve üçüncü kişilere karşı, evlilik birliğinin konumu olarak gösterdikleri yer olarak tanımlanmıştır.¹⁵ Yargıtay bir kararında aile konutunu kanun gerekçesini de esas alarak, eşlerin yaşam faaliyetlerinin bütününe gerçekleştirdiği, bu çerçevede hayatına yön verdiği, tatlı ve acı zamanlarını geçirdiği, anılarla dolu mekân olarak tanımlanmıştır.¹⁶ Bir yerin aile konutu olarak nitelendirilebilmesi için konut olarak kullanılmaya elverişli olması, yasal olarak evli olan eşlerin burada yaşaması, eşlerin ortak irade ile seçtikleri, aile yaşamının yoğunlaştığı, eşlerce hukuka uygun olarak kullanılan bir konut olması gerekmektedir.¹⁷ Konut olarak kullanılmaya elverişli taşınır yapılar da aile konutu olabilir. Ancak eşlerin birden fazla

¹⁴ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 42; İncooğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 68; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 15.

¹⁵ Mehmet Erdem, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 219; Gökçen Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," Yüksek Lisans Tezi, (Ankara Üniversitesi, 2005), 20.

¹⁶ Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014), 121; Mehmet Celal Uzunkaya, "Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilebilecek Hukuki İşlemler ve Aile Konutu Şerhi," Yüksek Lisans Tezi, (Hacettepe Üniversitesi, 2018), 24; Yar. HGK. E.2006/591, K.2006/624, 04.10.2006. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

¹⁷ Akıntürk ve Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 121; Uzunkaya, *Aile Konutu*, 28-34.

konutu olsa bile tek bir aile konutu olmak zorundadır.¹⁸ Bir konutun aile konutu olabilmesi için konutun eşlerden birinin mülkiyetinde olması gerekmez. Kira sözleşmesi ile kullanılan bir konutun da aile konutu olabilmesi mümkündür.¹⁹

Aile konutuna ilişkin düzenleme TMK m. 194'te "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. (2) Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. (3) Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir. (4) Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur." şeklinde düzenlenmiştir.

TMK m. 194'te aile konutuna ilişkin işlemler, eşleri koruyucu şekilde düzenlenmiştir. Madde hükmü emredici nitelikte olduğu için taraflarca değiştirilemez.²⁰ TMK m. 194'ten çıkan sonuca göre aile konutu eşlerden sadece birisine ait olsa da, o eş, diğer eşin rızasını almadan aile konutunu devredemez, kira sözleşmesi ile aile konutu edinilmişse kira sözleşmesini feshedemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Kanunda devredemez ifadesi kullanılsa da bu ifadenin amaçsal yorumundan devir borcu doğuran işlemlerin de bu kapsama girdiği kabul edilmelidir.²¹

¹⁸ Erdem, *Aile Hukuku*, 221; Aksi görüş ve tartışmalar için Bkz. Uzunkaya, *Aile Konutu*, 34-39.

¹⁹ Erdem, *Aile Hukuku*, 222; Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," 23.

²⁰ Erdem, *Aile Hukuku*, 223; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 61; Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," 30.

²¹ Erdem, *Aile Hukuku*, 223.

TBK m. 349'da aile konutuna ilişkin olarak, "(1) Aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanmış taşınmazlarda kiracı, eşin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. (2) Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracı, hâkimden bu konuda bir karar verilmesini isteyebilir. (3) Kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması halinde kiraya veren, fesih bildirimini ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşini ayrı ayrı bildirmek zorundadır." Şeklinde düzenleme yapılmıştır.

Aile konutuna ilişkin TMK m. 194 ve TBK m. 349 birlikte değerlendirildiğinde, aile konutunun maliki olan eşin, kanunda sınırlanan işlemleri yapabilmesi için diğer eşin rızasına ihtiyaç duyması, malik olan ya da kira sözleşmesinin tarafı olan eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması olarak kabul edilir.²² Aile konutu, kira sözleşmesi ile kullanılmakta ise sözleşme tarafı olan eş tek başına sözleşmeyi feshedemez, sözleşmenin sona ermesine sebep olacak işlemlerde bu kapsamda değerlendirilmelidir. Kira ilişkisinin devredilmesi de kira sözleşmesini kiracı açısından sona erdireceği için diğer eşin rızası alınmalıdır.²³ Sözleşmenin tarafı olmayan ya da malik olmayan eşin kira ilişkisinin devrine vereceği rıza için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir.²⁴

Kira ilişkisinin devrine ilişkin eşin rıza vermekten kaçınma hakkı ancak haklı sebep durumunda söz konusu olacaktır. Aksi halde kiracı olan ya da malik olan eş TBK m. 349/2 gereği hâkimden bu konuda bir karar verilmesi talep edebilir.²⁵

²² Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," 45.

²³ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 99 ff.; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 61.

²⁴ Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 90; Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," 49.

²⁵ Akıntürk ve Karaman, *Türk Medeni Hukuku*, 122; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 326.

Kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşe TBK m. 349/3 ve TMK m. 194/4'te bildirimde bulunarak sözleşme tarafı olma imkânı getirilmiştir. Bu durumda kira ilişkisinin devrine ilişkin olarak aile konutu olmasına bakılmaksızın diğer eşin rızası devir sözleşmesinin tarafı olması sebebiyle aranacaktır.²⁶

Eşlerin boşanması halinde, kiralanan aile konutu vasfını yitirecektir. Ancak kiracı sıfatına haiz olmayan eşin aile konutunda kalmak istemesi halinde kiraya veren buna itiraz edemeyecektir.²⁷ Ancak bu durumda kiracı sıfatına sahip olmayan eş, kira ilişkisinin tarafı değildir. Kira ilişkisinin devrinde Yargıtay sorunu *"Eşler konutta kira ile oturuyorlarsa hâkim, gerektiğinde konutta kiracı sıfatı taşımayan eşin kalmasına karar verebilir. Bu durumda, kiralayanın sözleşmeden doğan haklarını güvenceye almak için gerekli düzenleme yapılmasına iptal veya boşanma kararıyla birlikte resen karar verilir."* şeklindedir. TMK m. 254/4 hükmünü kıyasen uygulayarak çözmektedir. Kira ilişkisinin devrinde de kiracı bakımından yapılacak değişiklik hâkim kararı ile meydana gelecektir.²⁸

E. Devralan Üçüncü Kişi

Kira ilişkisinin devri sözleşmesinde taraflardan kira sözleşmesinde kiracının yerine geçecek olan tarafa devralan üçüncü kişi denilmektedir. Devralan üçüncü kişinin de fiil ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Kiraya veren ve kiracı açısından söylenen fiil ehliyetine ilişkin kısıtlamalar devralan üçüncü kişi açısından da geçerlidir.

²⁶ Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 90.

²⁷ Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 91; Türker, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu," 70.

²⁸ Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 91.

III. KIRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Kira ilişkisinin devrinin sözleşmenin devrinin özel görünümü olmasının sonucu olarak sözleşmenin devrinde aranan şartlar kira ilişkisinin devri için de aranır. Bu şartlar mevcut ve geçerli bir sözleşmenin bulunması ve tarafların devir konusunda uygun irade beyanlarını açıklamalarıdır.²⁹

B. Mevcut ve Geçerli Bir Kira Sözleşmesinin Bulunması

Sözleşmenin devrinin yapılabilmesi için devre konu geçerli bir sözleşme olmalıdır.³⁰ Kira sözleşmesinin devrinin yapılabilmesi için de devirden önce yapılmış bir kira sözleşmesi olmalıdır.³¹ Ayrıca devre konu olacak sözleşmenin sona ermemiş ve geçerli olması gerekir.³² TBK m. 27’de düzenlenen kanuna, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşmeler devre konu olmazlar. Askıda geçersiz olan sözleşmelerin devri de mümkündür. Ancak devir

²⁹ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 27-31; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 64; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 25-34.

³⁰ Zeynep Bahadır, “Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 3 (2013): 1-28, 14; Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Vedat Kitapçılık, 2018), 305; Çakıroğlu, “Kira Sözleşmesinin Kiracı,” 12; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 25.

³¹ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 103; Canan Ruhi ve Ahmet Cemal Ruhi, *Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 71; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 543.

³² Yasemin (Erol) Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2017), 154; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 543; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 82; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 372; Çakıroğlu, *Kira Sözleşmesinin Kiracı*, 62; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 73.

işleminin geçerliliği sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. Geçerli olmayan kira ilişkisinin devri sözleşmesi, kira sözleşmesini geçerli hale getirmez ve devir işlemi de geçersiz olur.³³ Sözleşmenin varlığına ve geçerli olduğuna ilişkin üçüncü kişinin iyiniyetle güveni korunmaz. Kira sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması durumunda da sözleşmenin devri mümkündür.³⁴ Esasen şerh kiracıyı korumaya yöneliktir. Henüz var olmayan sözleşmeler daha sonradan kurulacak da olsa devredilemezler.³⁵ TBK m. 49 uyarınca ortaya çıkan haksız fiilden doğan borçlar ve TBK m. 77 uyarınca sebepsiz zenginleşmeden doğan borçlar da sözleşmenin devrine konu olamaz.³⁶

Sözleşmenin devri işlemi, sözleşmede kalan taraf olan kiraya veren ile sözleşmeden doğan hak ve borçlarını devreden kiracı açısından tasarruf işlemidir.³⁷ Kira ilişkisinin devrinin bir tasarruf işlemi olarak kabul edilmesinin sonucu olarak bu işlemi yapacak tarafların fiil ehliyetine sahip olması gereklidir. Sınırlı ehliyetsizlerin kira ilişkisini devredebilmesi için kanuni temsilcilerinin izin vermesi gereklidir. Tam ehliyetsizlerin kira ilişkisinin tarafı olması durumunda kira ilişkisini devredebilmeleri mümkün değildir. Geçersiz olan veya

³³ Bahadır, "Sözleşmenin Devri," 15; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 82; Nihat Yavuz, *Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 374.

³⁴ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 463; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 73.

³⁵ Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 63; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 26.

³⁶ Berna Öztürk, "Sözleşmenin Devri," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 125 (2016): 263-296, 269.

³⁷ Bahadır, "Sözleşmenin Devri," 5.

doğmamış olan hak ve borçların devir işlemi ile tasarrufu söz konusu olamaz.³⁸

C. Tarafların Uygun İrade Beyanları

Sözleşmenin devri, sözleşmede kalan taraf, sözleşmeyi devralan taraf ve sözleşmeyi devreden tarafın hukuki durumlarının değişmesine sebebiyet verdiği için tüm bu tarafların sözleşmenin devri konusunda anlaşması TBK m. 205'in gereğidir.³⁹ Tüm bu sebeplerle sözleşmenin devrinden ekonomik ve hukuki durumu etkilenen tarafların devir konusunda anlaşmış olması gerekir.⁴⁰ Kira ilişkisinin devri kiracı, devralan üçüncü kişi ve kiraya veren arasında yapılan üç taraflı devir sözleşmesi ile olabileceği gibi kiracı ve devralan üçüncü kişi arasındaki devir sözleşmesine kiraya verenin önceden veya sonradan vereceği yazılı onayı ile de olabilir.⁴¹

1. Üç Taraflı Anlaşmayla Kira İlişkisinin Devri

Sözleşmenin devri için 3 tarafın rızası gerekmektedir. TBK m. 323/1'de devir sözleşmesine kiraya verenin yazılı onayından bahsedilse de kiraya verenin devir sözleşmesinde taraf olmasına engel bir durum yoktur.⁴² TBK m. 205/2'den de açıkça anlaşılacağı üzere kiraya verenin devir sözleşmesinin tarafı olması zorunlu değildir.⁴³

³⁸ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 103; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 102.

³⁹ Öztürk, "Sözleşmenin Devri," 271; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 82; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 30.

⁴⁰ Bahadır, "Sözleşmenin Devri," 16; Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 103-104; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 82.

⁴¹ Yener, Kira Sözleşmesi, 54; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 64-65.

⁴² Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 104; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 533; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 543; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 65.

⁴³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 532.

2. Kiracı ve Üçüncü Kişi Tarafından Yapılan Anlaşmaya Kiraya Veren Onay Vermesi

Kira ilişkisinin devri tasarruf işlemi olduğu için kiracı borçlarını üçüncü kişiye devretmekte, üçüncü kişi de borcu üstlenmektedir. Hukukumuzda borcun nakli TBK m. 195 ila 204 üncü maddeler arasında düzenlenmiştir. TBK m. 195'te iç üstlenme sözleşmesi, *"Borçlu ile iç üstlenme sözleşmesi yapan kişi, borcu bizzat ifa ederek veya alacaklının rızasıyla borcu üstlenerek, borçluyu borcundan kurtarma yükümlülüğü altına girmiş olur."* TBK m. 196'da dış üstlenme sözleşmesi ise *"Borçlunun yerine yenisinin geçmesi ve borcundan kurtarılması, borcu üstlenen ile alacaklı arasında yapılacak sözleşmeyle olur."* şeklinde düzenlenmiştir. TBK m. 196/3'te *"Alacaklının kabulü açık veya örtülü olabilir. Alacaklı, çekince ileri sürmeksizin üstlenenin ifasını kabul eder veya onun borçlu sıfatı ile yaptığı diğer herhangi bir işleme rıza gösterirse, borcun üstlenilmesi kabul edilmiş olur."* şeklinde düzenleme yapılarak alacaklının borcun nakline onay vermesi düzenlenmiştir. Kira ilişkisinin devri de borcun nakli düzenlemesine benzer bir düzenlemedir. Kira sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından dolayı kiracı da borçlu sıfatına haizdir. Kira ilişkisinin devrinde kiracı sıfatı dolayısı ile borçlu sıfatı değişmektedir. Kira ilişkisinin devrinin geçerli olması için aranan onay, borcun naklinde aranan onay ile oldukça benzerdir. Kira ilişkisinin devrinde de onay açık veya örtülü olabilir.

Sözleşmenin devrinde tarafların bir araya gelerek anlaşması dışında diğer bir yol kiracı ile 3. Kişi arasındaki sözleşmeye kiraya veren onay vermesidir.⁴⁴ Her iki yolda da amaç kiraya

⁴⁴ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 104; Efrail Aydemir, *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 61; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 84; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 31.

verenin rızasının aranarak korunmasıdır.⁴⁵ Kiraya verenin onayının niteliği konusunda doktrinde yenilik doğuran hak olduğunu savunanlar vardır.⁴⁶ Ancak yenilik doğuran hakların tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurması, kira ilişkisinin devrinde ise mevcut bir sözleşmeye onay veriliyor olması dolayısı ile bu görüşe katılmıyoruz.⁴⁷ Bu konuda kiraya verenin onayının kira ilişkisinin devri sözleşmesinin tamamlayıcı unsuru olduğu yönündeki görüşe katılmaktayız.⁴⁸ Yapılan anlaşmaya onay verilmek suretiyle rızanın gösterilmesi durumunda bir yanda kiracı diğer yanda üçüncü kişi kira ilişkisinin devrine ilişkin sözleşme yaparlar. Ancak bu sözleşmede kiraya veren, taraf olmadığı için sözleşme kiraya vereni bağlamaz.⁴⁹ Bu durumda yapılan devir sözleşmesi kiraya verenin onayı alınana kadar askıda geçersizdir.⁵⁰

Yargıtay bir kararında kiraya verenin yazılı onayı olmaksızın yapılan kira ilişkisinin haciz yoluyla satılması işlemi hakkında *“Kira ilişkisinin devri ... Kanununun 323. maddesinde düzenlenmiş olup, kiracının kira ilişkisini başkasına devredebilmesi kiraya verenin yazılı iznine tabi tutulmuştur. ... Somut olayda, kiraya veren ve kiracının rızası olmadığından kira ilişkisinin rızai devri söz konusu değildir. ... Kural olarak borçlunun tüm alacak ve haklarının haczi mümkündür. Ancak kira sözleşmesi ile taraflar arasında nispi*

⁴⁵ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 105; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 83; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

⁴⁶ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 464; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 64; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

⁴⁷ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 105; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 534; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 99.

⁴⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 534; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 76.

⁴⁹ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 105; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 103.

⁵⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 551; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 84; Öncü, “Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği,” 104.

hakka dayalı bir ilişki söz konusu olup kira sözleşmesinde borç sadece taraflar yönünden sonuç doğurur. Bu durumda kiracının sözleşme ile sahip olduğu kiralananı kullanma hakkı, ekonomik bir değeri olan, alım-satıma konu olacak, kiraya verenden bağımsız olarak tasarruf edebileceği bir hak niteliğinde değildir. Bu nedenle haczedilmesi, satılması yoluyla kira ilişkisi devredilemeyecektir.” şeklinde karar vererek hem kira ilişkisinin nispi bir hak olması dolayısı ile hacze konu olmayacağını hem de kiraya verenin yazılı onayı olmadan devrin gerçekleşmeyeceğini açıkça belirtmiştir.⁵¹ Yargıtay bir kararında; kiracının, kira ilişkisini, üçüncü kişiye devretmesi ancak kiraya verenin buna onay vermemekle birlikte kira bedelinin üçüncü kişi tarafından ödenmesine de itiraz etmemesinin yazılı onay olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir.⁵² Dolayısı ile kira bedeli devralan üçüncü kişi tarafından ödense de kiracının sorumluluktan kurtulabilmesi için kiraya verenin devir sözleşmesine onay vermesi gerektiği söylenebilir. Ancak kiraya verenin geçersizliği ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımını da teşkil etmemelidir.⁵³

Kira ilişkisinin devrine onay verecek olan kimse kiraya verendir. Kiraya verene onay için talepte bulunacak olan kimse ise kiracıdır. Kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişi böyle bir talepte bulunamaz.⁵⁴ Kiraya verenin kiralananın maliki

⁵¹ Yar. 3. HD. E.2017/5457, K.2019/7562, 08.10.2019. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁵² Yar. 3. HD. E.2017/9121, K.2019/5470, 17.06.2019. (<https://www.lexpera.com.tr/>); Benzer yöndeki karar için Bkz. Yar. 3. HD. E.2017/5282, K.2017/16600, 28.11.2017. (<https://www.lexpera.com.tr/>).

⁵³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 564; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

⁵⁴ Topuz ve Canbolat, “Kira İlişkisinin Devri,” 106; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 543; Ruhi ve Ruhi, *Türk Borçlar Kanununa*, 71; Yavuz, *Yeni TBK*, 375.

olmasına gerek yoktur.⁵⁵ Ayrıca kiraya verenin birden fazla kişiden oluşması durumunda tüm tarafların kira ilişkisinin devrine onay vermesi gerekmektedir.⁵⁶

Onayın verilme zamanına ilişkin olarak TBK m. 323 hükmünde herhangi bir düzenleme bulunmadığı için somut olayın şartlarına göre dürüstlük kuralına da uygun olarak makul bir cevap verme süresi belirlenmekte, bu süre içerisinde kiraya verenin sessiz kalması halinde onay vermekten kaçındığı kabul edilmektedir.⁵⁷ Onay verilene kadar askıda olan devir sözleşmesi hüküm ve sonuçlarını doğurmamaktadır.⁵⁸ Onay, "izin" şeklinde ileriye etkili olarak verilebileceği gibi, "icazet" şeklinde geçmişe etkili olarak da verilebilmektedir.⁵⁹

Hukukumuzda TBK m. 12'de şekil serbestisi kuralı düzenlenmiştir. Şekil serbestisi kuralı sözleşmenin devri için de geçerli olsa da TBK m. 205/3'te sözleşmenin devrinin geçerliliği devredilen sözleşmenin geçerliliğine tabi kılınarak bu konuda bir sınırlama yapılmıştır.⁶⁰ Kira sözleşmelerinin devrinde onayın şekline ilişkin olarak TBK m. 323/1'de, kira ilişkisinin devrinin

⁵⁵ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 106; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 18; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 155; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 84.

⁵⁶ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 106; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 85; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 84.

⁵⁷ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 464; Yavuz, *Yeni TBK*, 375-376; Yener, *Kira Sözleşmesi*, 55; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 89.

⁵⁸ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 106; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 86; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 75.

⁵⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 106; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 467; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 156; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 86; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 75.

⁶⁰ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 107; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 76; Öztürk, "Sözleşmenin Devri," 272; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 156.

geçerliliği kiraya verenin yazılı onayının bulunması şartına bağlanarak TBK m. 205'ten daha sıkı düzenlenmiştir. Kira sözleşmesi ya da kira ilişkisinin devrine ilişkin taraflarca herhangi bir şekil şartı öngörülme bile, kiraya verenin kira ilişkisinin devrine vereceği onay yazılı şekilde olmalıdır.⁶¹ Kira sözleşmesinin veya devir sözleşmesinin sözlü olarak yapılması durumlarında bile kiraya verenin devre ilişkin onayının yazılı şekilde olması gerekmektedir.⁶² Kiraya verenin yazılı onayı olmasına rağmen devir sözleşmesinin şeklinin kira sözleşmesinin şeklinden farklı olması durumunda devir sözleşmesinin geçersizliğinin kiraya verene karşı ileri sürülememesi gerekir. Örneğin, kira sözleşmesi noterde yapılmış, devir sözleşmesinin de TBK m. 205/3 gereği noterde yapılması gerekirken taraflar devir sözleşmesini yazılı olarak yaparsa, devir sözleşmesi şekil şartına aykırılıktan geçersiz olacaktır. Ancak bu durumda devre yazılı onay veren kiraya verene karşı bu devrin geçersizliği ileri sürülemez.⁶³

Kiraya verenin kira ilişkisinin devrinde aranan yazıllık onayının geçerlilik mi ispat mı şekli olduğu tartışma konusu olmuştur. Doktrinde onayın yazılı yapılmasının ispat şartı olduğunu savunan görüşe göre, yazıllık şartının getirilme sebebi sadece kanıtların belirlenmesi kolaylığı sağlanması içindir.⁶⁴ Bizim katıldığımız görüşe göre ise, yazıllık şartının emredici olarak düzenlenmesinden ve TBK m. 12'deki genel

⁶¹ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 541; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 86.

⁶² Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 107; Balci, "Kira İlişkisinin Devri," 87.

⁶³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 566.

⁶⁴ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 108; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 269; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 541; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 155; Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Özel*, 255.

şekil kuralından ayrılmasından dolayı geçerlilik şartı olduğu yönündedir.⁶⁵ TBK m. 323'te getirilen yazılılık şartı taraflarca hafifletilemez. Aksi durumda kanunda öngörülen yazılılık şekline uygun olmayan onay geçersiz olur, yapılan devir sözleşmesi hüküm ve sonuç doğurmaz.⁶⁶

Sözleşme serbestisi ilkesi gereği kiraya veren, sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, kiraya verenin sözleşmenin karşı tarafını seçmedeki özgürlüğüne de müdahale edilememektedir.⁶⁷ Dolayısıyla kiraya veren kira ilişkisinin devrine ilişkin sözleşmeyi açıkça reddedebileceği gibi, onay talebini makul süre içinde cevaplandırmayıp zımnen reddetmiş sayılır.⁶⁸ Ancak TBK m. 323 hükmü işyeri kiraları açısından bu konuda bir istisna getirmiştir. Buna göre, "*kiraya verenin işyeri kiralarında haklı bir sebep bulunmaksızın onay vermekten kaçınamayacağı*" şeklinde düzenleme yapılmıştır. Kiraya verenin bu düzenleme ile sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü sınırlamış olması isabetsizdir. Çatılı iş yeri kiralarında kiraya verenin sözleşmeyi sona erdirme imkânının oldukça sınırlı olmakla birlikte, kira bedelinde yapılacak olan artış da TBK m. 344 ile sınırlandırılmıştır. Tüm bunlarla birlikte iş yeri kiralarında kiraya verene kira ilişkisinin devrine haklı sebep olmaksızın onay verme zorunluluğunun getirilmiş ve devredilen kira ilişkisindeki kira bedeli hususunda müzakere etme hakkı da tanınmamıştır. Teminatlar konusunda da üçüncü kişilerin vermiş olduğu teminatlar, sözleşmenin devri ile ya da

⁶⁵ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 550; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

⁶⁶ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 108; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 466; Yavuz, *Yeni TBK*, 374; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 87-88.

⁶⁷ Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 121; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 703; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 306.

⁶⁸ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 108; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 88.

en geç devreden kiracının sorumluluğunun sona erme süresi olan 2 yılın sonunda sona erecek ve kiraya veren teminatlardan da olacaktır. Tüm bunlar değerlendirildiğinde hükmün adaletsizliğini oldukça açıktır.⁶⁹

Kiraya verenin kira ilişkisinin devrine devre onay vermemesi durumunda kira sözleşmesinin tarafları değişmemekte, kiracı kira sözleşmesinin tarafı olarak kalmaya devam etmektedir. Geçersiz olan devre rağmen üçüncü kişinin kiralananı kullanması kiracının kira sözleşmesine aykırılıktan dolayı sorumlu tutulmasına sebep olur.⁷⁰ Bu durum aynı zamanda özen borcuna aykırılık da teşkil edeceğinden kiraya verenin TBK m. 316 uyarınca sözleşmeyi feshedip tazminat isteme hakkı vardır.⁷¹

3. İş Yeri Kiralarında Kira İlişkisinin Devri

TBK m. 323 konut ve çatılı iş yeri kiralaları da dâhil tüm kira sözleşmelerine uygulanabilir nitelikte genel bir hükümdür. İşyeri kavramı, kiralananın kiracı tarafından ekonomik olarak faaliyetlerini veya mesleğini icra ettiği yerdir. İşyeri kavramına işlerin yürütüldüğü merkez, depo, atölye ve satış ofisi gibi mekânlar da dâhildir.⁷² Madde hükmünde çatılı işyerinden değil de sadece işyerinden bahsedilmiştir. Düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere üstü örtülü olmayan arsa niteliğindeki

⁶⁹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 536; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 65-66.

⁷⁰ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 115; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 551; Necat Kurak, *Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 402; Balci, "Kira İlişkisinin Devri," 89; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 89.

⁷¹ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 466; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 563.

⁷² İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 538; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 77-78.

taşınmazlar da TBK m. 323'ün kapsamındadır.⁷³ Bununla birlikte TBK m. 323'te iş yeri kiralari diğer kira sözleşmelerinden ve sözleşmenin devrinden, haklı sebep olmaksızın kiraya verenin devre onay verme zorunluluğu bakımından ayrılmıştır.⁷⁴ İş yeri kiralari bakımından, diğer kira sözleşmeleri bakımından devredilemez olma kuralı, devredilebilirlik olarak değiştirilmiştir.⁷⁵ Bunun sebebi işyeri kiralarının bir bütün halinde devrinde kiracının, emek ve çabası sonucunda ortaya çıkan değer artışı sebebiyle menfaatinin bulunmasıdır.⁷⁶

Kiraya verenin, kira ilişkisinin devrine haklı sebep göstermeden onay vermektan kaçınabilmesinin tek istisnası işyeri kiralarının devridir.⁷⁷ İşyeri kiralarında, kiraya veren ancak haklı sebebinin bulunduğunu ileri sürerek kira ilişkisinin devrine rıza göstermeyebilir.⁷⁸ TBK m. 323'te bu durum "kiraya veren, işyeri kiralarında haklı sebep olmadıkça bu rızayı vermektan kaçmamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden çıkan sonuç kiraya verenin işyeri kiralarında kural olarak kira ilişkisinin devrine onay vermek durumunda olmasıdır.⁷⁹

⁷³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 539; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 77; Ahmet Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi," *Ankara Barosu Dergisi* 73, no. 1 (2015): 341-369, 347.

⁷⁴ Çayan, "Sözleşmenin Devri," 121; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 90.

⁷⁵ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 465; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 534; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 77.

⁷⁶ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 700.

⁷⁷ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 542; Mehmet Remzi ve Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 172.

⁷⁸ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 109; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 81-82.

⁷⁹ Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 110; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 90.

Kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermekten hangi sebeplerle kaçınabileceği TBK m. 323 hükmünde açıkça düzenlenmemiştir. İşyeri kiralarında, kiraya verenin devre onay vermemesinde haklı sebep olarak öne sürdüğü gerekçeler objektif sebepler olabildiği gibi yalnızca kiraya verenin şahsından kaynaklanan sebepler de olabilir.⁸⁰ Doktrinde, kiraya verenin sözleşmenin karşı tarafını seçebilme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olduğu için haklı sebep kavramının, kiraya veren aleyhine adaletsizliğe yol açmamak adına geniş yorumlanması gerektiği şeklindeki görüşe katılmaktayız.⁸¹

Haklı sebepler kiralanan yerin ve kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişinin özellikleri dikkate alınarak belirlenir.⁸² Kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermemesinin haklılığı dürüstlük kuralına göre somut olay açısından değerlendirilmelidir.⁸³ Doktrinde haklı sebep sayılan olayları belirlemek için örnek mahiyetinde bir takım kriterler belirlenmiştir.⁸⁴ Bunlardan bazıları aşağıda yer aldığı gibidir;

- Kiraya verenin, ekonomik olarak güvendiği için kira ilişkisini kurduğu kişiden ekonomik olarak daha zor durumda olan bir kişiye kira ilişkisinin devredilmesine onay vermesi beklenemez.⁸⁵ Bu sebeple kira ilişkisinin

⁸⁰ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel*, 269; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 93.

⁸¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 540; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 111.

⁸² Yavuz, *Yeni TBK*, 376; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 82.

⁸³ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 109; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 465; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 540; Öztürk, "Sözleşmenin Devri," 281; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 92; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 82.

⁸⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 540; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 111-112.

⁸⁵ Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel*, 270; Yavuz, *Yeni TBK*, 376; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 93; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

devrinde üçüncü kişinin ekonomik durumu haklı sebep olarak değerlendirilebilir.⁸⁶ Bu duruma örnek olarak, bankalar nezdinde itibarını yitirmiş birisinin kira ilişkisini devralmak istemesine kiraya verenin onay vermemesi gösterilebilir.

- Devralan kiracının ekonomik gücü devreden kiracıdan daha iyi olsa bile kiraya veren devralan kiracının daha az tanınması, müşteri çevresinin daha az olması durumunda, ciro üzerinden anlaşılan kiralarda kiraya verenin, kira ilişkisinin devrine onay vermemesi için haklı sebep teşkil edebilir.⁸⁷
- Kira ilişkisi devredilen üçüncü kişinin, kiralananı kullanma amacı ve dolayısı ile yapısını değiştirecek olması veya kiralananın daha yoğun kullanılacak olması durumunda kiraya verenin bu devre onay vermemesi haklı sebep olarak görülebilir.⁸⁸ Bu durumun haklı sebep olarak nitelendirilebilmesi için kiralananın kullanım amacının önemli ölçüde değişmesi gerekir.⁸⁹ Bu duruma, dış hekimisi olarak kullanılacak yerin atölyeye çevrilmesinde kiraya verenin kiralananı dış hekimliğine uygun olarak tasarlatmış olması ve bu şekilde kullanılmasının kendisi açısından ekonomik önem arz etmesi örnek verilebilir.

⁸⁶ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 110; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 112; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 307.

⁸⁷ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 541; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 94; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 82.

⁸⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 542-543; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 157; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 307; Yavuz, *Yeni TBK*, 376.

⁸⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 110; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 112; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 94; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 82.

- Kiralananın kullanılması özel bilgi ve tecrübe gerektirmesi ve kira ilişkisini devralan üçüncü kişinin bu bilgi ve tecrübeye sahip olmaması kiraya verenin devre onay vermemesi için haklı sebep olarak değerlendirilebilir.⁹⁰ Ayrıca devralan üçüncü kişinin kötü üne sahip olması da devre onay verilmemesine haklı sebep teşkil edebilir.⁹¹ Bu duruma avukat bürosu olarak kullanılan yerin avukat olmayan veya piyasada terör avukatı olarak nam salmış birisine devrine kiraya verenin onay vermemesi örnek gösterilebilir.
- Kiraya veren kira sözleşmesi kurulurken herhangi bir sebeple kiracıya normalden daha fazla olanak sağlamışsa bu durumda, kira ilişkisinin devrine onay vermemesi haklı sebep olarak değerlendirilebilir.⁹²
- Kira ilişkisinin devrinden kiracı bir maddi menfaat sağlamışsa bu durumda da TBK m. 323'ün amacı aşılmış olacağı için kiraya verenin devre onay vermemesi haklı sebep olarak değerlendirilebilir. Uygulamada bu durum özellikle kiracının yeni kiracıdan hava parası alması şeklinde gerçekleşmektedir. Kiraya verenin, kiracının hava parası almasından haberi olması durumunda devre onay vermeyi reddetmesi haklı sebep olarak kabul edilmektedir.⁹³

⁹⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 543; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹¹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 110; Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel*, 270; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 112; Yavuz, *Yeni TBK*, 376; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 95; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹² Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 110; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 545; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 112; Yavuz, *Yeni TBK*, 376; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 96; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹³ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 111; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 546; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 113; Yavuz, *Yeni TBK*, 376;

- Kira ilişkisini devretmek isteyen kiracı üçüncü kişi hakkında kiraya verene bilgi vermelidir. Bilgi verme yükümlülüğü kira sözleşmesinden kaynaklanabileceği gibi sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme yoksa TMK m. 2 uyarınca kiracının dürüstlük kuralı gereği bilgi vermesi beklenir. Kiraya verene verilecek olan bilgi, üçüncü Kişinin şahsi özellikleri ve ödeme gücü hakkındaki bilgidir. Kiracı bu bilgileri vermek istemezse kiraya veren de devre onay vermeyebilir. Bu durumda kiraya verenin devre onay vermemesi haklı sebep olarak görülebilir.⁹⁴ Doktrinde bizim de katıldığımız aksi bir görüş, kiraya verenin kendisine bilgi verilmemesi sebebiyle kira ilişkisinin devrine onay vermemesi yalnızca geçici bir haklı sebep olarak görmektedir.⁹⁵ Kiraya verenin bu durumda devre onay vermeme değil kendisine bilgi verilinceye kadar onay vermekten kaçınma hakkına sahip olduğu savunulmaktadır. Ancak, kiraya verenin bilgi verilmesi talebine rağmen, kiracı makul bir süre içerisinde bilgi vermezse kiraya verenin devre onay vermemesi haklı sebep olarak değerlendirilmelidir.⁹⁶
- Kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişinin, kiralananı kiracı gibi itinayla kullanacağına dair güvence vermemesi; üçüncü kişi ile kiraya veren arasında husumet bulunması; üçüncü kişinin kiralanda yasa dışı veya ahlaka aykırı faaliyetlerde bulunacak olması;

Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 157; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 96-97; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹⁴ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 115; Yavuz, *Yeni TBK*, 376; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 97; Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373.

⁹⁵ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 547; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹⁶ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 547; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 113-114.

üçüncü kişinin kiraya verenle veya diğer alt kiracılarla rekabet edecek olması, devralan üçüncü kişinin alışveriş merkezinin konseptine aykırı düşecek olması, teminatların geçersiz kalacak olması da kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermemesinde haklı sebep olarak değerlendirilebilir.⁹⁷

Kira ilişkisinin devrine onay verecek olan kimse kiraya verendir. Kiraya verenin malik olması zorunlu olmadığı gibi birden fazla kiraya verenin bulunması durumunda onay tüm kiraya verenlerin rızası ile olmalıdır.⁹⁸

Onayı talep edecek olan kimse de kiracıdır. Devralan üçüncü kişinin kiraya verenden onayı talep yetkisi yoktur.⁹⁹ Bunun sonucu olarak, işyeri kiralalarında haklı sebep olmaksızın devre onay verilmezse dava açma yetkisi kiracıdadır. Devralan üçüncü kişinin sadece kiracıya tazminat davası açma olanağı vardır. Kira ilişkisi bulunmayan kiraya verene dava açamaz.¹⁰⁰

Kiraya verenin vereceği onayın şekli TBK m. 323'te yazılı şekil olarak kabul edilmiştir. Devir sözleşmesi sözlü olarak yapılırsa bile kiraya verenin onayının yazılı şekilde olması gereklidir. Aksi halde yapılan devir işlemi geçersiz olacaktır. Kiraya verenin yazılı onayı alınmaksızın kiralananın üçüncü kişi tarafından kullanılması halinde, kiraya verenin ödenen kira

⁹⁷ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 544-548; Yavuz, *Yeni TBK*, 376-377; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 83.

⁹⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 549; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 463; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 84.

⁹⁹ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 463; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 85.

¹⁰⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 549-550; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 100.

bedelini çekince ileri sürülmeksizin kabul etmiş olması da onayın verildiği anlamına gelmeyecektir.¹⁰¹

Kiraya veren haklı sebep olmamasına rağmen kira ilişkisinin devrine onay vermektan kaçınması durumunda, kiracının buna karşı sahip olduğu imkân konusunda TBK m. 323'de herhangi bir düzenleme yapılmamıştır.¹⁰² Doktrinde bu durumda TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralı gereği, kiracının, dava yoluyla devre onay verilmesini sağlayabileceği savunulmaktadır.¹⁰³ Kiracının böyle bir durumda açtığı davanın hukuki niteliğinin tespit davası mı yoksa eda davası mı olduğu konusunda tartışma vardır.¹⁰⁴ Hâkim olan ve bizimde katıldığımız görüş, bunun bir eda davası olduğudur.¹⁰⁵ Onay verilmesine ilişkin davada hâkimin verdiği karar kiraya verenin onayı yerine geçmekte ve kira ilişkisinin hüküm doğurmaya başladığı kabul edilmektedir. Hâkimin bu kararı yenilik doğurucu niteliktedir. Hâkim kararına rağmen, kiraya verenin kiralananı kullandırmaması durumunda kiracının borca aykırılığa ilişkin hükümlerden yararlanması mümkündür.¹⁰⁶ Devre onay verdirilmesine yönelik davayı, sadece kiracının açabileceği kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişinin bu davayı açamayacağı kabul

¹⁰¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 550; Aksi yönde verilmiş Yargıtay kararı için Bkz. Yar. 6. HD. E. 2015/4040, K. 2015/5966, 16.06.2015 Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 87.

¹⁰² Aydemir, *Türk Borçlar Yasasına*, 62; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 90.

¹⁰³ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 117; İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. BGE 125 III 226 Bkz. İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 552; Erol Türel, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 368; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 306; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 99.

¹⁰⁴ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 545; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 99; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 90.

¹⁰⁵ Eren, *Borçlar Hukuku Özel*, 373; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 91.

¹⁰⁶ Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 114; Balcı, *Kira İlişkisinin Devri*, 100.

edilmelidir.¹⁰⁷ Onay verdirilmesine yönelik davada, kiraya veren aleyhine karar verilmesi durumunda, kiraya verenden, ayrıca tazminat talep edilebileceği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Bu tazminatın kapsamı konusunda, kiraya verenin devre onay vermesi gereken tarihten mahkeme kararının alındığı güne kadar ödediği kira paralarını talep edebileceği ve kiracının, devre haksız olarak onay verilmemesi sebebiyle üçüncü kişiye tazminat veya cezai şart ödemişse bunları da talep edebileceği savunulmaktadır.¹⁰⁹ Burada ödenecek olan tazminatın niteliği, kira ilişkisinin devrine ilişkin sözleşmenin, kiraya verenin haksız olarak onay vermemesi sebebiyle kurulamamış olmasından dolayı menfi zarardır. Devralmak isteyen üçüncü kişinin uğramış olduğu zararları kiraya verenin ödeme yükümlülüğü yoktur. Kiraya verenin sorumluluğu kira ilişkisi bulunan kiracıya karşıdır.¹¹⁰

İş yeri kiralarının devri bakımından önem arz eden bir konu da TBK m. 323 hükmünün yürürlüğünün bazı durumlarda ertelenmiş olmasıdır. Söz konusu düzenleme “*Kiracının Türk Ticaret Kanununda tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişileri olduğu işyeri kiralarında, 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 323, 325, 331, 340, 342, 343, 344, 346 ve 354 üncü maddeleri 1/7/2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle uygulanmaz. Bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddelerde belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri tatbik olunur. Kira sözleşmelerinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.*”

¹⁰⁷ Öncü, “Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği,” 114; Demirci Dil, “Kira İlişkisinin Devri,” 91.

¹⁰⁸ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 546; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 157; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 307.

¹⁰⁹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 553; Öncü, “Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği,” 115.

¹¹⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 554; Balcı, “Kira İlişkisinin Devri,” 100.

şeklinde dir.¹¹¹ Ertelemenin uygulanması için kiracısı tacir veya tüzel kişi olan işyeri kiracı olmalıdır.¹¹² Avukat, mali müşavir, diş hekimi gibi serbest meslek mensupları ve esnaf TTK uyarınca tacir olarak kabul edilmediği için TBK m. 323'ün erteleme hükmü uygulanmayacaktır.¹¹³ Bu ertelemenin arkasında alışveriş merkezlerinin(AVM'lerin) lobi faaliyetleri olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁴ Sonuç olarak Türk Ticaret Kanunu uyarınca tacir olarak sayılan kişiler ile özel hukuk ve kamu hukuku tüzel kişilerinin iş yeri kiralarında TBK m. 323, 01.07.2020 tarihi itibari ile kendiliğinden uygulanmaya başlamıştır.¹¹⁵

Yürürlüğü ertelenen hükümlerden konumuzu ilgilendiren TBK m. 323 açısından önem arz eden husus kiraya verenin işyeri kiralarında haklı sebep olmaksızın kira ilişkisinin devrine onay vermektен kaçınmaması durumudur. 01.07.2020 tarihi öncesinde kiraya verenin onayı alınmaksızın kiracısı tacir ve kamu tüzel kişisi olan kira ilişkilerinin devri mümkün değildir. Ancak Ertelemenin sona erdiği 01.07.2020 tarihi sonrasında kiraya verenin kira ilişkisinin devrine onay vermemesi için haklı

¹¹¹ 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'a eklenen geçici 2. Madde 6353 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 53. maddesi ile değiştirilmiş ve değişiklik hükmü 12.07.2012 tarihli ve 28351 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir; Ertelenen hükümlerin yerine uygulanacak hukuk için bkz. Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun," 348-352.

¹¹² Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun," 345; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 63.

¹¹³ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 701; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 60; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 64; Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun," 346.

¹¹⁴ Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun," 341; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 63.

¹¹⁵ Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 123.

bir sebep sunması gerekmektedir.¹¹⁶ Aksi halde onayın mahkeme kararı ile alınması gündeme gelecektir. Ertelemenin sona ermesi TBK m. 323 bakımından kiracının sıfatına bağlı olarak yapılan ayrımı ortadan kaldırmıştır. Her ne kadar tacir sıfatına bağlı olarak basiretli davranma yükümlülüğünün ayrımı açıkladığını savunanlar olsa da bu ayrımın ortadan kalkmış olması, ayrımın makul ve haklı olup olmadığına ilişkin sorgulamayı da ortadan kaldıracaktır.

IV. KIRA İLİŞKİSİNİN DEVRİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

A. Genel Olarak

TBK m. 205'te düzenlenen sözleşmenin devrinin en doğal sonucu taraf değişikliğidir.¹¹⁷ TBK m. 323'te düzenlenen kira ilişkisinin devrinin en doğal sonucu olarak da kira sözleşmesinin taraflarından kiracı değişmektedir.¹¹⁸ Kira sözleşmesini devreden kiracının kanundan ve kira ilişkisinden doğan tüm hak ve yükümlülükleri halefiyet yoluyla devralan üçüncü kişiye geçmekte ancak kira sözleşmesi devir gerçekleşmeden önceki koşullarını korumaktadır.¹¹⁹ Devir sözleşmesi, kira sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçları kapsamalıdır. Aksi

¹¹⁶ Erteleme öncesinde akdedilmiş sözleşmeler bakımında da TBK m. 323 uygulanacağı görüşü için bkz. Türkmen, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun," 364.

¹¹⁷ Bahadır, "Sözleşmenin Devri," 20; Öztürk, "Sözleşmenin Devri," 273; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 36.

¹¹⁸ Yener, *Kira Sözleşmesi*, 54; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 102; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 100.

¹¹⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 117-118; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 554; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 102; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 116; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 55; Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu karar için bkz. Yar. 13. HD. E. 2002/13800, K. 2003/3126, 18.03.2003. Türel, *Türk Borçlar Kanunu'na*, 374.

halde geçerli kabul edilmez.¹²⁰ Bu anlamda kira ilişkisinin devri, sözleşmenin süresini, kira bedelini, kiralananın tahsis edildiği kullanım amacını ve tarzını değiştirmemektedir.¹²¹ Kira ilişkisi devredilirken, kiralananın kullanım amacının, tarzının veya kira süresinin değiştirileceği kiraya verene bildirildiği ve kiraya verenin de buna onay verdiği durumlarda, devirle birlikte kira sözleşmesi bu minvalde değişmektedir. İş yeri kiralalarında kiraya veren, kiralananın kullanım amacının ve tarzının değiştirilmesine müsaade etmezse ve buna dayanarak haklı sebeple kira sözleşmesinin devrine onay vermezse devir gerçekleşmez.¹²²

Kira ilişkisinin devri kira sözleşmesini sona erdirmedeği ve yeni kira sözleşmesi kurulmadığı için kiralananın iadesine, kiraya verenin ayıp ihbarında bulunmasına, kiraya verenin depozitoyu geri vermesine, kiralananın değerinde ortaya çıkan artışlar sebebiyle devreden kiracının değer artışını istemeye hakkı yoktur. Tüm bu hak ve borçlar ve hatta kiralanda iş çevresi gibi maddi olmayan değerler de devralan kiracıya geçer.¹²³

B. Devrin Gerçekleştiği An

Kira ilişkisinin devrinin gerçekleştiği anı tespit ederken kira ilişkisinin devrine kiraya verenin onay vermesi durumu dikkate

¹²⁰ Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 121; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 34.

¹²¹ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 467; Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 122; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 708; Yavuz, *Yeni TBK*, 380; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 101; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 92.

¹²² Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 102.

¹²³ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 554-555; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 103; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 117; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 723; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 103; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 93.

alınmalıdır. Kira ilişkisinin devri kiraya verenin de taraf olduğu üç taraflı sözleşme ile gerçekleştiyse devir de sözleşmesinin yapıldığı anda gerçekleşmiş olur.¹²⁴

Kira ilişkisinin devri, kiracı ile üçüncü kişi arasında akdedilmiş sözleşmeye kiraya verenin onay vermesi suretiyle gerçekleşmişse devrin gerçekleştiği an konusu doktrinde tartışmalıdır.¹²⁵ Bir görüşe göre, kiraya verenin onay vereceği zamana kadar askıda geçersiz olan devir sözleşmesi, kiraya verenin bu sözleşmeye icazet vermesi halinde geçmişe etkili olarak geçerli hale gelmekte, devir de kiraya verenin onayından önce ve devir sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren gerçekleşmiş olmaktadır. Bu görüşe göre kiraya verenin onayı geçmişe etkilidir.¹²⁶ Bizimde katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, kiraya verenin onayı ileriye etkili olup devir ve taraf değişikliği kiraya verenin onayından sonra gerçekleşmektedir.¹²⁷ Bu görüşe göre, onayın geçmişe etkili olduğu görüşü, devir sözleşmesinin yapılması ile kiraya verenin onay vermesi arasında geçen zaman diliminde kira ilişkisini devralmak isteyen üçüncü kişinin kira bedellerini ödemek zorunda olması ancak kiralananı kullanma imkânı bulunmaması sebebiyle üçüncü kişiye böyle bir sorumluluğun yüklenmesinin adil bir sonuç

¹²⁴ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 118; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 93.

¹²⁵ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 709; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 103.

¹²⁶ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 119; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 117; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 155; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 710; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 307; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 104.

¹²⁷ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 555; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 467; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 105.

doğurmayacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.¹²⁸ Ancak kiraya verenin onayından önce devralan üçüncü kişi kiralananı kullanmaya başlamışsa kira sözleşmesine aykırı hareket edilmiş olacak, sonrasında kiraya verenin onayı aykırılığı ortadan kaldıracaktır. Kiraya verenin onayının ileriye etkili olduğunu savunan bu görüşe göre kiraya verenin de devir sözleşmesine katıldığı veya devre önceden izin verdiği durumlar dışında kira ilişkisinin devri kiraya verenin onayına kadar askıdadır.¹²⁹

Onayın hâkim kararı ile verilmesi halinde devrin gerçekleştiği an konusunda benzer tartışma vardır. Bu durumda doktrinde hâkim görüş onayın geçmişe etkili olarak sonuç doğuracağını savunmaktadır.¹³⁰ Bu konuda hâkim kararının ileriye etkili olacağı şeklindeki azınlık görüşüne katılmaktayız.¹³¹

C. Taraf Değişikliği

Kira ilişkisinin devrinin en önemli sonucu, kira sözleşmesinde devreden kiracı ile devralan üçüncü kişinin yer değiştirmesi yani üçüncü kişinin kiracıya halef olarak kira sözleşmesinin tarafı olmasıdır.¹³²

Taraf değişikliği konusunda önem arz eden husus devrin gerçekleştiği ana göre taraf değişikliğinin gerçekleştiği anın belirlenmesidir. Kiraya vereninin onayının, ileriye etkili olduğu görüşe göre, devir ve sonucu olan taraf değişikliği en erken

¹²⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 555; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 117-118; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 156; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 94.

¹²⁹ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 699; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 105.

¹³⁰ Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 99; Yener, *Kira Sözleşmesi*, 55.

¹³¹ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 555-556.

¹³² Aral ve Ayrancı, *Borçlar Hukuku Özel*, 270; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 107; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 92.

kiraya verenin onay verdiği anda ileriye etkili olarak gerçekleşir. Kiraya verenin onayının geçmişe etkili olduğunu kabul eden aksi yöndeki görüşe göre, taraf değişikliği kiraya verenin onayı anında değil devir sözleşmesinin yapıldığı anda geçmişe etkili olarak gerçekleşmektedir.¹³³

Kiraya veren işyeri kiralalarında haksız olarak onay vermekten kaçınmış ve onay mahkeme kararı ile alınmışsa, devrin hangi anda gerçekleştiği konusunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde baskın görüş, mahkeme kararının kiraya verenin onay vermesi gereken ana kadar geriye etkili olarak hüküm doğurduğunu ifade etmektedir.¹³⁴ Aksi yöndeki bizimde katıldığımız görüş, mahkeme kararı ile devrin gerçekleştiğini ve taraf değişikliğinin de karar anından itibaren gerçekleştiği yönündedir.¹³⁵ İlk görüş, bu davanın tespit davası olduğunu ikinci görüş ise eda davası olduğunu kabul etmektedir.¹³⁶

D. Kira Sözleşmesinin Devrinde Sorumluluk

Kira sözleşmesinde taraf değişikliği gerçekleştiği andan itibaren, devreden kiracının sözleşmeye ilişkin hakları ve sorumlulukları sona erdiği için devreden kiracı, kira sözleşmesinden kaynaklanan hakları artık kullanamamakta ve muaccel borçlarından dahi devir anından itibaren kurtulmaktadır.¹³⁷ Halefiyet kuralı gereği, taraf değişikliğinin

¹³³ Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 117; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 108.

¹³⁴ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 541; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 99-100.

¹³⁵ Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 118.

¹³⁶ Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 108.

¹³⁷ Öztürk, "Sözleşmenin Devri," 281; Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 121; Devir işleminden önceki dönemlere ait ödenmemiş kira

gerçekleştiği andan itibaren devreden kiracıya ödenmemiş kira paraları, kiralananana verilen zararlardan dolayı ödenmesi gereken tazminat ve hatta kiralananın sözleşmeye aykırı kullanılmasından doğan tazminat dahi devralan üçüncü kişinin sorumluluğuna geçer.¹³⁸ Ancak doktrinde, taraf değişikliği gerçekleşmeden önce muaccel olan borçlardan dolayı devralan üçüncü kişinin devreden kiracıdan genel hükümler uyarınca ödediği kira bedellerini talep edebileceği de savunulmaktadır.¹³⁹ Bu konu Yüksek Mahkemenin de gündemine gelmiştir.¹⁴⁰ Kural bu olmasına rağmen tarafların aralarında anlaşarak kira ilişkisinin devrinden sonra da devreden kiracının sorumluluğunun devam etmesini kararlaştırmaları da mümkündür. Bu durumda devreden kiracı ile devralan üçüncü kişi müteselsil sorumluluk kurallarına göre kiraya verene karşı sorumlu olurlar.¹⁴¹

Kira sözleşmesinde kiraya veren kira alacağını güvence altına almak için kiracıdan teminat(depozito) talep edebilir. Bu

borçlarından dolayı sorumluluğun sözleşmeyi devreden kiracıya ait olacağı şeklindeki aksi görüş için Bkz. Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 122; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 119; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 158; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 713; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 95-96.

¹³⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 556; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 119; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 712.

¹³⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 125; İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 556; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 119.

¹⁴⁰ Gaziantep BAM, 3. HD, E.2018/1027, K.2019/228, 07.03.2019 kararında bu hususu "Devreden kiracı ile devralan kiracı arasındaki hukuki ilişki, kira ilişkisinin devredilmesi için aralarında yaptıkları sözleşmenin hükümlerine göre belirlenir. Bunun dışında işyeri kiralarda devreden kiracı ile devralan kiracı arasında müteselsil sorumluluğun söz konusu olduğu durumlarda da birbirlerine rücu imkânı ve kapsamı, genel hükümlere göre tayin edilir." şeklinde ifade etmiştir.

¹⁴¹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 122; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 119.

teminat, kiracı tarafından doğrudan sağlanabileceği gibi üçüncü bir kişi tarafından da sağlanabilir. Kiraya veren lehine verilen teminatlar para veya kıymetli evrak olabileceği gibi bunların dışındaki teminatlar da olabilir.¹⁴² Kira sözleşmesinin devrine, kiraya veren lehine teminat vermiş üçüncü kişiler, onay vermezse, verilen bu teminatlar da geçersiz olur.¹⁴³ Bu durumda TBK m. 198 hükmü gereği borcun nakli düzenlemesi kıyasen uygulanır ve devre onay vermeyen üçüncü kişilerin kira sözleşmesine ilişkin vermiş oldukları teminatlar devir anından itibaren doğan alacaklar için sona erer.¹⁴⁴ Bununla birlikte devirden önce doğmuş olan ancak henüz ödenmemiş alacaklar açısından verilen ve para ve kıymetli evrak olarak verilmiş teminatlar geçerliliğini sürdürür. Teminat devreden kiracı tarafından aynı olarak verilmişse bu durumda bu türden teminatların devre rağmen varlığını devam ettirmeleri TBK m. 198/2'nin bir gereği olarak kabul edilmelidir.¹⁴⁵ Uygulamadaki önemi açısından depozitonun durumuna bakılacak olursa, depozitonun da kira sözleşmesinin devri ile devralan kiracıya geçeceği ve kira sözleşmesinin bitimi ile devralan kiracı tarafından kiraya verenden istenebileceği açıktır.¹⁴⁶

¹⁴² Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 720; Balcı, *Kira İlişkisinin Devri*, 126.

¹⁴³ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 119; Gümüş, *Borçlar Hukuku Özel*, 307; Yener, *Kira Sözleşmesi*, 56.

¹⁴⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 561; Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 110; Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 545; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 721; Serkan Ayan, "Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, *Özel Sayı* (2017): 295-348, 328. Yavuz, *Yeni TBK*, 379; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 103.

¹⁴⁵ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 561; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 120.

¹⁴⁶ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 554-555; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 721.

TBK m. 323/3'te "İşyeri kiralalarında devreden kiracı, kira sözleşmesinin bitimine kadar ve en fazla iki yıl süreyle devralanla birlikte müteselsilen sorumlu olur." düzenlemesi vardır. Bu düzenleme, haklı sebep olmaksızın onay vermek zorunda olan kiraya vereni korumak adına, işyeri kiralalarında, devreden kiracının da devralan üçüncü kişi ile birlikte borçlardan müteselsilen sorumlu olması ve devreden tamamen borçtan kurtulmasının menfaatler dengesine uygun olmayacağı düşüncesiyle getirilmiştir.¹⁴⁷ Müteselsil sorumluluk, kira sözleşmesinin devir anındaki kapsamına göre belirlenir. Kiraya veren ve devralan kiracının sonradan kira sözleşmesinde yapacakları değişikliklerden devreden kiracı sorumlu tutulmayacaktır.¹⁴⁸ Buradaki müteselsil sorumluluk kanundan kaynaklanmaktadır.¹⁴⁹ Devreden kiracının müteselsil sorumluluğu, kira ilişkisinde taraf değişikliği anından itibaren başlar.¹⁵⁰ Devreden kiracının devir anından önce doğmuş borçları bu düzenleme karşısında kanundan kaynaklanan borç haline gelir.¹⁵¹

Kanundan doğan sorumluluk, kira süresinin iki yıldan kısa olması durumunda sözleşmenin sona ermesiyle, iki yıldan uzun olduğu takdirde ise en fazla iki yıl için geçerli olur.¹⁵² Müteselsil

¹⁴⁷ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 558; Çayan, *Sözleşmenin Devri*, 122; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 718.

¹⁴⁸ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 560; Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 123; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 102.

¹⁴⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 122; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 121.

¹⁵⁰ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 123; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 101.

¹⁵¹ Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 122; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 37.

¹⁵² İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 559; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 122; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 95.

sorumluluğu düzenleyen TBK m. 323/3 hükmünün mutlak emredici mi yoksa nisbi emredici bir hüküm mü olduğu doktrinde tartışmalıdır.¹⁵³ Bir görüş hükmün tamamlayıcı nitelikte olduğunu ve devreden kiracı için sorumluluk süresinin uzatılabileceğini savunmaktadır.¹⁵⁴ Bizim de katıldığımız baskın görüş hükmün nisbi emredici nitelikte olduğudur.¹⁵⁵ Dolayısı ile işyeri kiralarında devreden kiracının sorumluluğunun kaldırılması veya sorumluluk süresinin kısaltılması mümkündür.¹⁵⁶ Ancak müteselsil sorumluluğun süresinin uzatılması mümkün değildir.¹⁵⁷ Kira sözleşmesi öngörülen sona erme süresinden evvel sona ermişse, sözleşmenin sona erdiği tarihte devreden kiracının müteselsil sorumluluğu da sona erer.¹⁵⁸

TBK m. 323/3'te düzenlenen müteselsil sorumluluğun kapsamı belirtilmemiştir. Doktrinde, devreden kiracının sorumluluğunun kira sözleşmesine ilişkin asli edimler veya yan edimlerle birlikte devralan üçüncü kişinin sözleşmeye aykırı davranışlarının da sorumluluk kapsamında olduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁹

¹⁵³ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 714; Yavuz, *Yeni TBK*, 379.

¹⁵⁴ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 532; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 715.

¹⁵⁵ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 558; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 152; Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 461.

¹⁵⁶ Aydoğdu ve Kahveci, *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 546; Durak, *Kira Sözleşmesinde Alt Kira*, 152; Çakıroğlu, "Kira Sözleşmesinin Kiracı," 103; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 66.

¹⁵⁷ Yavuz C., *Türk Borçlar Hukuku Özel*, 461; Aksi yöndeki görüş için bkz. İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 558; Yavuz, *Yeni TBK*, 379; Balcı, "Kira İlişkisinin Devri," 74.

¹⁵⁸ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 124; Öncü, "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 122.

¹⁵⁹ Topuz ve Canbolat, "Kira İlişkisinin Devri," 123-124; BGE 121 III 408 Ayrıntılı bilgi için Bkz. İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 559-560; Öncü, "Kira

İşyeri kiralalarında üçüncü kişilerin kiraya verene sağlamış olduğu teminatlar, kiraya verenin işyeri kiralalarının devrine haklı sebep olmadıkça devre onay vermek zorunda olması karşısında devirle birlikte sahip olduğu teminatları da kaybetme tehlikesi altında kalması sebebiyle, işyeri kiralalarında verilmiş olan teminatların da müteselsil sorumluluk süresince devam etmesinin isabetli olduğuna ilişkin görüşe katılmaktayız.¹⁶⁰ Müteselsil sorumluluk süresinin sona ermesi halinde teminatların durumu TBK m. 198/2 çerçevesinde teminat verenlerin, devralan kişi ile birlikte borçtan sorumlu olmaya ilişkin yazılı rıza vermesi halinde geçerliliğini sürdürecektir aksi halde müteselsil sorumluluk süresinin sona ermesi ile sona erecektir. Teminat verenlerin yazılı rızası, müteselsil sorumluluğun sona erdiği anda aranacaktır.¹⁶¹

SONUÇ

Kira sözleşmesinde kiracı, süresinden önce sözleşmeyi sona erdirmek isteyebilir. Bu durum kiralananın konumundan veya kiracıdan kaynaklı sebeplerle olabilir. Bu durumda kiracı haklı sebeple fesih yoluna gidebilirse de bu durum hem tazminat ödenmesi gerekmesi hem de her türlü sebebin haklı sebep olarak kabul edilemiyor olması sebebiyle kanun koyucu TBK m. 323'te kira ilişkisinin devrini düzenlenmiştir.

Kira ilişkisinin devri, TBK m. 205'te düzenlenen sözleşmenin devrinin özel olarak düzenlenmesinden ibarettir. Dolayısı ile niteliği itibari ile sözleşmenin devri olarak kabul edilmektedir. Kira ilişkisinin devrinde öncelikli olarak TBK m.

Sözleşmesinde Taraf Değişikliği," 123; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 717.

¹⁶⁰ İnceoğlu, *Kira Hukuku Cilt 1*, 562; Öncü, *Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği*, 123; Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 721; Ayan S., "Kiracının Kira Sözleşmesinden," 328-329; Demirci Dil, "Kira İlişkisinin Devri," 103.

¹⁶¹ Kahveci, "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi," 721-722.

323'e bakılır burada bir düzenlemenin bulunmaması halinde boşluk TBK m. 205 uyarınca tamamlanır.

Kira ilişkisinin devrinin şartları, mevcut ve geçerli bir kira sözleşmesinin bulunması ve kiraya veren, kiracı ve kira sözleşmesini devralmak isteyen üçüncü kişinin anlaşması veya kiraya verenin kiracı ve üçüncü kişi arasındaki kira ilişkisinin devri sözleşmesine onay vermesidir. Kiraya verenin kira ilişkisinin devrindeki durumu borcun naklinde alacaklının durumu gibidir. Sözleşme serbestisi gereği kiraya veren sözleşme yapmaya veya onay vermeye zorlanamaz dolayısı ile herhangi bir gerekçe göstermeksizin devre onay vermeyebilir. Bunun istisnası TBK m. 323'te kiraya verenin işyeri kiralarında haklı sebep olmaksızın devre onay vermekten kaçınamayacağıdır. Haklı sebepler somut olay açısından hâkim tarafından değerlendirilecektir.

Kira ilişkisinin devrinin en temel hukuki sonucu devreden kiracının yerine devralan üçüncü kişinin geçerek taraf sıfatının değişmesidir. Kira ilişkisinin devri ile kira sözleşmesi sona ermemekte dolayısı ile aynı koşullarda devam etmektedir. Kira ilişkisinin devrinin gerçekleştiği an sorumluluğun belirlenmesinde önem arz etmektedir. Kira ilişkisinin devri anlaşması kiraya verenin de dâhil olduğu üç taraflı sözleşme ile gerçekleşti ise sözleşmenin akdedildiği an devir de gerçekleşir. Kiraya veren devir sözleşmesine sonradan onay verirse devrin gerçekleştiği an konusunda doktrinde tartışma vardır. Bir görüşe göre, kiraya verenin onay vereceği zamana kadar askıda geçersiz olan devir sözleşmesi, kiraya verenin bu sözleşmeye icazet vermesi halinde geçmişe etkili olarak geçerli hale gelmekte iken Diğer bir görüşe göre, kiraya verenin onayı ileriye etkili olup devir ve taraf değişikliği kiraya verenin onayından sonra gerçekleşmektedir. Bu konuda bizim görüşümüz kiraya verenin onayının ileriye etkili olduğu yönündedir. Taraf değişikliği de devrin gerçekleştiği ana göre belirlenmektedir.

Kiraya verenin onay vermemesi üzerine mahkeme kararı ile onay alınmışsa, doktrinde baskın görüş, mahkeme kararının kiraya verenin onay vermesi gereken ana kadar geriye etkili olarak hüküm doğurduğunu ifade etmektedir. Aksi yöndeki görüş ise mahkeme kararı ile devrin gerçekleştiğini ve taraf değişikliğinin de karar anından itibaren gerçekleştiğini savunmaktadır.

Kira sözleşmesinde taraf değişikliği gerçekleştiği andan itibaren, devreden kiracının sözleşmeye ilişkin hakları ve sorumlulukları sona ermektedir.

Kira sözleşmesinin devrine, kiraya veren lehine teminat vermiş üçüncü kişiler onay vermezse, bu teminatlar da geçersiz olur. Bu sonuca TBK m. 198'de düzenlenen borcun nakli düzenlemesinin kıyasen uygulanması sonucunda ulaşılmaktadır.

TBK m. 323/3'te haklı sebep olmaksızın devre onay vermek zorunda olan kiraya vereni korumak adına, işyeri kiralarında devreden kiracının, devralan üçüncü kişi ile birlikte borçlardan müteselsilen sorumlu olması düzenlenmiştir. Devreden kiracının müteselsil sorumluluğu, kira ilişkisinde taraf değişikliği anından itibaren başlar. Müteselsil sorumluluğu düzenleyen TBK m. 323/3 hükmünün mutlak emredici mi yoksa nisbi emredici bir hüküm mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız baskın görüş hükmün nisbi emredici nitelikte olduğudur. Dolayısı ile işyeri kiralarında devreden kiracının sorumluluğunun kaldırılması veya sorumluluk süresinin kısaltılması mümkünken uzatılması mümkün değildir.

TBK m. 323 hükmünün yürürlüğünün bazı durumlarda ertelenmişti. Bu erteleme 01.07.2020 tarihinde sona erdiği için kiracının, TTK uyarınca tacir olduğu kira sözleşmeleri ile özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişilerinden birisi olduğu kira sözleşmelerinde de bu hüküm uygulanmaya başlamıştır.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş Karaman. *Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Ayan, Serkan. "Kiracının Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlarının Kefaletle Teminat Altına Alınması." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, *Özel Sayı* (2017): 295-348.
- Aydemir, Efrail. *Türk Borçlar Yasasına Göre Kira Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Bahadır, Zeynep. "Sözleşmenin Devri ve Sözleşmeye Katılma." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 17, no. 3 (2013): 1-28.
- Balcı, Betül. "Kira İlişkisinin Devri ve Hukuki Sonuçları." Yüksek Lisans Tezi. Marmara Üniversitesi, 2019.
- Çakıroğlu, Buğra Kaan. "Kira Sözleşmesinin Kiracı Tarafından Devri." Yüksek Lisans Tezi. İstanbul Medipol Üniversitesi, 2019.
- Çayan, Gökhan. "Sözleşmenin Devri." Yüksek Lisans Tezi. Kırıkkale Üniversitesi. 2015.
- Demirci Dil, Nazlıcan. "Kira İlişkisinin Devri (TBK m. 323)." Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 2019.
- Durak, Yasemin (Erol). *Kira Sözleşmesinde Alt Kira ve Kira Hakkının Devri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2017.
- Erdem, Mehmet. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2019.
- Gümüş, Mustafa Alper. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Vedat Kitapçılık, 2018.
- İnceoğlu, Murat. *Kira Hukuku Cilt 1*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kahveci, Nalan. "6098 sayılı TBK.nun 323. Maddesi Çerçevesinde Kira İlişkisinin Devri Durumunda Kira Sözleşmesinden Doğan Borçlardan Sorumluluk." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, *Özel Sayı* (2017): 695-728.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitapevi, 2019.
- Kurak, Necat. *Kira Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Öncü, Azim. "Kira Sözleşmesinde Taraf Değişikliği Halleri ve Bunlara Bağlanan Hukuki Sonuçlar." Yüksek Lisans Tezi. Gazi Üniversitesi. 2016.
- Öztürk, Berna. "Sözleşmenin Devri." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 125 (2016): 263-296.
- Remzi, Mehmet, Sezer Aydın. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Ruhi, Canan ve Ahmet Cemal Ruhi. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Topuz, Seçkin ve Ferhat Canbolat. "Kira İlişkisinin Devri-(Yeni) Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili 323 üncü Maddesinin Değerlendirilmesi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 95 (2011) 97-134.
- Türel, Erol. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmeleri*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.
- Türker, Gökçen. "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu." Yüksek Lisans Tezi. Ankara Üniversitesi, 2005.

- Türkmen, Ahmet. "6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun Kira Sözleşmesine İlişkin Yürürlüğü Ertelenen Hükümlerinin Değerlendirilmesi." *Ankara Barosu Dergisi* 73, no. 1 (2015) 341-369.
- Uzunkaya, Mehmet Celal. "Aile Konutu Üzerinde Tesis Edilebilecek Hukuki İşlemler ve Aile Konutu Şerhi." Yüksek Lisans Tezi. Hacettepe Üniversitesi, 2018.
- Yavuz, Cevdet. *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2014.
- Yavuz, Nihat. Yeni TBK, HMK, İİK ve İstinafa Göre Kira Hukuku. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Yener, Mehmet Deniz. Kira Sözleşmesi ve Özellikle 6098 Sayılı Kanun ile Getirilen Yenilikler. İstanbul: Yalın Yayıncılık, 2018.

AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN UYUŞMAZLIKLARDA ARABULUCULUK*

Mediation in Family Law Disputes

Duygu DAĞLIOĞLU**

Öz

Bugünkü anlamıyla arabuluculuk faaliyetleri ülkemizde, 2012 yılında yürürlüğe giren Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile birlikte yürütülmeye başlamıştır. HUAK, iki tür arabuluculuk öngörmekte ve bunlara dair düzenlemeler içermektedir. Bunlar ihtiyari arabuluculuk ve zorunlu arabuluculuktur. Kanun ihtiyari-zorunlu fark etmeksizin arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları tanımlamaktadır. Tanımda uyuşmazlık türlerine saymak suretiyle yer verilmemekte, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların tespitinde kullanılacak ölçütler ifade

* Bu çalışma Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 13.12.2019 tarihinde düzenlenen “Türk Medeni Hukuku Çerçevesinde Aile Hukukunda Güncel Meseleler Sempozyumu”nda sunulan bildiri esas alınarak hazırlanmıştır.

** Araştırma Görevlisi, Gaziantep Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, duygudaglioglu@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4161-3765.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 22.09.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 12.11.2020.

Atıf/Citation: Dağlıoğlu, Duygu. “Aile Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklarda Arabuluculuk.” *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 551-587.

“Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.”



edilmektedir. Bu sebeptendir ki bazı uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olup olmadığı öğretide tartışma konusu edilmektedir. Öğretide arabuluculuğa elverişliliği tartışılan uyuşmazlıklardan biri de aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Bu çalışma da öğretideki tartışmalara katkı sunmak üzere; aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği, arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkları saptamakta kullanılan ölçütler, HUAK kapsamında kabul edilen aile hukuku uyuşmazlıklar ve bunların zorunlu arabuluculuk uygulamasına konu edilip edilemeyeceği, HUAK kapsamında kabul edilmeyen aile hukuku uyuşmazlıkları konularını içermektedir.

Anahtar Kelimeler: Arabuluculuk, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu, Arabuluculuğa Elverişli Uyuşmazlıklar, Aile Arabuluculuğu, Zorunlu Arabuluculuk.

Abstract

Mediation activities in today's sense started to be carried out in our country with the Law on Mediation In Civil Disputes (LMCD) which entered into force in 2012. Law on Mediation In Civil Disputes envisages two types of mediation and includes regulations about them. These are voluntary mediation and mandatory mediation. The Law defines the eligible disputes for mediation, regardless of whether it is voluntary or mandatory. The definition does not include the types of disputes by counting, only the criteria to be used in determining the eligible disputes for mediation are expressed in the definition. In this study, to contribute to the discussions in the doctrine; the eligibility for mediation of family law disputes, the criteria used to determine the disputes eligible for mediation, family law disputes accepted under LMCD and whether they can be subject to compulsory mediation, family law disputes not accepted under LMCD.

Keywords: Mediation, Law on Mediation in Civil Disputes, Eligible Disputes for Mediation, Family Mediation, Mandatory Mediation.

GİRİŞ

Arabuluculuk, kendine özel bazı teknikleri içerisinde barındıran, arabulucu adını alan tarafsız bir üçüncü kişinin yürüttüğü, taraflar arasındaki iletişimin kurulmasıyla uyuşmazlığın çözülmesini amaçlayan uyuşmazlık çözüm yöntemidir (Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md.2/I-b). 6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)¹ ile günümüzdeki haliyle hukukumuzda giren arabuluculuk, belirli nitelikteki uyuşmazlıkların yargılama faaliyeti dışında çözülmesine imkân vermektedir. Kanun'un 1. maddesinde arabuluculuk faaliyetiyle çözülebilecek uyuşmazlıklar "...yabancılık unsuru taşıyanlar da dâhil olmak üzere, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları..." olarak ifade edilmektedir. Aynı hükmün devamında bunların niteliği itibariyle elverişli olsa da "*aile içi şiddet iddiasını içermesi*" halinde arabulucuya başvuruya çözülemeyeceği yer almaktadır.

Arabuluculuğa elverişliliği ve arabuluculuğun dava şartı olabilirliliği bakımından en çok tartışılan uyuşmazlıklar aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklardır.² Bunlardan

¹ Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu 22/6/2012 tarihli Resmi Gazetede yayımlanmış, bu tarihten bir yıl sonra yürürlüğe girmiştir. Bundan sonra çalışmada Kanun olarak anılacaktır.

² Alper Uyumaz ve Kemal Erdoğan, "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları," *DEÜHFD* 17, no. 1 (2015): 140; Levent Börü, "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler," iç. II. *Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu* 2, ed. Süheyla Suzan GoKalp Alıca ve Necdet Basa (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019), 1043-1062; Alper Bulur, "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk

yalnızca malvarlıksal talepler içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir. Boşanma, velayet vb. malvarlıksal olmayan aile hukuku meselelerinde ise arabuluculuğa başvurulabileceği noktasında farklı görüşler mevcuttur.

Bu çalışmada arabuluculuk faaliyetinin özellikleri ve aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda arabuluculuğun bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak uygulanabilirliği üzerinde genel olarak durulmaktadır. Çalışmada ağırlıklı olarak ise arabuluculuğa elverişliliği tartışmalı olan aile hukuku uyuşmazlıkları, HUAK kapsamında yer almayan aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk, aile hukuku uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk, “aile içi şiddet iddiası” içeren aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk konularına ilişkin inceleme ve değerlendirmelere yer verilmektedir.

Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler,” iç. *Prof. Dr. Ramazan Arslan’a Armağan 1*, (2015), 501; Tolga Akkaya, “Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı,” *ABD*, no. 4 (2014): 23-61; Beyhan Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk* (İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014); Yasemin Güllüoğlu Altun, “Aile Arabuluculuğu Düzenlemeleri,” iç. *Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu* (29-30 Nisan 2019), www.tihk.gov.tr, Erişim Tarihi: Eylül 5, 2020, https://www.tihk.gov.tr/dr-yasemin-gulluoglu-altun/#_ftn1; Cenk Akil, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu’nun Kapsamı,” iç. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan 1*, (2014), 82ff.; Yavuz Kaplan, “Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış,” *MHB*, no.1-2 (2008): 130; Süha Tanrıver, “Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk,” *TBB Dergisi*, no. 64, (2006): 172.

I. ARABULUCULUK VE AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Arabuluculuğun Tanımı ve Özellikleri

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri, uyuşmazlıkların çözümünde devletin yargı yetkisiyle birlikte uygulanan veya ona yardımcı nitelikteki uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin genel adıdır.³ Tarafların rolü, sürece üçüncü kişilerin katılımının gösterdiği özellik ve yöntemin hukuki sonuçlarına göre alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri çeşitlenmektedir.⁴ Arabuluculuk da bu yöntemlerden biridir.

Arabuluculuk, tarafsız ve belirli bir donanıma sahip üçüncü bir kişinin, bağlayıcı bir karar vermeksizin yalnızca uyuşmazlığın taraflarının iletişim kurmasına aracı olduğu ve bunu da arabuluculuk yöntemine özgü çeşitli teknikler kullanarak gerçekleştirdiği bir uyuşmazlık çözüm yöntemidir.⁵

³ Ömer Ekmekçi, Muhammet Özekes ve Murat Atalı, *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 7; Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 123; Melis Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2012), 24; Süha Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış," iç. Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, (2006), 822; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 29; Gülgün İldır, "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü," iç. 75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, (2004), 392.

⁴ Söz konusu yöntemler için bkz. Ekmekçi, Özekes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 9ff.; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 160ff.; Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı* (ARCS, 2019) 38ff.; Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 125; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 33ff.

⁵ Ekmekçi, Özekes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 15; Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 26; Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 165; Akil, "Kapsam," 76; Uyumaz ve Erdoğan,

Arabulucu adını alan tarafsız üçüncü kişi, tarafların menfaatlerini elde etmeleri bakımından gerekli olan iletişim ortamını sağlar. Arabulucu yargısal nitelikte bir karar vermez. Arabuluculuk yönteminde taraflar arabulucunun yardımıyla çözümü kendileri bulurlar.⁶

Taraflar arabuluculuk yoluyla uyuşmazlık çözümünü dava açmadan önce ya da mevcut bir dava varken tercih edebilirler. Aile hukuku uyuşmazlıklarında Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 Sayılı Kanun'un 7. maddesine göre Aile Mahkemesi Hâkimi, talepleri olmasa da tarafları arabuluculuğa teşvik edebilir. Hüküm esasen Aile Mahkemesi Hâkiminin tarafları sulhe teşvik etmesine ilişkindir. Tarafların arabuluculuğa teşviki de sulhe teşvik kavramı içerisinde değerlendirildiği için aynı sonuca arabuluculuğa teşvik konusunda da ulaşılmaktadır.⁷ Bizim de katıldığımız görüşe göre bu yolla başvurulmuş sulhün serbestçe tasarruf edilip edilmemelerine bakılmaksızın tüm uyuşmazlıklarda mümkün olabileceği kabul edilmelidir.⁸ 4787 Sayılı Kanun'un "aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder." şeklindeki düzenlemesinden uyuşmazlığı sınırlamadığı

"Aile," 129; Kürşat Karacabey, "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar," *TBB Dergisi*, no. 123 (2016): 452.

⁶ Güllüoğlu Altun, "Düzenlemeler."

⁷ Süha Tanrıver, "Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi," iç. *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet*, ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriiz Uygur (Ankara: Savaş Yayınevi, 2014), 114; Yasemin Durak "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü," *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 70.

⁸ Tanrıver, "Sulhe Teşvik Ödevi," 115; Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 136. Aksi kanaatte bkz. Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1050.

hatta “sorunlar” olarak ifade etmek suretiyle geniş algıladığı sonucu çıkabilir. Aile hukuku uyuşmazlıklarının temelinde salt hukuki sebeplerin olmadığı da düşünülürken bunun uygun bir çözüm olacağı kanaatindeyiz. Fakat aile mahkemesi hâkiminin bu hüküm kapsamında arabuluculuğa teşvikinin sınırını, sulhe teşviktен farklı olarak “serbestçe tasarruf edilebilecek uyuşmazlıklar” oluşturacaktır.⁹ Çünkü mevcut HUAK md. 1/II’de bu husus açıkça ifade edilmektedir.

Tarafların arabuluculuk faaliyetin sonunda anlaşamaması halinde HUAK, uyuşmazlığın mahkemeye taşınabilmesine ya da mevcut davaya devam edilmesine imkân vermektedir. Tarafların süreci anlaşma ile sona erdirmesi halinde ise Kanun buna belirli sonuçlar bağlamaktadır. Buna göre eğer taraflar avukatları olmadan süreci yürüttülerse mahkemeden HUAK md. 18/II’ye göre “... arabuluculuk faaliyeti sonunda bir anlaşmaya varırlarsa, bu anlaşma belgesinin icra edilebilirliğine ilişkin şerh verilmesini talep edebilirler.” Bu durumda mahkeme dosya üzerinden incelemeyi yapar. Fakat söz konusu anlaşma arabuluculuğa elverişli bir aile hukuku uyuşmazlığına ilişkinse HUAK md. 18/III gereği inceleme duruşmalı olarak yapılır.¹⁰ Taraflar avukatları ile arabuluculuk sürecinde yer alırlarsa HUAK md. 18/IV gereği “*taraflar ve avukatları ile arabulucunun birlikte imzaladıkları anlaşma belgesi, icra edilebilirlik şerhi aranmaksızın ilam niteliğinde belge sayılır.*” Böylece anlaşmanın sonuçları kuvvetlendirilmiş olmakta ve ek olarak yargısal bir karara tarafların gereksinimleri ortadan kaldırılmış olmaktadır.

⁹ Tanrıver, “Sulhe Teşvik Ödevi,” 115, 116; Durak, “Medeni Hukuktaki Görünüm,” 70; Börü, “Aile Arabuluculuğu,” 1048; Malvarlıksal talep içermese de sulhe elverişli nitelikteki uyuşmazlıklarda arabuluculuğun mümkün olabileceği konusundaki aksi kanaatte bkz. Akil, “Kapsam,” 125.

¹⁰ Bu husustaki değerlendirmeler için bkz. I. 2. a.

Arabuluculuk faaliyetine ilişkin olarak sürecin yürütülmesinde arabulucunun ve tarafların yararlandığı, faaliyetin niteliğini ortaya koyan temel bazı ilkeler mevcuttur. Bu ilkeler HUAK 'da açıkça ifade edilmektedir. Buna göre arabuluculuk; gönüllüdür,¹¹ gizlidir,¹² taraflar eşit haklara sahiptir,¹³ arabulucu tarafsızdır¹⁴ ve sürecin kontrolü taraflardadır.¹⁵ Söz konusu ilkeler aynı zamanda arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıkların belirlenmesinde kullanılabilir. ¹⁶

Uyuşmazlıkların yargısal yollarla çözümüyle yetinilmeyip arabuluculuğa –ve diğer alternatif yollara- başvurulmasında yargısal süreçlere nazaran para ve zaman itibarıyla daha ekonomik olması, tarafların her ikisinin tatmin olması, taraflar arasındaki iletişimin ciddi çatışmalara ve iletişim kopukluklarına dönüşmeksizin sağlanması ve süreçten sonra da devam etmesi, sürecin gizlilik esaslı yürütülmesi gibi sebepler yer almaktadır.¹⁶

Arabuluculuk; arabulucunun niteliğine göre adi-nitelikli arabuluculuk, arabuluculuk faaliyetinin türüne kolaylaştırıcı-

¹¹ HUAK md. 3/I.

¹² HUAK md. 4.

¹³ HUAK md. 3/II.

¹⁴ HUAKY md. 11.

¹⁵ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Katılımcı Kitabı*, 47ff.; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 24ff.; Taşpolat Tuğsavul, *Türk Hukukunda Arabuluculuk*, 125ff.; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 42ff.

¹⁶ Tanrıver, "Sosyolojik Bakış," 837; Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1046, 1047; Güllüoğlu Altun, "Düzenlemeler.;" Ebru Ceylan, "Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," *Legal Hukuk Dergisi* 16, no. 190 (2018): 4563; Gonca Gülfem Bozdağ, "Arabuluculuk ve Arabuluculuğun Ebeveynler Arasındaki Uluslararası İhtilaflarda Uygulanabilirliği," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 20, no. 1 (2016): 109ff.

değerlendirici-dönüştürücü arabuluculuk, uyuşmazlıkta yer alan arabulucu sayısına göre arabuluculuk tek arabulucu-eş arabuluculuk gibi türlere ayrılmaktadır.¹⁷ Bu noktada çalışmanın esasından sapmamak amacıyla hukukumuzda arabuluculuk faaliyetlerinin hâlihazırda tek arabulucuyla ve kolaylaştırıcı arabuluculuk şeklinde yürütüldüğünü¹⁸ belirtmekle yetinmekteyiz.

B. Arabuluculuğa Elverişli Uyuşmazlıklar ve Aile Arabuluculuğunun Değerlendirilmesi

1. Arabuluculuğa Elverişliliğin Değerlendirilmesinde Kullanılan Temel Ölçütler

Arabuluculuk hukukumuzda her türlü uyuşmazlık bakımından kabul edilen bir uyuşmazlık çözüm yöntemi değildir. HUAK md. 1'de arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklara yer verilmektedir. Buna göre arabuluculuğa özel hukuk uyuşmazlıklarında başvurulabilir, kamu hukukundan kaynaklı uyuşmazlıklar arabuluculuğa uygun değildir.¹⁹ Bu uyuşmazlıklarda yabancılik unsuru olması arabuluculuğa başvurmaya engel olmaz. Bir diğer deyişle Kanun yabancılik

¹⁷ Ekmekçi, Özekes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 56ff.

¹⁸ HUAK md. 2/1-b'ye 2017 yılında yapılan bir ekleme ile arabulucuya " tarafların çözüm üretemediklerinin ortaya çıkması hâlinde çözüm önerisi de getirebilmesi" imkânı tanınmıştır. Bu maddenin ülkemizde arabuluculuğu değerlendirici arabuluculuğa dönüştürdüğü ifade edilirken (bkz. Ekmekçi, Özekes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 57; Merve Uysal, "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk," *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 15, no. 44 (2019): 904.), aksi yönde kolaylaştırıcı arabuluculuğu kuvvetlendirdiği de ifade edilmektedir (Güllüoğlu Altun, "Düzenlemeler.").

¹⁹ HUAK md. 1 "... tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıkları..." açıkça ifade etmektedir (Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 137.).

unsuru taşıyan uyuşmazlıkların arabuluculuk yoluyla çözülebilmeye imkân vermektedir.

Özel hukuk uyuşmazlıklarının tamamı arabuluculuğa elverişli olarak kabul edilmemektedir. Özel hukuk uyuşmazlığının konusu tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğmuş olması aranmaktadır. Bu yönüyle çalışmamızın konusunu oluşturan aile hukukunda kaynaklanan uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişliliği bakımından da hareket noktası olarak öğretide “tarafların serbestçe tasarruf edebilmesi” ölçütü dikkate alınmaktadır.²⁰ Tarafların ancak kamu düzenine ilişkin olmayan hususlarda serbest tasarrufta bulunması mümkündür.²¹ Bu noktada kamu düzeni kavramı üzerinde öğretide görüş birliği yoktur. Bu da arabuluculuğa elverişlilik değerlendirmesi yapılması bakımından farklı görüşlerin doğmasına sebep olmaktadır.²² Kamu düzeni kavramının sınırlarının belirlenmesi kolay olmamakla birlikte, bir toplumun siyasi, sosyal, ekonomik, ahlaki ve hukuki alanlardaki temel yapısını oluşturan kurum ve kurallar olarak tanımlanmaktadır.²³ Bu itibarla toplumun temel yapısına aykırılık oluşturacak, emredici hukuk kurallarıyla düzenlenmiş ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları ilgilendiren²⁴

²⁰ Tanrıver, “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları,” 173; Uyumaz ve Erdoğan, “Aile,” 137; Akil, “Kapsam,” 82.

²¹ Doğa Ekrem Doğancı, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik,” *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2013): 106.

²² Bkz. Bulur, “Değerlendirmeler,” 500; Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 45.

²³ Süha Tanrıver, “Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi,” *Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni* 17, no. 1-2 (1997): 476; Alper Bulur “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi,” *ABD*, no. 4 (2007): 33.

²⁴ Hakan Semizoğlu, “Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya

türdeki konularda taraflarının iradelerinin sonuç doğurduğu arabuluculuk uygulanamaz. Tarafların mahkeme kararı olmaksızın kendi özgür iradeleriyle hukuki sonuç elde edebildikleri, sulh ve kabul yoluyla sona erdirebilecekleri hususlarda ise serbestçe tasarruf edilebilirlikten bahsedilebilir ve arabuluculuk yöntemi kullanılabilir.²⁵

Aile hukukundan doğan uyuşmazlıklar dışında ticari uyuşmazlıklar, işçi-işveren uyuşmazlıkları, tüketici uyuşmazlıkları, kira uyuşmazlıkları, ortaklığın giderilmesi uyuşmazlıkları arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklar olarak sayılmaktadır.²⁶ Bunlardan ticari uyuşmazlıklar, işçi-işveren uyuşmazlıkları²⁷ ve tüketici uyuşmazlıkları²⁸ hali hazırda arabuluculuğun dava şartı olarak öngörüldüğü alanlardır.

İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları," *İBD* 82, no. 5 (2008): 2411; Doğan, "Konu Yönünden Elverişlilik," 105.

²⁵ Bulur, "Değerlendirmeler," 499, 500; Doğan, "Konu Yönünden Elverişlilik," 106.

²⁶ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Katılımcı Kitabı*, 31. Aile hukukunda Aile Mahkemelerinin tarafları sulhe teşvik ödevinin bulunduğu, bunun aile arabuluculuğunun temeli sayılabileceği, fakat aile hukukundaki uyuşmazlıklarda üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulanların sınırlı olması sebebiyle arabuluculuğun sınırlı bir uygulama alanı olacağı konusunda bkz. Tanrıver, "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları," 173. Aynı yönde bkz. Bozdağ, "Uluslararası İhtilaflar," 112.

²⁷ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Katılımcı Kitabı*, 31. Bu kurala ticari uyuşmazlıklara ilişkin olarak TTK md. 5/A'da, işçi-işveren uyuşmazlıklarına ilişkin olarak 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 3'te yer verilmektedir.

²⁸ 28.07.2020 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 7251 Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuk dava şartı haline getirilmiştir.

2. Arabuluculuğa Elverişli Olup Olmamaı Bakımından Aile Hukuku Uyuşmazlıkları

a. Genel Olarak Aile Arabuluculuğu

Aile arabuluculuğu; boşanma, ayrılık, velayet, çocukların yetiştirilmesi ve bakımı vb. konularda arabulucu adını alan bağımsız ve tarafsız 3. kişinin yardımıyla aile üyeleri arasındaki ilişkilerin kurulması, yönetilmesi ve uyuşmazlıkların çözülmesi sürecinin adıdır.²⁹

Aile hukuku kendine özgü belirli niteliklere sahiptir. Bunlar arasında yer alan tasarruf özgürlüğünün bulunmaması ve devletin müdahalesi ilkeleri³⁰, Türk toplum ve aile yapısı,

²⁹ Lisa Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, çev. Adalet Bakanlığı (T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2018), 20; Margaret L. Shaw, "Family Mediation," *New York University Review of Law & Social Change* 14, no. 3 (1986): 757. Avrupa Konseyi Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arası Eşitlik konulu 1639 Sayılı Tavsiye Kararı, aile arabuluculuğunu sadece boşanma bakımından değil diğer aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından da öngörmektedir (Council of Europe Parliamentary Assembly, *Family Mediation and Equality of Sexes Recommendation 1639* (2003), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17171&lang=en>). Aynı yönde bkz. Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1047; Yasemin Güllüoğlu Altun, "Family Mediation (System Overview)," *IJTIHALD Journal On Legal and Economic Studies* 8, no. 4 (2019): 3. Fakat ilk düşünülenin aksine bu bir çift terapisi ya da aile danışmalığı olarak anlaşılmalıdır (Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1046; Rain Isabel Fernandez de Castillejo y Peetsch, "Familien Mediation in Deutschland und die Besonderheiten grenzüberschreitender Falle," iç. *Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu*, çev. Cenk Akil, ed. Ferhat Yıldırım (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 13.).

³⁰ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 5; Mustafa Dural, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018), 4ff.; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku-İkinci Cilt* (Ankara: Beta Yayınevi, 2019), 11ff.

toplumsal cinsiyet eşitsizliği, aile hukukunda arabuluculuğun tartışılmasına neden olmaktadır. Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar genel olarak arabuluculuğa elverişli olarak tanımlanmakla birlikte³¹ henüz hukukumuzda yasal olarak düzenlenmemektedir.³²

Aile arabuluculuğu ile ayrılık ve boşanmanın sosyal ve ekonomik sonuçlarının aile üyeleri, toplum ve devlet bakımından azaltılması ve dostane bir anlaşmanın sağlanması

³¹ Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Katılımcı Kitabı*, 32. Bu konuda Avrupa Konseyi 2003 yılında 1639 Sayılı Aile Arabuluculuğu ve Cinsiyetler Arasında Eşitlik konulu Tavsiye Kararını (Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639.*), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararını (Council Of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (98) 1 on Family Mediation* (Strasbourg: 1998), <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>), Avrupa Adaletlik Etkinlik Komisyonu (CEPEJ) Aile ve Hukuk Arabuluculuğuna İlişkin Tavsiye Kararı'nın Daha İyi Uygulanmasına Yönelik Rehber İlkeleri (Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice, *Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters* (Strasbourg: 2007), <https://rm.coe.int/16807475b6>) meydana getirmiştir.

³² Güllüoğlu Altun, "Family Mediation," 7. Almanya'da aile uyuşmazlıklarının arabuluculuğun özellikle uygulandığı alanlardan biri olduğu konusunda bkz. Uysal, "Alman ve Türk Hukuku," 889. Aile arabuluculuğu uygulamalarında genel arabuluculuk kurallarının uygulanabileceği konusunda bkz. Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4563. Fransa'da aile arabuluculuğunun temelleri 1980'lerde aile danışmanları, aile terapistleri gibi uzmanların uygulamalarıyla atılmaya başlanmış; aile arabulucularının özel konularda ihtisaslaşması, üniversitelerde diploma verilen çalışma alanlarına dönüşecek kadar kökleşmiştir (Benoit Bastard ve Laura Cardia-Voneche, "Family Mediation in France," *International Journal of Law and the Family* 7, no. 3 (1993): 272, 277).

hedeflenmektedir.³³ Aile arabuluculuğu özellikle arabulucunun bağımsız ve tarafsızlığı olmak üzere arabuluculuğun tüm özelliklerini içerir şekilde yürütülmesi halinde bu hedefe ulaşmada başarılı olabilir.³⁴

Aile arabuluculuğu aile hukukunun özellikleri sebebiyle diğer arabuluculuk faaliyetlerinden farklı olarak kendine özgü uygulamalar barındırmaktadır.³⁵ Aile arabuluculuğu toplumsal cinsiyet eşitliği gözetilerek yürütülmeli,³⁶ taraflardan birinin diğerine hükmetmesine müsaade etmemeli,³⁷ uyuşmazlık çocuklara ilişkin ise çocuk dinlenilmelidir.³⁸ Tüm bunlar için süreç gizli yürütülmeli ve arabulucu aile arabuluculuğu konusunda özel olarak eğitilmiş olmalıdır.³⁹ Tüm bu hususlar arabuluculuğa elverişli aile hukuku uyuşmazlıklarının tespiti bakımından önem arz etmektedir.⁴⁰

HUAK kapsamındaki bir diğer deyişle arabuluculuğa elverişli kabul edilen aile hukuku uyuşmazlıklarında başvuru

³³ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 3. Fransa'da boşanmadan sonra dahi taraflar arasında çatışmanın devam etmesi nedeniyle, boşanma sonrası dönemdeki (post-divorce) uyuşmazlıkların –özellikle çocuklara ilişkin uyuşmazlıkların- karşılıklı anlaşma ile çözülmesi amacının aile arabuluculuğunu tercih edilir hale getirdiği konusunda bkz. Bastard ve Cardia-Voneche, “Family Mediation in France,” 272. Aile uyuşmazlıklarının arabulucuda çözülmesi halinde alınan neticeler bir yargı kararıyla karşılaştırıldığında daha az icra edilebilir görünse de, çatışmayı daha derinden çözeceği düşünüldüğünde taraflar arasında daha etkili olacaktır (Shaw, “Family Mediation,” 770.).

³⁴ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 3.

³⁵ Güllüoğlu Altun, “Düzenlemeler.”

³⁶ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 5.

³⁷ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 6.

³⁸ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 6.

³⁹ Council of Europe Parliamentary Assembly, *Recommendation 1639*, art. 3.

⁴⁰ Bu noktada farklı psikik ve tıbbi sebeplerin de elverişlilik bakımından dikkate alınabileceği konusunda bkz. Parkinson, *Aile Arabuluculuğu*, 62.

arabuluculuk süreci sonunda tarafların anlaşması neticesinde düzenlenen anlaşma belgesinin icra edilebilirliği bakımından farklı bir düzenleme mevcuttur. Kural olarak icra edilebilirlik incelemesi dosya üzerinden yapılırken aile uyuşmazlıklarında incelemenin duruşmalı yapılması öngörülmüştür (HUAK md. 18/III).⁴¹ Bu husus aile hukukunda devletin müdahalesi ilkesinin bir yansımasıdır. Devletin müdahalesinin kaynağı, zayıfın korunması gereğinden⁴² kaynaklanmaktadır. Kanun söz konusu korumayı tarafların iradelerini bizzat deneyimleyerek sağlamaktadır.

Tarafların avukatları ile imzaladıkları ve arabulucunun da imzaladığı anlaşmaların ise icra edilebilirlik şerhi gerekmeksizin ilam niteliğinde belge olduğu düzenlenmektedir. HUAK md. 18'in genel sistematığına bakıldığında, avukatlarla birlikte düzenlenen arabuluculuk anlaşmasına ilişkin bu kuralın HUAK md. 18/III'ü kapsar şekilde düzenlendiği düşünülebilir. Bu durumda arabuluculuk anlaşması aile hukukuna ilişkin olsa da herhangi bir icra edilebilirlik şerhine ve bunun duruşmalı yapılmasına gerek olmaksızın sonuç doğuracağı yorumu yapılabilir. Fakat TMK md. 184/I-b.5'in "*Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.*" şeklindeki hükmü dikkate alındığında bu mümkün görünmemektedir. Bu sebeple HUAK md. 18/III'ün aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından bu yorumu engelleyecek şekilde düzenlenmesi ihtiyacı mevcuttur.

HUAK kapsamında olmayan bir diğer deyişle arabuluculuğa elverişli kabul edilmeyen aile hukuku uyuşmazlıklarında arabuluculuk süreci sonunda varılan

⁴¹ Aile arabuluculuğunda icra edilebilirlik incelemesinin aile mahkemelerince yapılmasının daha isabetli olacağı konusunda bkz. Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1056.

⁴² Akıntürk ve Ateş, *Medeni*, 10.

anlaşmalar konusunda da öğretide TMK md. 184/I-b.5'in uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu görüşe göre HUAK kapsamı dışındaki aile hukuku uyuşmazlıklarında, anlaşma hâkimin onayından geçmek zorundadır. Bu şekilde HUAK kapsamında kabul edilmeyen uyuşmazlıklarda arabuluculuğun mahkeme temelli yürütülmesi gerektiği vurgulanmaktadır.⁴³ Bu durum söz konusu uyuşmazlıkların kamu düzeninden olmasının gereği olduğu belirtilmekte, buna bağlı olarak HUAK kapsamında olmayan aile arabuluculuğu uygulamalarına dair tereddütleri azaltacağı ifade edilmektedir.⁴⁴ Kanaatimizce *" tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri iş veya işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlığı "* kabul edilmeyen ve HUAK md. 1/II'ye göre Kanun'un kapsamında olmayan uyuşmazlıklarda yargılama faaliyetinin dışında bir çözüme ulaşılması mümkün değildir. Bu sebeple söz konusu uyuşmazlıklar için mahkeme temelli arabuluculuktan ziyade bir münferit yargılama faaliyetinin varlığından söz edilmelidir.⁴⁵ Taraflar HUAK kapsamında arabulucular siciline kayıtlı bir arabulucunun katılımıyla müzakere gerçekleştirseler ve anlaşmalar dahi bu ilam niteliğinde ve icra edilebilir bir belge olmayacaktır.⁴⁶ Bu anlaşma

⁴³ Şükran Şıpka, "Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları," iç. İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018), Erişim Tarihi Eylül 7, 2020, https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf, 60-61; Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1056.

⁴⁴ Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1057.

⁴⁵ Kanaatimizce tarafların serbestçe tasarrufta bulunamayacağı hususları arabulucu önünde müzakere edilebilir hale getirip getirmemek bir hukuk politikası meselesi olarak gözden geçirilebilir. Fakat hâlihazırdaki arabuluculuk ve aile arabuluculuğu düzenlemeleri bunun için yeterli değildir.

⁴⁶ Müzakerenin konusu HUAK kapsamında sayılmasına engel olan, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği aile hukuku uyuşmazlıkları olması sebebiyle Avukatlık Kanunu md. 35/A'nın uygulanması da

her halde TMK 184/I-b.5 kapsamındaki anlaşmalardan da değildir. Çünkü TMK 184/I-b.5 kapsamındaki anlaşmalar da ancak tarafların serbestçe düzenleyebileceği hususlara ilişkin olabilir.⁴⁷

b. Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

Arabuluculuk hukukumuzda tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği uyuşmazlıklar bakımından öngörülmektedir. Yalnızca uyuşmazlığın taraflarını ilgilendirmeyen, toplumsal etkileri bulunan, kamusal niteliğe sahip⁴⁸ uyuşmazlıklar ise HUAK kapsamında arabuluculuğa elverişli değildir. Bu yönüyle aile hukuku uyuşmazlıklarından evliliğin sona ermesi (boşanma, evliliğin butlanı), boşanmanın parasal nitelikte olmayan fer'ileri (velayet, çocukla kişisel ilişki gibi) tarafların serbestçe tasarruf edemeyeceği konular olması sebebiyle arabuluculuğa elverişli değildir. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği ve arabuluculuğa elverişli aile hukuku uyuşmazlıkları ise boşanmanın fer'i'lerinden malvarlıksal (parasal) talepleri içeren uyuşmazlıklardır.

İlk olarak nişanlanmanın sona ermesinden kaynaklanan hediyelerin iadesi, maddi ve manevi tazminat talepleri

mümkün görünmemektedir (Avukatlık Kanunu md. 35/A konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Alper Bulur, " Avukatlık Kanunu md. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi," *TBB Dergisi*, no. 89 (2010): 211; Şamil Demir, "Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metninin Uzlaşma Sağlamaya İlişkin 35/A Maddesinin Değerlendirilmesi," *ABD*, no. 2 (2012): 203.).

⁴⁷ Gülçin Elçin Grassinger, "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı," *İHFM (Prof. Dr. Türkan Rado"ya Armağanı)* 55, no. 3 (1997): 236.

⁴⁸ Kamusalılık, kamu düzeni kavramı için I. B. 1. deki açıklamalara bakınız.

arabuluculuğa elverişlidir. Çünkü bu uyuşmazlıklar salt parasal talepleri içermektedir ve üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir.⁴⁹

Evliliğin butlanı veya boşanma durumunda söz konusu hukuki sonuçların gerçekleşmesi için mahkeme kararı gerekmektedir. Bu bakımdan butlan ve boşanma inşai kararlar ortaya çıkmaları sebebiyle taraf iradeleriyle ortaya çıkacak hukuki sonuçlar değildir.⁵⁰ Bu haliyle arabuluculuk vasıtasıyla evliliğin butlanı ya da boşanma konusunda tarafların anlaşması hukukumuzda mümkün değildir.⁵¹ Boşanma davası esnasında alınacak geçici önlemler ve tedbir nafakası talebi de

⁴⁹ Şıpka, "Aile Arabuluculuğu," 59; Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 143ff.

⁵⁰ Öztan, *Aile Hukuku*, 717; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 105; Akıntürk ve Ateş, *Medeni*, 276; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4573.

⁵¹ Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 147ff.; Bulur, "Değerlendirmeler," 502. Hakimin onayından geçmek koşuluyla anlaşmalı boşanma şeklinde mümkün olabileceği konusunda bkz. Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 107. Hukukumuzda anlaşmalı boşanma imkanı varken ayrıca arabuluculuğa ihtiyaç duyulmayacağı düşünülebilir. Anlaşmalı boşanma halinde hâkimin anlaşmayı boşanmanın mali sonuçları ve çocuklara ilişkin hükümleri itibariyle uygun bulmalıdır (Öztan, *Aile Hukuku*, 694; Dural, Ögüz ve Gümüş, *Aile*, 124; Akıntürk ve Ateş, *Medeni*, 271.). Hâlbuki arabuluculuk sonunda yapılan anlaşma duruşmalı da olsa mahkeme tarafından ancak anlaşmanın içeriğinin arabuluculuğa ve cebri icraya elverişli olup olmadığı hususlarıyla sınırlı olarak incelenebilir. Bu bakımdan arabuluculuk, cebri icraya elverişliliği tartışılabilirse de anlaşmalı boşanmaya nazaran daha avantajlı olabilir. Ayrıca sürecin anlaşmalı boşanmada olduğu gibi taraf avukatlarınca değil bağımsız ve tarafsız 3. kişi tarafından yürütülecek olması da tarafların eşitlik ve güvenlik algısı, sonuçtan tatmini itibariyle daha elverişli olabilir. Fakat hâlihazırda Türk Aile Hukukunun özellikleri bakımından bu mümkün görünmemektedir.

arabuluculuk yöntemiyle uygulanamayacak, mahkeme kararı gerektiren hukuki kurumlardır.⁵²

Evliliğin boşanmayla sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası talepleri ile mal rejiminin tasfiyesinden kaynaklanan talepler arabuluculuğa elverişli uyuşmazlıklardandır.⁵³ Yardım nafakası, yoksulluğa düşen bir kimsenin üstsoy-altsoy ve kardeşten aile hukuku kapsamında talep edebildiği bir ödemedir. Bu talep, menfaatler itibarıyla yalnızca talep eden ile üstsoy, altsoy ve kardeşi ilgilendirdiği için tarafların üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabileceği uyuşmazlıklardandır. Bu sebeple yardım nafakası talebi arabuluculuğa elverişli kabul edilmektedir.⁵⁴

İştirak nafakası talebi her ne kadar malvarlıksal bir özelliğe sahipse de, çocuğun üstün yararı ve bunun kamu düzeninden olması sebebiyle arabuluculuğa elverişli kabul edilmemektedir.⁵⁵

⁵² Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 148; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 114; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4574; Bozdağ, "Uluslararası İhtilaflar," 104.

⁵³ Şıpka, "Aile Arabuluculuğu," 59; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 117ff; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4576ff; Akkaya, "Aile Danışmanlığı," 28. Makaleye esas olan bildirinin sunumu esnasında taşınmaz mülkiyetinin geçişi konu eden bir uyuşmazlığın mevcut olması halinde –örneğin paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin tasfiyesinde aile konutunun özgülenmesi- arabuluculuğa elverişliliğin şüpheli olacağı ifade edilmiştir. Kanaatimizce bu durumda dahi arabuluculuğa elverişlilikten şüphe etmemek gerekir. Çünkü tarafların taşınmaz mülkiyetinin devredilmesine ilişkin arabulucu önünde anlaşma yapmaları mümkündür. Taşınmaz mülkiyetinin bu anlaşma ile geçmeyeceği açıktır. Taşınmaz mülkiyetinin bu anlaşma belgesine dayanarak geçmeyeceğini söylemek, uyuşmazlığın arabulucuya elverişliliğinden ziyade icra edilebilirlik niteliği ile ilgilidir. Bu ikisinin birbirinden ayrı düşünülmesi gerekir.

⁵⁴ Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 158.

⁵⁵ Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 157; Akil, "Kapsam," 83; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 193; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki

İştirak nafakası, üzerinde boşanan eşlerden ziyade çocukların menfaati bulunan ve bu sebeple de serbest tasarrufları altında bulunmayan konulardan olduğu için biz de arabuluculuk yöntemiyle çözülemeyeceği kanaatindeyiz.

Maddi tazminat, manevi tazminat, mal rejiminin tasfiyesi ve nafaka talebi biçiminde ortaya çıkanlar dışındaki aile hukuku uyumsuzlukları kamu düzenini ilgilendiren yönleri, inşai karar ile ortaya çıkmaları gibi sebeplerle serbestçe tasarrufta bulunmaya elverişli değildir. Bu sebeple söz konusu uyumsuzluklar arabuluculuk yöntemi ile çözülemeyecektir.⁵⁶

Boşanmanın çocuklar bakımından bazı sonuçları vardır. Bunlar çocuğun velayeti, çocukla kişisel ilişki ve çocuğun bakımınıdır.⁵⁷ Söz konusu meseleler çocuğun yararının ön planda olduğu, ebeveyn olsalar da eşlerin serbest iradeleriyle karar veremeyeceği hususlara ilişkindir. Bu sebeptir ki bu tür uyumsuzluklar arabuluculuğa elverişli kabul edilmemektedir.⁵⁸ Fakat Avrupa Konseyi Rec (98) Tavsiye Kararında çocukla kişisel ilişki kurulması konusunda ebeveynlerin arabulucu önünde anlaşabilecekleri yer almaktadır.⁵⁹

Sonuçlarında Arabuluculuk," 4585. Aksi kanaatte bkz. Bulur, "Değerlendirmeler," 501.

⁵⁶ Şıpka, "Aile Arabuluculuğu," 59; Akil, "Kapsam," 82; Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1052.

⁵⁷ Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 154.

⁵⁸ Uyumaz ve Erdoğan, "Aile," 157; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 168, 182; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4585. Çocukla kişisel ilişki konusunun arabuluculuğa elverişli olduğu şeklinde aksi kanaatte bkz. Bulur, "Değerlendirmeler," s.502.

⁵⁹ Mustafa Özbek, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı," *DEÜHFD* 7, no. 2 (2005): 85; Kaplan Güler, *Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, 167; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4584. Bozdağ, "Uluslararası İhtilaflar," 117. Lahey Konferansı'nca da sınır ötesi uyumsuzluklarda

Soybağı, kamu düzeni kaygısının en baskın olduğu aile hukuku uyuşmazlıklarındandır. Bu sebeple öğretiyeye göre arabuluculuk yöntemiyle çözülmeye elverişli değildir.⁶⁰ Fakat kanaatimizce babanın tanıma kurumunda olduğu gibi tek taraflı iradesiyle çocukla arasında soybağı kurulabilirdiği ve çocuğun gerçekten babası olmasa dahi soybağının reddine konu olmadığı müddetçe soybağının mevcudiyetini koruduğu düşünüldüğünde, soybağına ilişkin uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olabileceği kanaatindeyiz.⁶¹ Böylece taraflar arasındaki soybağı konulu bir uyuşmazlığın arabulucu önünde tartışılması, bunun sonucunda bir anlaşmaya varılması ve anlaşmanın gereğinin babanın “tanıma” beyanı ile yerine getirilmesi mümkündür. Burada çocuğun bir kimse ile soybağının kurulmamasına nazaran, biyolojik olmasa da bir kimseye soybağı ile bağlı olmasının; soybağının gerçek (biyolojik) baba ile kurulmasından daha öncelikli olduğunu ve TMK’nın soybağına ilişkin hükümlerinin de bu yönde olduğunu düşünmekteyiz.

Vesayete ilişkin uyuşmazlıklar da tam anlamıyla kamu düzeninden olmaları ve üzerinde serbestçe tasarrufta bulunulamaması sebebiyle arabuluculuğa elverişli olmayan aile hukuku uyuşmazlıklarıdır.⁶²

çocukla kişisel ilişki kurulması arabuluculuk ile çözülebilecek bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmektedir (Bozdağ, “Uluslararası İhtilaflar,” 118. Almanya’da aile arabuluculuğu uygulamalarının çocuğun velayeti ve çocukla kişisel ilişki konularını kapsadığı konusunda bkz. Castillejo y Peetsch, “Familien Mediation in Deutschland,” 25.

⁶⁰ Uyumaz ve Erdoğan, “Aile,” 159.

⁶¹ HMK md.70/III gereği Cumhuriyet Savcısının yer aldığı dava ve işler hariç mümkün olduğu yönünde bkz. Bulur, “Değerlendirmeler,” 502.

⁶² Uyumaz ve Erdoğan, “Aile,” 160.

c. Şiddet İddiasını İçeren Aile Hukuku Uyuşmazlıklarının Arabuluculuğa Elverişliliği

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu md. 1/II'nin son bendinde *“aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişli değildir”* demek suretiyle, uyuşmazlık diğer ölçütler itibariyle arabuluculuğa elverişli olsa da aile içi şiddet iddiasının söz konusu olduğu durumda arabuluculuk yönteminin kullanılamayacağını düzenlenmektedir. Bu noktada aile içi şiddet kavramına şiddetin tüm türlerinin dâhil olup olmadığı, insan hakları problemi olarak kadına yönelik şiddetin de hükmün kapsamında yer alıp almadığı, hatta tüm hukuk uyuşmazlıklarında şiddet iddiasının arabuluculuğa elverişlilikte bir ölçüt olarak düzenlenebilirliği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Öğretide aile içi şiddet kavramını belirlemede *“Aile İçi Şiddet; Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi”*⁶³ (İstanbul Sözleşmesi) ve 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun referans alınmaktadır.⁶⁴ İstanbul Sözleşmesi kapsamında *“eylemi gerçekleştiren, mağdurla aynı ikametgâhı paylaşmakta olsun veya olmasın veya daha önce paylaşmış olsun veya olm asın, aile içinde veya aile biriminde veya mevcut veya daha önceki eşler veya birlikte yaşayan bireyler arasında meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik veya*

⁶³ Sözleşme 11.05.2011 tarihinde İstanbul'da imzaya açılmış, 24/11/2011 tarihli ve 6251 sayılı Kanunla sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuş, 08.03.2012 tarihinde ise Bakanlar Kurulu'nun onayı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır, RG. 08.03.2012, S. 28227 Mükerrer. Sözleşme bundan sonra kamuoyunda bilindiği haliyle İstanbul Sözleşmesi olarak anılmaktadır.

⁶⁴ Şamil Demir, *“Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi,” ABD*, no. 2 (2014): 215ff.; Ceylan, *“Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk,”* 4564.

ekonomik şiddet eylemleri” olarak tanımlanmaktadır.⁶⁵ Bu yönüyle ev içi şiddet (domestic violence), yalnızca kadınlara değil belirli bir yakınlıktaki tüm bireylere (kadın, erkek, çocuk, ebeveyn) yönelen şiddeti ifade etmektedir.⁶⁶ Kadına yönelik şiddet ise insan haklarının ve ayrımcılığın bir sonucu olarak “*ister kamu ister özel yaşamda meydana gelsinler, söz konusu eylemlerde bulunma tehdidi, zorlama veya özgürlüğün rastgele bir biçimde kısıtlanması da dâhil olmak üzere, kadınlara fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik zarar ve acı verilmesi sonucunu doğuracak toplumsal cinsiyete dayalı tüm şiddet*” olarak ifade edilmektedir.⁶⁷ Bu bakımdan kadına yönelik şiddetin tek mağduru kadındır ve şiddet toplumsal cinsiyetin bir sonucudur.

6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun “ev içi şiddet” kavramını kullanmakta, İstanbul Sözleşmesinin aile içi şiddet tanımından farklı görünmekle birlikte esasen mağdur ve fail olarak aynı kişileri işaret etmektedir. Sözleşmenin birlikte yaşayan kişiler (partner) ifadesi 6284 Sayılı Kanunda⁶⁸ bu şekilde yer almasa da bir hanede evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kişileri ev içi şiddet kavramına dahil ettiği açıktır.⁶⁹ Yine kadına yönelik şiddet tanımı bakımından Sözleşme ve 6284 Sayılı Kanun örtüşmektedir.

Gerek aile içi şiddet, gerekse kadına yönelik şiddet bakımından şiddet türleri fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik

⁶⁵ Kadriye Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi,” *ABD*, no. 4 (2015): 148.

⁶⁶ Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi,” 134.

⁶⁷ Bakırcı, “İstanbul Sözleşmesi,” 149.

⁶⁸ 6284 Sayılı Kanun md. 2/1-b: “Ev içi şiddet: Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti, ...ifade eder.”.

⁶⁹ Demir, “Aile İçi Şiddet ve Uzlaşma,” 216.

şiddet olarak çeşitlenmektedir.⁷⁰ Şiddetin türü ne olursa olsun uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişli olmadığını söylemek kanaatimizce isabetli değildir. Bu sebeple şiddetin türüne göre arabuluculuğa elverişlilik değerlendirmesi yapılmalıdır.⁷¹ Şiddetin psikolojik ya da ekonomik olduğu durumlarda, şiddetin yoğunluğuna da bağlı olarak, uyuşmazlığın arabulucu yoluyla çözülmesinde kanaatimizce bir engel olmamalıdır. Fakat fiziksel şiddet ve cinsel şiddet bakımından uyuşmazlık arabulucu yoluyla çözülme elverişli değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki bir uyuşmazlıkta birden fazla şiddet türü gerçekleşebilir. Bu durumda fiziksel ya da cinsel şiddet varsa arabuluculuk bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak tercih edilemez.⁷²

İstanbul Sözleşmesinin tanımlarından anlaşılacağı üzere aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet farklı kavramlardır. HUAK md. 1’de yer alan ve uyuşmazlığı arabuluculuğa elverişsiz hale getiren “*aile içi şiddet*” iddiası olarak ifade edilmektedir. Her ne kadar HUAK yalnızca aile içi şiddet kavramına yer vermişse de

⁷⁰ Tijen Dündar Sezer, *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019), 44ff.; Levent, Börü, “Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler,” *TBB Dergisi Özel Sayı* (2017): 179. Bu bakımdan sanıldığı gibi aksine aile içi şiddet yalnızca fiziksel şiddetten ibaret değildir (Laurel Wheele, “Mandatory Family Mediation and Domestic Violence,” *Southern Illinois University Law Journal* 26, no. 3 (2002): 561.).

⁷¹ Börü, şiddetin türünü yalnızca kadına yönelik şiddet bakımından dikkate almaktadır (Börü, “Kadına Karşı Şiddet,” 188.). Kanaatimizce arabuluculuk bakımından kadına yönelik şiddet çoğunlukla aile içi şiddet kavramı dâhilinde değerlendirilebileceği için bu ayrım aile içi şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklarda da yapılabilir. Aksi kanaatte bkz. Güllüoğlu Altun, “Family Mediation,” 6.

⁷² Şiddetin herhangi bir türünün mevcut olması halinde uyuşmazlığın arabuluculuk yoluyla çözülemeyeceği yönündeki aksi kanaatte bkz. Ceylan, “Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk,” 4570.

kanaatimizce bunu kadına yönelik şiddeti de içine alacak şekilde anlamak gerekmektedir.⁷³ Örneğin bir iş hukuku uyuşmazlığında ayrımcılık temelli kadına yönelik şiddet iddiası varsa, aile içi şiddette mevcut olan güvensizlik ortamı şiddete uğrayan bakımından iş hukukundan kaynaklı arabuluculuk görüşmelerinde de aynı şekilde mevcut olacaktır. Kanaatimizce bu sebeple şiddet mağduru bakımından arabuluculuk görüşmeleri her durumda elverişsizdir ve amaçlanan iletişimin kurulması mümkün değildir. Kaldı ki arabuluculuk süreçleri, uyuşmazlığın türüne göre arabulucuların farklı niteliklere sahip olmasını gerektirmekteyken; örneğin aile hukuku uyuşmazlıklarında aile içi şiddetin mevcut olduğu uyuşmazlıkların müzakeresini yürütebilecek niteliklerin arabuluculara kazandırılması da çok kolay olmayacaktır.⁷⁴

Ev içi şiddet ya da kadına yönelik şiddetin mevcut olduğu durumda hukuki sorumluluğa ilişkin süreçle birlikte başlaması muhtemel olan bir ceza soruşturması da söz konusudur. Soruşturma ve kovuşturmanın kamu adına yürütüldüğü durumlarda, cezalandırılma tehdidiyle karşı karşıya kalan kişinin kendisine karşı tazminat talebinde bulunan mağdurla iletişim kurması mümkün olmayacağı gibi çatışmanın daha sert biçimde sürdürülmesi riskini de taşımaktadır. Bu sebeplerle

⁷³ Hatta daha geniş surette bunu şiddet eylemi olarak algılamak da mümkündür. Kanunun madde gerekçesinde tarafların aile içi şiddetin varlığı halinde kendini güvende hissedemeyeceğinden bahisle sürecin sağlıklı yürümeyeceğine yer verilmektedir (Akil, "Kapsam," 123). Söz konusu güvensizlik hali şiddete maruz kalan bakımından tüm uyuşmazlıklar için söz konusu olabilir. Bir diğer deyişle ticari uyuşmazlıkta, iş hukuku uyuşmazlığında, miras hukuku uyuşmazlığında, inşaat hukuku uyuşmazlığında vb. şiddet iddiası varsa uyuşmazlığın arabuluculuğa elverişsiz olacağı söylenebilir. Bu sebeple hükmün HUAK kapsamındaki tüm uyuşmazlıklarda "*şiddet iddiası*" olarak düzenlenmesinin daha isabetli olabileceği kanaatindeyiz.

⁷⁴ Wheele, "Mandatory Family Mediation," 567.

uyuşmazlığın içeriği ne kadar elverişli olursa olsun ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddete dayanan taleplerde arabuluculuk yönteminin kullanılmayacağı kanaatindeyiz.⁷⁵

HUAK md. 1'in "aile içi şiddet iddiası" içeren uyuşmazlıklar ile ilgili hükmü konusunda tekrarlamak gerekirse hükmün aile içi şiddeti, kadına yönelik şiddet olarak geniş yorumlanması; şiddet kavramının ise yalnızca fiziksel şiddet ve cinsel şiddet olarak dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

İstanbul Sözleşmesi arabuluculuk bakımından ayrıca bir yasak içermektedir. Buna göre aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet dahil sözleşme kapsamındaki her türlü şiddetin mevcut olduğu durumlarda, arabuluculuğun dava şartı (zorunlu) olması imzacı devletler bakımından yasaklanmaktadır. Burada vurgulamak gerekmektedir ki; sözleşme şiddet içeren uyuşmazlıklarda arabuluculuğu tamamen yasaklamamakta, arabuluculuğun zorunlu bir yöntem olarak uygulanmasını yasaklamaktadır.⁷⁶ Bu yönüyle HUAK md. 1/II'nin şiddet mağdurları bakımından İstanbul Sözleşmesi'nden daha geniş bir koruma sağladığını, aile içi şiddet iddiasının bile yeterli görülmesinin bunu güçlendirdiğini söylemek mümkündür. İstanbul Sözleşmesi ve HUAK arasında dava şartı arabuluculuk konusunda meydana gelen bu düzenleme farklılığı bir çatışma niteliğinde değildir. Burada kanunun, uluslararası sözleşmenin koyduğu *şiddet iddiası içeren uyuşmazlıklarda dava şartı yasağını* bünyesinde barındırması ve hatta bu yasağı genişletip daha

⁷⁵ Şiddet nedeniyle arabuluculuğun önünün tamamen kesilmemesi gerektiği konusunda bkz. Demir, "Aile İçi Şiddet ve Uzlaşma," 227; Akil, "Kapsam," 124; Börü, "Kadına Karşı Şiddet," 187.

⁷⁶ Bakırcı, "İstanbul Sözleşmesi,"192; Demir, "Aile İçi Şiddet ve Uzlaşma," 220; Ceylan, "Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk," 4565. Aile uyuşmazlıklarında zorunlu arabuluculuk bakımından aynı ilke Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararında da yer almaktadır (Council Of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (98) 1*, 15.).

geniş bir koruma sağlayarak *şiddet iddiası içeren uyuşmazlıkları* hiçbir şekilde arabulucu önünde çözülemez kabul etmesi söz konusudur.

II. ARABULUCULUĞA ELVERİŞLİ AİLE HUKUKU UYUŞMAZLIKLARINDA ARABULUCULUĞUN DAVA ŞARTI OLARAK ÖNGÖRÜLEBİLİRLİĞİ

Dava şartı arabuluculuk (zorunlu arabuluculuk), hukukumuzda uygulandığı haliyle kanunların belirli uyuşmazlıklarda doğrudan ve zorunlu olarak arabulucuya başvuruyu öngördüğü sistemdir.⁷⁷ Bu yönüyle arabuluculuk faaliyetinin tabi olduğu gönüllülük ilkesi, arabuluculuk faaliyetini sürdürme bakımından uygulanmakla birlikte, arabulucuya başvurma bakımından uygulanmamaktadır.⁷⁸ Hukukumuzda 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu md. 5/A ile ticari uyuşmazlıklarda, 7036 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu md. 3 ile işçi-işveren uyuşmazlıklarında ve 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 73/A ile tüketici uyuşmazlıklarında arabuluculuğa başvurma dava şartı olarak düzenlenmektedir.

Aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar arabuluculuğa elverişlilik yönünden tartışıldığı gibi arabuluculuğa elverişli kabul edilenler bakımından dava şartı olarak öngörülüp öngörülemeyeceği de tartışılmaktadır.⁷⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Aile Arabuluculuğu Hakkındaki R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı'nda aile

⁷⁷ Seda Özümücü, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış," *İÜHFM* 74, no. 2 (2016): 808.

⁷⁸ Dava şartı olmanın arabuluculuğun ruhuna aykırı olduğu konusunda bkz. Ekmekçi, Özkes ve Atalı, *İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*, 112ff.; Karacabey, "Hukukun Temel İlkeleri," 459.

⁷⁹ Akkaya, "Aile Danışmanlığı," 29.

arabuluculuğunun kural olarak zorunlu olmaması gerektiği ifade edilmektedir.⁸⁰ İstanbul Sözleşmesi'nin 48. maddesinde de bu husus ifade edilmektedir.⁸¹ Bu noktada aile hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda temel sebebin iletişimsizlik olduğu ve bunun uyuşmazlığın taraflarını, ailenin diğer ferdi olan çocukları olumsuz yönde etkilediği; tarafların içinde buldukları duygu durumu itibariyle sağlıklı karar veremeyecekleri ve bu konuda arabuluculuğa iradi şekilde başvurma bakımından da aynı durumun söz konusu olduğu, tarafların arabuluculuğa zorlanması halinde içinde buldukları psikolojik durumdan daha kolay çıkabilecekleri ve çatışma ortamının azalacağı gerekçe olarak gösterilmektedir.⁸² Biz de öğretilerdeki bu görüşü tamamen reddetmemekteyiz. Zira özellikle boşanmadan kaynaklanan malvarlıksal talepli uyuşmazlıkların temelinde dahi eşler arasındaki psikolojik çekişmeler yatmaktadır. Salt malvarlıksal talepli uyuşmazlıkların çözümünde tarafların kazan-kazan durumuna gelmesi daha olanaklıdır. Fakat bu tür uyuşmazlıklarda genellikle çatışma duygusal talepler, kırgınlıklar, gurur, öç duygusu vb. sebeplerle

⁸⁰ Council of Europe Committee of Ministers, *Recommendation No. R (98) 1*, 15.

⁸¹ Bakırcı, "İstanbul Sözleşmesi," 192. Alman Hukukunda dava şartı alternatif uyuşmazlık çözümünün uygulandığı haller sınırlı sayma yoluyla belirtmekte, aile hukuku uyuşmazlıkları bunun dışında tutulmaktadır (Uysal, "Alman ve Türk Hukuku," 917.).

⁸² Akkaya, "Aile Danışmanlığı," 29; Güllüoğlu Altun, "Family Mediation," 1, 6. Aksi kanaatte bkz. Özbek, "Tavsiye Kararı," 83. Amerika'da aile arabuluculuğunun popülarite kazanmasıyla ev içi şiddet vakalarındaki artışın paralel ilerlediği, yapılan araştırmaların kadınların ilişkiyi bitirmeyi istediğinde diğer tüm durumlardan daha fazla şiddete maruz kaldığını gösterdiği, bu sebeple arabuluculuk ve aile içi şiddetin tehlikeli bir yakınlık içerisinde olduğu konusunda bkz. Wheele, "Mandatory Family Mediation," 561.

çözülememektedir.⁸³ Bu durum hem tarafları hem de varsa çocukları oldukça olumsuz etkilemektedir.⁸⁴ Aile arabuluculuğunun benimsenmesi bakımından öğretilerde genellikle çocuğun üstün yararı dile getirilmişse de, çocuk sahibi olsun ya da olması tarafların yararı da vurgulanmalıdır. Tarafların bu noktada zaten iletişim kuramadıkları, yargısal süreçlerin bazen bu çatışmayı daha da şiddetlendirdiği ve arabuluculuğun da tam olarak iletişimin tarafsız bir üçüncü kişi tarafından kurulması faaliyeti olduğu düşünüldüğünde, dava şartı olarak bu tür uyuşmazlıklara uygulanmasının olumlu olabileceği kanaatindeyiz.

Son olarak aile hukuku uyuşmazlıklarında dava şartı arabuluculuk, HUAK kapsamındaki uyuşmazlıklarda mümkündür. HUAK kapsamına girmeyen ve kamu düzeninden olan uyuşmazlıklar mahkeme temelli ya da değil zaten arabuluculuk yoluyla çözülemeyeceğinden, bunun dava şartı olarak belirlenmesinden bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Arabuluculuk, tarafsız 3. bir kişinin aracılığıyla, bir uyuşmazlığın taraflarının iletişim kurmasını ve kendi çözümlerini üretmesini sağlamak üzere başvuru olan bir uyuşmazlık çözme yöntemidir. Bizim hukukumuzda HUAK ile uygulanan bu yöntem konusunda aile uyuşmazlıkları bakımından bazı tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmalar genellikle uyuşmazlığın kamu düzenine ilişkin olmaması halinde arabuluculukla çözülebileceği, aksi halde

⁸³ Gerencser, "Domestic Abuse," 49. Shaw, aile uyuşmazlıklarını "sorunlu ilişkilerden oluşan bir çatışma tarihi" olarak tarif etmekte, bu yönüyle iş uyuşmazlıkları, ticari uyuşmazlıklar vd. uyuşmazlıklardan çok farklı ve karmaşık olduğunu ifade etmektedir (Shaw, "Family Mediation," 764.).

⁸⁴ Akkaya, "Aile Danışmanlığı," 26ff.; Güllüoğlu Altun, "Düzenlemeler." Bu durumda dahi taraflardan birlikte çalışmalarının beklenebileceği konusunda bkz. Parkinson, Aile Arabuluculuğu, 52.

çözümeyeceği yönündeki kanaatlerle sonuçlanmaktadır. Aile hukuku uyuşmazlıklarının arabuluculuğa elverişli olduğu düşünüldüğünde de dava şartı olarak öngörülmesine mesafeli yaklaşmaktadır. Ayrıca uyuşmazlığın türü ne olursa olsun aile içi şiddet iddiasının arabulucuya başvuruyu engellediği ifade edilmektedir.

Bu çalışma kapsamında kanaatimizce aile arabuluculuğunda uyuşmazlık öncelikle tarafların ihtiyaçlarının giderilmesi ve toplumsal barışın sağlanması odağında ele alınmalıdır. Bu bakımdan varsa çocuğun korunması ve üstün yararı da dikkate alınmalıdır. Eşler, çocuklar veya uyuşmazlığın aile kavramı içerisindeki diğer tarafları bakımından ilişkilerin korunması amaçlanmakla birlikte evliliğin korunması ve sürdürülmesi bu kapsamda arabuluculuğun temel amacı olmamalıdır. Aile hukuku uyuşmazlıkları bakımından arabuluculuğa elverişlilik değerlendirmesinde, kamu düzenine ilişkin olma hareket noktası olarak dikkate alınabilmekle birlikte ayrımın çok keskin olmadığı kanaatindeyiz. Ayrıca uyuşmazlığın türü ne olursa olsun kanaatimiz şiddet iddiasının mevcut olması durumunda, bu şiddetin diğer türleriyle birlikte veya yalnızca fiziksel şiddet ve cinsel şiddet olması halinde arabuluculuğun bir yöntem olarak kullanılamaması yönündedir. Fakat psikolojik ve ekonomik şiddetin, şiddetin yoğunluğuna göre, arabuluculuğa engel olmayacağını düşünmekteyiz.

Aile arabuluculuğu boşanma ve evliliğin butlanı gibi inşai kararlar ortaya çıkan uyuşmazlıklar ile bunlara bağlı geçici tedbirler taleplerinde uygulanmaya elverişli değildir. Boşanmanın fer'i niteliğinde olup yalnızca malvarlıksal talepleri kapsayan ve bunlardan ev içi şiddet iddiası içermeyenler bakımından mevcut uluslararası düzenlemeler ve ulusal mevzuatımız kapsamında arabuluculuk mümkündür. Evliliğin sona erdirilmesi ve boşanmanın parasal nitelikteki fer'ileri dışında kalanlar için TMK md. 184/I-b.5 kapsamında bir

mahkeme temelli arabuluculuğun uygulanması gerektiği ifade edilse de kanaatimizce bu hüküm HUAK kapsamında olmayan uyuşmazlıklara da kamu düzenini ilgilendirmeleri nedeniyle uygulanamaz. Söz konusu uyuşmazlıklar her halde dava yoluyla çözümlenmelidir. TMK md. 184/I-b.5 ancak arabuluculuğa elverişli ve HUAK kapsamındaki aile hukuku uyuşmazlıklarının mahkeme temelli olup olmaması tartışmasında, mahkeme temelli olması benimsendiğinde uygulanabilir.

Aile hukuku uyuşmazlıklarından malvarlıksal olmasa da çeşitli uyuşmazlıkların (soybağı gibi) HUAK kapsamında değerlendirilebileceği, malvarlıksal olsa da HUAK kapsamına alınmayabileceğini (tedbir nafakası ve iştirak nafakası gibi) düşünmekteyiz. Bu noktada toplumsal cinsiyet eşitliğini gözeterek,⁸⁵ zayıfın korunması ilkesine sadık kalarak geliştirilecek bir hukuk politikasıyla aile hukukunda arabuluculuğun farklı türlerinin uygulanmasını öngörerek (örneğin aile hukuku uyuşmazlıklarında eş arabuluculuk modeli), aile arabulucularında özel nitelikler arayarak ve arabuluculuk uygulamasını aile hukukunda özel prosedürlere tabi tutarak⁸⁶ nitelikli bir arabuluculuk uygulaması geliştirilebileceği kanaatindeyiz. Bu kapsamda mevcut HUAK düzenlemelerinin aile arabuluculuğu için yeterli olmadığını, aile arabuluculuğunun kendi dinamiklerine ilişkin özel

⁸⁵ Aynı yönde bkz. Börü, "Aile Arabuluculuğu," 1057.

⁸⁶ Güllüoğlu Altun, "Family Mediation," 2. Her ne kadar HUAK md. 1/II'de "aile içi şiddet iddiası"ndan bahsedilmekteyse de örneğin uyuşmazlığın tarafları olayları aile içi şiddet olarak nitelendiremiyor olabilirler. Bu bakımdan aile içi şiddet olduğunu bilmeksizin ve bir fiili bu şekilde nitelendirmeksizin taraflardan birine isnad edilecek şiddet fiili de "aile içi şiddet iddiası" olarak değerlendirilmelidir. Bu noktada arabuluculara olguları aile içi şiddet olarak nitelendirebilecek özelliklerin kazandırılması önemlidir (Alison E. Gerencser, "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse," *Florida State University Law Review* 23, no. 1 (1995): 44.).

düzenlemelerin HUAK'tan bağımsız olarak oluşturulması gerektiğini düşünmekteyiz.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut, ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku: Aile Hukuku - İkinci Cilt*. Ankara: Beta Yayınevi, 2019.
- Akil, Cenk. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun Kapsamı." İç. *Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan 1*, (2014): 75-135.
- Akkaya, Tolga. "Boşanma Davasında Alınabilecek Geçici Hukuki Korumalar veya Hakimin Müdahalesi Yoluyla Çocuğun Korunması Kapsamında Zorunlu Arabuluculuk ve Boşanma Süreci (Aile) Danışmanlığı." *ABD*, no. 4 (2014): 23-61.
- Arabuluculuk Daire Başkanlığı, *Temel Arabuluculuk Eğitimi Katılımcı Kitabı*, ARCS, 2019. <http://www.adb.adalet.gov.tr/arabuluculukkatilimcielkitabi.pdf>.
- Bakırcı, Kadriye. "İstanbul Sözleşmesi." *ABD*, no. 4 (2015): 133-204.
- Bastard, Benoit ve Cardia-Voneche, Laura. "Family Mediation in France." *International Journal of Law and the Family* 7, no. 3 (1993): 271-281.
- Börü, Levent. "Aile Arabuluculuğu Konusunda Güncel Gelişmeler." İç. *II. Uluslararası Kadın ve Hukuk Sempozyumu 2*, editörler Süheyla Suzan GOKALP ALICA ve Necdet BASA, 1043-1062. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2019.
- Börü, Levent. "Kadına Karşı Şiddette Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Değerlendirmeler." *TBB Dergisi Özel Sayı* (2017): 173-198.
- Bulur, Alper. "6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Uygulaması Hakkında Değerlendirmeler." İç. *Prof. Dr. Ramazan Arslan'a Armağan 1*, (2015): 499-514.

- Bulur, Alper. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Arabuluculuk Yöntemi." *ABD*, no. 4 (2007): 30-46.
- Bulur, Alper. "Avukatlık Kanunu md. 35/A'nın Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları Çerçevesinde İrdelenmesi ve Bir Düzenleme Önerisi." *TBB Dergisi*, no. 89 (2010): 196-241.
- Castillejo y Peetsch, Rain Isabel Fernandez. "Almanya'da Aile Arabuluculuğu ve Sınır Aşan Davalara İlişkin Özellikler." İç. *Uluslararası Arabuluculuk Sempozyumu, çev. Cenk Akil, ed. Ferhat Yıldırım*, 23-33. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Ceylan, Ebru. "Türk Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk." *Legal Hukuk Dergisi* 16, no. 190 (2018): 4561-4588.
- Council Of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. R (98) 1 on Family Mediation. Strasbourg:1998. <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804ecb6e>
- Council of Europe European Commission for the Efficiency of Justice, Guidelines for a Better Implementation of the Existing Recommendation Concerning Family Mediation and Mediation in Civil Matters. Strasbourg: 2007. <https://rm.coe.int/16807475b6>.
- Council of Europe Parliamentary Assembly, Family Mediation and Equality of Sexes Recommendation 1639. Strasbourg: 2003. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=17171&lang=en>.
- Demir, Şamil. "Arabuluculuk ile Aile İçi Şiddet ve Uzlaşmaya Tabi Suçların İlişkisi." *ABD*, no. 2 (2014): 211-228.
- Demir, Şamil. "Avukatlık Kanunu Tasarısı Çalışma Metninin Uzlaşma Sağlamaya İlişkin 35/A Maddesinin Değerlendirilmesi." *ABD*, no. 2 (2012): 187-215.
- Doğancı, Doğa Ekrem. "Karşılaştırmalı Olarak Alman ve Türk Hukukunda Arabuluculuğa Konu Yönünden Elverişlilik."

- Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1, no. 2 (2013): 93-118.
- Durak, Yasemin. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemi Olan Arabuluculuk ve Medeni Hukuktaki Görünümü." *Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 3, no. 2 (2013): 55- 76.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III: Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2018.
- Dündar Sezer, Tijen. *İnsan Hakları Hukuku Açısından Kadınlara Yönelik Şiddet*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.
- Ekmekçi, Ömer, Muhammet Özkes, ve Murat Atalı. *Hukuk Uyuşmazlıklarında İhtiyari ve Zorunlu Arabuluculuk*. İstanbul: On İki Yayıncılık, 2018.
- Gerencser, Alison E. "Family Mediation: Screening for Domestic Abuse." *Florida State University Law Review* 23, no. 1 (1995): 43-70.
- Grassinger, Gülçin Elçin. "Boşanma Davasında Eşlerin Boşanmanın Tali Sonuçlarına İlişkin Konularda Anlaşma Yapmaları ve Konu İle İlgili İsviçre Federal Mahkemesi Kararı." *İHFEM (Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan)* 55, no. 3 (1997): 235-242.
- Güllüoğlu Altun, Yasemin. "Aile Arabuluculuğu Düzenlemeleri." İç. *Ailenin Korunması Hakkı Sempozyumu (29-30 Nisan 2019)*. www.tihk.gov.tr. Erişim Tarihi Eylül 5, 2020. https://www.tihk.gov.tr/dr-yasemin-gulluoglu-altun/#_ftn1.
- Güllüoğlu Altun, Yasemin. "Family Mediation (System Overview)." *IJTIHALD Journal On Legal and Economic Studies* 8, no. 4 (2019): 1-12.
- Ildır, Gülgün. "Alternatif Uyuşmazlık Çözümü ve Hak Arama Özgürlüğü." *75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı*, (2004): 385-401.
- Kaplan Güler, Beyhan. *Boşanmanın Hukuki Sonuçlarında Arabuluculuk*. İstanbul: Sümer Kitabevi, 2014.

- Kaplan, Yavuz. "Arabuluculuk ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Tasarısına Eleştirel Bir Bakış." *MHB*, no.1-2 (2008): 115-146.
- Karacabey, Kürşat. "Zorunlu Arabuluculuğun Hukukun Temel İlkelerine Aykırılığı ve Uygulanabilirliğine Dair Sorunlar." *TBB Dergisi*, no. 123 (2016): 451-488.
- Özbek, Mustafa, "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabuluculuğu" Konulu Tavsiye Kararı." *DEÜHFD* 7, no. 2 (2005): 71-102.
- Özmumcu, Seda. "Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk Sistemine Genel Bakış." *İÜHFM* 74, no. 2 (2016): 807-840.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Parkinson, Lisa. *Aile Arabuluculuğu*. Çev. T.C. Adalet Bakanlığı. Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, 2018.
- Semizoğlu, Hakan. "Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Yasa Tasarısı Kapsamında, Tarafların Üzerinde Serbestçe Tasarruf Edebilecekleri İş veya İşlemlerden Doğan Özel Hukuk Uyuşmazlıkları." *İBD* 82, no. 5 (2008): 2411-2415.
- Shaw, Margaret L. "Family Mediation." *New York University Review of Law & Social Change* 14, no. 3 (1986): 757-770.
- Şıpka, Şükran. "Türkiye'de Aile Arabuluculuğu Çalışmaları." İç. *İzmir Medeni Hukuk Günleri II- Aile Hukuku Sempozyumu Bildiri Özetleri (27-28 Nisan 2018)*. <https://hukuk.deu.edu.tr>. Erişim Tarihi Eylül 7, 2020. https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2018/03/A_LE-HUKUKU-sempozyum-17-nisan-2018.pdf, 56-63.
- Tanrıver, Süha. "Aile Mahkemesi Hâkimlerinin Sulhe Teşvik Ödevi." İç. *Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddet*, ed. Funda Kaya, Nadire Özdemir ve Gülriz Uygur, 113-118. Ankara: Savaş Yayınevi, 2014.

- Tanrıver, Süha. "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukuki ve Sosyolojik Bir Bakış." *İç. Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan*, (2006): 821-842.
- Tanrıver, Süha. "Hukuk Uyuşmazlıkları Bağlamında Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Özellikle Arabuluculuk." *TBB Dergisi*, no. 64 (2006): 151-177.
- Tanrıver, Süha. "Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi." *İç. Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni* 17, no. 1-2 (1997): 467-491.
- Taşpolat Tuğsavul, Melis. *Türk Hukukunda Arabuluculuk (6325 Sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu Çerçevesinde)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2012.
- Uysal, Merve. "Alman ve Türk Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuğun Tanımı, Türleri ve Zorunlu Arabuluculuk." *Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi* 15, no. 44 (2019): 885-960.
- Uyumaz, Alper, ve Kemal Erdoğan. "Aile Hukukundan Doğan Uyuşmazlıkların Alternatif Çözüm Yolları." *DEÜHFD* 17, no.1 (2015): 119-169.
- Wheeler, Laurel. "Mandatory Family Mediation and Domestic Violence." *Southern Illinois University Law Journal* 26, no. 3 (2002): 559-574.

Elektronik Kaynaklar

- <http://assembly.coe.int>
- <http://www.adb.adalet.gov.tr>
- <https://heinonline.org>
- <https://hukuk.deu.edu.tr>
- <https://rm.coe.int>
- <https://www.idealonline.com.tr>
- <https://www.jurix.com.tr>
- <https://www.tihk.gov.tr>

TÜRKİYE'DE GECEKONU ÖNLEME, TASFİYE VE İSLAH BÖLGELERİ

Prevention, Clearance and Improvement Zones for Squatters in Turkey

Onur KAPLAN*

Öz


Sanayileşmenin hız kazanmasıyla birlikte yeni bir boyut kazanan kentleşme olgusu, günümüzde yayılarak devam etmektedir. Kırsal kesimden büyük kentlere yapılan göçlerin neticesinde kent merkezlerinde nüfus artışı meydana gelmiş ve fakat o yıllarda altyapının yetersiz olması ve yeterli konut politikasının izlenememesi, bazı sorunların doğmasına sebebiyet vermiştir. İmar mevzuatına aykırı, şehircilik ilkeleri ve planlama esaslara uymayan yapıların bu süreçte kullanılır hale gelmesi bu sorunların çözümünü zorlaştırmaktadır. Özellikle, bireylerin kendisine ait olmayan arazilerde ruhsatsız biçimde yapmış olduğu yapıların şehircilik ilkelerine aykırı olması, can ve mal

* Dr. Araştırma Görevlisi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, onur.kaplan@bilgi.edu.tr, Orcid ID: 0000-0003-1252-6352.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 06.10.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 07.12.2020.

Atıf/Citation: Kaplan, Onur. "Türkiye'de Gecekondu Önleme, Tasfiye ve İslah Bölgeleri." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 2, no: 2 (2020): 588-634.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License." 

güvenliğini de tehdit etmektedir. Bu nedenle sağlıklı ve dengeli bir çevrenin sağlanabilmesi amacıyla mevcut gecekondu alanlarının revize edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda gecekonduların bundan sonraki dönemde yapılmasının önlenmesi; mevcutların ise gerek münferit gerekse alansal bazda ıslahı ve tasfiyesi hususlarının ele alınması önem taşımaktadır. Bu kapsamda çalışmada, gecekondu önleme, ıslah ve tasfiye alanlarının tespiti ve bu alanların tespitini müteakip izlenecek uygulama süreci hakkında yargı kararları ışığında değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Kentleşme, Gecekondu, Planlama, Kentsel Altyapı, Tasfiye.

Abstract

The phenomenon of urbanization, which has gained a new dimension with the acceleration of industrialization, continues to spread today. As a result of the migration from rural areas to big cities, population increase occurred in city centers, but the insufficiency of the infrastructure and the inadequate housing policy in those years caused some problems to arise. The fact that the buildings that are against the zoning legislation and that do not comply with the principles of urbanism and planning are used in this process makes it difficult to solve these problems. Especially, the unlicensed buildings built by individuals on land that do not belong to them are against the principles of urbanism, threatening the safety of life and property. Therefore, existing slum areas should be revised in order to provide a healthy and balanced environment. In this context, preventing the construction of slums in the next period; It is important to address the reclamation and disposal of the existing ones on both individual and spatial basis. In this context, the study will be evaluated in the light of judicial decisions about the determination of the gecekondu prevention, improvement and

liquidation areas and the implementation process to be followed after the determination of these areas.

Keywords: Urbanization, Squatter, Planning, Urban Infrastructure, Clearance.

I. GİRİŞ

Sanayi Devrimi'nin küresel ölçekte yarattığı etkilere koşut olarak üretimde farklı yöntemler geliştirilmiş ve sermaye birikimi süreci başlamıştır.¹ Sanayileşmenin etkisiyle tarım üreticilerinin eski yöntemlerle üretime devam edememesi ve sermaye birikimi yüksek kişilerle baş edememesinin neticesinde², söz konusu kimseler topraklarını satmak zorunda kalmış ve yeni iş imkânları bulabilmek amacıyla kentlere hızlı biçimde göç etmeye başlamışlardır.³ 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren kırsal kesimden daha büyük kentlere iş imkanı için gelen kişilerin yarattığı kentleşme hareketi, kentlerde artan nüfus miktarının başlıca faktörü olmuş⁴ ve buna bağlı olarak devletin oluşan sorunların çözümünde “*eylemli bir görev*

¹ Abdulkadir Aksoy, “Geleneksel Devletten Modern Devlete: Sanayi Devrimi ve Kamu Yönetimi Düşüncesinde Değişim,” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 2, no. 3 (2016): 34.

² İlhan Tekeli, *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm* (İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2011), 25.

³ A. Baran Dural ve Sedef Zeyrekli, “Göç Sorunu ve Gecekondu Nüfusun İktidara Yürüyüşü,” *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 15, no. 4 (2006): 5-6.

⁴ Sabri Çakır, “Türkiye’de Göç, Kentleşme/Gecekondu Sorunu ve Üretilen Politikalar,” *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 23 (2011): 211; Abdullah Çelik, “Kent Yönetimi Bağlamında Kent Konseyinin İşlevleri Üzerine Bir Değerlendirme,” *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 14, no. 2 (2013): 224.

alma zorunluluğu” ortaya çıkmıştır.⁵ Ancak o yıllarda kentlerin altyapısının yeterli olmaması sebebiyle kentlere göç eden kişilere gerekli imkanlar tam manasıyla sunulamamıştır.⁶ Buna koşut biçimde, büyük kentlerde imkan yetersizliğinin yarattığı olumsuz barınma koşulları karşısında devlet ve diğer kamu tüzelkişileri artan halk kitlesinin konut ihtiyacıyla ciddi anlamda ilgilenememiştir.⁷

Özellikle kentleşme sürecinin 1950’li yıllardan itibaren dengesiz biçimde ilerlemesi, sosyo-ekonomik farkların büyümesine yol açarken bir yandan fiziksel çevre niteliklerini ve estetik değerlerini olumsuz yönde etkilemiştir.⁸ Bu dönemde kalıcı çözümler üretilememiş; anlık ve geçici çözümlerle sorunlar halledilmeye çalışılmıştır.⁹ Bu dönemde yapılan gecekondulaşma hareketine de bu doğrultuda tolerans gösterilmiştir.¹⁰ Bu toleransın oluşturduğu çarpık kentleşme olgusu, kentleşme hareketinin halen artıyor oluşu ve Türkiye’de

⁵ Ruşen Keleş, *Kentbilim İlkeleri* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1976), 98-99, aynı yönde; Tuğba Güler ve Nilay Coşgun, “Yapı Üretim Sürecinde Belediyelerin Rolü,” *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 20, no. 2 (2011): 64-65.

⁶ Manuel Castells, *Kent Sınıf İktidar*, çev. Asuman Türkün (Ankara: Phoenix Yayınları, 2014), 15.

⁷ Fehmi Yavuz, Ruşen Keleş ve Cevat Geray, *Şehircilik Sorunlar-Uygulama ve Politika* (Ankara: Sevinç Matbaası, 1973), 573; Ercan Tatlıdil, *Kentleşme ve Gecekondu* (İzmir: Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1989), 11.

⁸ Cengiz Giritlioğlu, “İç Göç ve Kentleşme,” *Türkiye’de Kentleşme* (Ankara: Yeni Yüzyıl Kitaplığı, 1995), 32; Ruşen Keleş, “Türkiye’de Şehirleşme Hareketleri,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (1970): 49.

⁹ Metin Heper, “Türkiye’de Gecekondu Politikası Üzerine Bazı Düşünceler,” *Amme İdaresi Dergisi* 12, no. 4 (1979): 55.

¹⁰ Tahire Erman, “Formalization by the State, Re-Informalization by the People: A Gecekondu Transformation Housing Estate as Site of Multiple Discrepancies,” *International Journal of Urban and Regional Research* 40, no. 2 (2016): 426.

konut ihtiyacının varlığı karşısında büyüyen bir problem haline gelmiştir.¹¹ Öyle ki, gecekonduların yapılarının (“squatters”) oluşmasının yanında bunların tasfiye edilememesi;¹² çözüm noktasında, idari makamları adeta fasit daire içerisinde sokmuştur.

Şehircilik, kentleşme olgusuna bağlı olarak insanların bir arada yaşayacakları yerleri, onların yaşam şartlarına en uygun şekilde düzenlenmesini ve planlanmasını içeren bir terimdir.¹³ Esasen, şehircilik ilkeleri bağlamında kent kavramının kamusal bir mekan olması¹⁴ burada yaşayan bireylerin barınma ve yerleşme haklarının yanında sağlıklı bir çevrede yaşama haklarını da etkilediğinden; idari makamların “içselleştirilen gecekondulaşma sorununa¹⁵” karşı kent formunu bozan gecekonduların alanlarına yönelik müdahalesi daha da elzem hale gelmiştir. Büyük kentlerde yanlış kentleşmenin doğurduğu olumsuz sonuçların başında gelen gecekondulaşmanın¹⁶ ortadan kaldırılması ve sağlıklı bir kent formunun oluşturulmasına yönelik yasal düzenlemelere zaman içerisinde hukuk sistemimizde yer verilse de bunların uygulanmasında yaşanan

¹¹ Cevat Geray, “Urbanization in Turkey,” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 24, no. 4 (1969): 168. Gecekonduların oluşturduğu yapılaşmaların çeşitli büyük şehirlerdeki örnekleri hakkında bkz. William Mangin, “Latin American Squatter Settlements: A Problem and a Solution,” *Latin American Research Review* 2, no. 3 (1967): 65.

¹² Sevim Aktaş, “The Urbanisation Issue and the Culture of Gecekondu in Turkey,” *Oriente Moderno*, no. 93 (2013): 177.

¹³ C. Esad Arseven, *Şehircilik (Urbanizm)* (İstanbul: Devlet Basımevi, 1937), 4.

¹⁴ M. Ali Kılıçbay, *Şehirler ve Kentler* (Ankara: Gece Yayınları, 1993), 29.

¹⁵ P. Pınar Özden, *Kentsel Yenileme Yasal Yönetmelik Boyut Planlama ve Uygulama* (Ankara: İmge Kitabevi, 2016), 261.

¹⁶ Çakır, “Türkiye’de Göç, Kentleşme/Gecekondu Sorunu ve Üretilen Politikalar,” 211.

eksiklikler ve imar afları nedeniyle¹⁷ beklenen hedefe ulaşamamıştır. Gerçekten doktrinde Gülan’ın vurguladığı üzere, “zannedilenin ve beklenenin aksine, sorunu çözmek için getirildiği düşünülen yaptırım içeren, mahkemelerce hüküm tesisinde kullanılan metinlerin, kimi zaman, aslında sorunun yaşamasına uygun ortamı oluşturan ve gelişimi için zemin teşkil eden hale geldiği görülebilmektedir”.¹⁸

II. GECEKONDU KAVRAMININ TANIMLANMASI VE TANIMLAMANIN SONUÇLARI

Gecekondu kavramı, kentleşme sürecinin ortaya çıkardığı bir sorun olarak geçmişten günümüze değin incelenmiş ve tartışılmış bir konudur.¹⁹ Mekan olarak, “kentsel imara açılmamış, altyapısı gerçekleştirilmemiş, başka şahıslara ve kamuya ait araziler üzerinde” uygun teknolojik koşullara ve planlama esaslarına uygun yapılmayan yapıların gecekondu niteliğinde olduğundan bahsedilebilir.²⁰ Türk hukuk sisteminde gecekondu kavramıyla ilgili olarak çıkarılan temel yasal düzenleme 775 sayılı Gecekondu Kanunu’dur²¹. 775 sayılı Kanun md. 2 kapsamında gecekondu kavramının geniş tanımına yer verildiği

¹⁷ P. Pınar Giritlioğlu ve Kardelen Özden, “Kentsel Adalet Ekseninde İmar Afları: İmar Barışı Üzerine Bir Değerlendirme,” *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu’na Armağan* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020): 266ff.; Feral Eke, “Gecekondu Alanlarının Değerlendirilmesine İlişkin Çözümler,” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2000): 48-49. Ayrıca bkz. Halil Kalabalık, *İmar Barışı Başvuru Süreci ve Sonuçları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018), 231ff.

¹⁸ Aydın Gülan, “Şehircilik Sorunlarının Ağırlaşmasında Hukukun Rolü Hakkında Düşünceler,” *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi* 3, no. 22 (2011): 296.

¹⁹ Mustafa Kaya, “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 1989/6 (1989): 863.

²⁰ Tatlıdil, *Kentleşme ve Gecekondu*, 15.

²¹ RG. 30.07.1966, S. 12362.

görülmektedir; buna göre gecekondü kavramı, *“imar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılan izinsiz yapılar”* olarak tanımlanmıştır. Başka bir deyişle gecekondü, mevzuata aykırı, arsa sahibinin rızasının bulunmadığı, başkasına ait arsa veya arazi üzerine yapılan ruhsatsız yapılardır.²² Maddenin lafzından yola çıkılacak olursa, genel anlamda şehirçilik ilkeleri ve planlama esasları göz ardı edilerek, kendisine ait olmayan arsa ve arazi üzerine sahibinin rızası olmaksızın (toprak iyesinin istenç ve bilgisi dışında onamsız olarak yapılan)²³ inşa edilen bu yapılar, gecekondü statüsündedir. Danıştay’ın vermiş olduğu bir kararda belirtildiği şekilde, *“775 Sayılı Kanununun 2. maddesinde, bu Kanunda sözü geçen “Gecekondü” deyimini ile imar ve yapı işlerini düzenleyen mevzuata ve genel hükümlere bağlı kalınmaksızın, kendisine ait olmayan arazi veya arsalar üzerinde, sahibinin rızası alınmadan izinsiz yapılan yapıların kastedildiği hüküm altına alınmıştır. Madde düzenlemesi böyle olunca, 775 Sayılı Kanununun 18. maddesinin uygulanabilmesi için mülkiyeti ihtilafsız olan arazi veya arsa üzerinde, sahibinin rızası alınmadan yapılmış izinsiz yapının bulunması gerekmektedir”*.²⁴ Yapının gecekondü statüsünde olması neticesinde bu statüye bağlanan bazı sonuçlar da meydana gelmektedir. Örneğin, yapının gecekondü niteliğinde olduğunun tespiti neticesinde yıkım uygulaması gerçekleştirilebilmektedir.²⁵ Yahut bir yapının

²² Cevat Geray, *“Gecekondü Sorununa Toplu Bir Bakış,” Amme İdaresi Dergisi* 1, no. 2 (1968): 12.

²³ Ruşen Keleş, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü* (Ankara: İmge Kitabevi, 1998), 53.

²⁴ Dan. 6. D. E.2010/7816, K.2010/11274, T.14.12.2010, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁵ Yapının, 775 sayılı Gecekondü Kanunu kapsamında idari makamlar tarafından gecekondü olduğunun tespit edilmesi neticesinde, kamu alanında kalan bu yapıların yıkımının gerektiğine dair bkz. Dan. 6. D. E.2019/8377, K.2020/1718, T.13.02.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

gecekondu niteliğinde olduğunun tespit edilmesi neticesinde gecekondu sahibinin belirli pozitif yükümlülükleri yerine getirmesi gündeme gelebilmektedir.²⁶

Bunun yanında, bir yapının yetkili idari makamlar tarafından idari işlemle “gecekondu” statüsünde olduğunun tespit edilmesi, o yapının hukuki statüsünü değiştirmekle beraber bulunduğu alanın da hukuki statüsünü etkileyebilmektedir. Özellikle, gecekondu bölgeleri olarak ifade edilebilecek alanlarda,²⁷ “gecekondu” olduğu tespit edilen yapıların²⁸ yoğunluğu hususu göze çarpmaktadır. Örneğin, Danıştay tarafından verilmiş olan bir kararda bu hususa değinilerek; “*bölgede, sağlıksız, çarpık yapılaşma ve imara aykırı gecekondu niteliğindeki yapıların yoğun olarak bulunması nedeniyle*

²⁶ 775 sayılı Kanun md. 17: “Belediye sınırları ve varsa mücavir sahalarda içindeki bütün gecekondu sahipleri ve ayrıca 16 ncı madde gereğince tesbit edilen bölge ve sahalarda bulunan bütün yapıların sahipleri ve her ne şekilde olursa olsun bu yapılarla oturan veya bunları işyeri olarak kullananlar, Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca hazırlanacak örneğe uygun bir beyannamayı ilan tarihinden itibaren 3 ay içerisinde yapının bulunduğu yer belediyesine makbuz karşılığında vermek zorundadırlar”.

²⁷ 775 sayılı Kanun md. 16/6: “Belediye sınırları ve varsa mücavir sahalarda dışındaki gecekondu bölgelerinde bu madde gereğince yapılması gereken işlemler, Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca yürütülür”. 775 sayılı Kanun md. 16/7 “Gerek gecekondu bölgelerinin gerekse ıslah veya tasfiye edilecek gecekondu sahipleri tesbit şekli ve esasları, mahalli özellikler ve teknik imkanlar da gözönünde tutularak, Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca tayin olunur”.

²⁸ Belirtmek gerekirse, 775 sayılı Kanun’da da gecekondu sahipleri “yapı” olarak nitelendirilmesi; konutların dışında başkaca unsurların da gecekondu olarak değerlendirilmesini sağlamaktadır. Kaya, “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu,” 871. Yapı kavramının tanımı hakkında ayrıca bkz. Taner Ayanoglu, *Yapı Hukukunun Genel Esasları* (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014), 3; Ömer Köroğlu, *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017): 5; Hüseyin Bilgin, “7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme,” *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2020): 348.

16/07/2009 tarih ve 3412 Sayılı Toplu Konut İdaresi Başkanlığı oluru ile anılan taşınmazın bulunduğu bölge(nin) (...) gecekondulaştırma bölgesi olarak belirlendiği²⁹ ifade edilmiştir. İlgili bölgenin mevcut durumu saptanırken ise; 775 sayılı Kanun md. 16'ya göre, "gecekondulaştırma ve tasfiye bölgeleri ve bunların sınırları, belediyelerce bu kanunun yayımı tarihinden itibaren en geç 6 ay içinde, her türlü imkan ve araçtan faydalanılarak tesbit olunur". Bu husus, özellikle bu yapıların hukuka aykırı biçimde yapıldığı dikkate alındığında "risk" unsurunun önceden belirlenmesi bakımından önem taşımaktadır.³⁰ Zira kentsel mekanlarda çevre, fen ve sağlık koşullarına uygun biçimde yapılmayan yapılar,³¹ sonrasında kent altyapısını olumsuz etkilemekte; bunun yanında olası afet riskine karşı can ve mal güvenliğini tehdit etmektedir. Bu anlamda bunun en somut örneğini "gecekondular" oluşturmaktadır.³²

Doktrinde Giritlioğlu/Özden'in ifade ettiği üzere, gecekondulaştırma yapan bireyler yönünden iki bakış açısı mevcut olup;

²⁹ Dan. İDDGK. E.2019/3342, K.2020/148, T.30.01.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁰ Belirsizlikten ileri gelen bir kavram olarak risk; etkinliklerin, planlamaların ve tasarımların kendisinde var olan kaçınılmaz bir potansiyel unsurunu ifade etmektedir. Riskin nedenleri yanında sonuçları da bulunduğu göz önüne alındığında; bu kavramı yan etkileriyle birlikte değerlendirmek gerekecektir. Altay Gündüz, "Gerçek Yapısal Riskin Tahmin Edilmesi Üzerine," *Türkiye İnşaat Mühendisliği 13. Teknik Kongresi Bildiriler Kitabı* (Ankara: 1995) 282; Gülcan Azimli Çilingir ve İlke Örgen Güler, "Afet Politikalarında Risk Unsuru ve Afet Mevzuatında Risk Yönetimi," *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 3, no. 1 (2020): 159. Ayrıca bkz. Özlem Güzey, "The Last Round in Restructuring the City: Urban Regeneration becomes a State Policy of Disaster Prevention in Turkey," *Cities* 50 (2016): 52.

³¹ Aydın Aybay, "A Survey of the Gecekondulaştırma Act, 1966, from the Standpoint of Effective Land Use," *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 23, no. 39 (1975): 203.

³² Aybay, "A Survey of the Gecekondulaştırma Act," 203-204.

“ilki, gecekonducuya, devletin yerine getirmedeği barınma hakkını temin etmek üzere kendi çözümünü geliştiren topluluklar olarak yaklaşan bakış açısı, diğeri ise, gecekonducuyu, kentte yaşamının bedellerine katlanmadan kentsel ranttan ve fırsatlardan payını almış, hızla ekonomik sınıf atlamış ve adil olmayan bir yolla, kentsel hayatın parçası haline gelmiş topluluklar olarak kabul eden bakış açısıdır”.³³ Dolayısıyla gecekondu konusu ele alınırken AY md. 57 kapsamında bir sosyal hak olan konut hakkının yanında yaşam hakkı³⁴ (AY md. 17) ve yerleşme hürriyetinin³⁵ (AY md. 23) birey yönünden değerlendirilmesi; bunun yanında sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkının³⁶ (AY md. 56) kullanılabilirdiği bir düzenin yaratılması maksadıyla “müdahale” unsurunun ne şekilde gerçekleşebileceğinin AY md. 13 kapsamında³⁷ irdelenmesi gerekmektedir. Gecekondu olarak ifade edilen

³³ Giritlioğlu ve Özden, “Kentsel Adalet Ekseninde İmar Afları,” 275.

³⁴ AY md. 17/1: “Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir”.

³⁵ AY md. 23/1: “Herkes, yerleşme ve seyahat hürriyetine sahiptir”; AY md. 23/2 “Yerleşme hürriyeti, suç işlenmesini önlemek, sosyal ve ekonomik gelişmeyi sağlamak, sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek ve kamu mallarını korumak; Seyahat hürriyeti, suç soruşturma ve kovuşturması sebebiyle ve suç işlenmesini önlemek; Amaçlarıyla kanunla sınırlanabilir”.

³⁶ AY md. 56: “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlardan yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir”.

³⁷ AY md. 13: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

yapıların artan kentleşme olgusu karşısında barınma ihtiyacını bir ölçüde karşıladığı tezi de göz önüne alındığında; müdahalenin yalnızca yapının yıkılması veya ortadan kaldırılmasına yönelik değil ve fakat bütüncül biçimde nüfus dağılımlarını da içerir biçimde yapılması daha anlamlı olmaktadır.³⁸ Bu anlamda Oder'in belirttiği şekilde, temel hak ve hürriyetlerin "korunması" ve "sağlanması" düzlemi ile idari makamların temel hak ve hürriyetlere "müdahalesi" düzlemi arasında bağıntı kurulması icap eder.³⁹ 775 sayılı Kanun'un hedeflerine bakıldığında da mevcut yapıların oluşturduğu düzensiz kent dokusunun yenilenmesi ve ıslahı ile yeniden bu yapıların yapılmasının önüne geçilmesi unsurlarının ön planda olduğu görülmektedir.⁴⁰ İşte, gecekondu tasfiye, ıslah ve önleme bölgeleri olarak somutlaşan bu hedefler bakımından "tespit ve ilan aşamasının", sonrasında "uygulama aşamasının" açıklanması gerekmektedir.

III. GECEKONDU ISLAH, TAHLİYE VE ÖNLEME BÖLGELERİ ÇERÇEVESİNDE UYGULAMA

Konut ihtiyacının karşılanması hususu, 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde kendine yer bulan;⁴¹

³⁸ Cevat Geray, "Mesken Meselesi ve Dördüncü İskân ve Şehircilik Haftası," *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 15, no. 3 (1960): 127.

³⁹ Burak Oder, "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme," Prof. Dr. A. Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı (İstanbul: Çizgi Basım Yayın, 2008), 247.

⁴⁰ Kaya, "Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu," 871.

⁴¹ 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi md. 25/1'e göre "Her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakımı, gerekli sosyal hizmetler dâhil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır". Bkz. RG. 27.05.1949, S. 7217. Ayrıca bkz. Günay Gönüllü, "Çevresel-Kentsel Hakların

bununla birlikte sosyal haklarda yaşanan gelişmelere bağlı olarak⁴² anayasalarda düzenlenen bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim 1961 Anayasası md. 49/2⁴³ ve 1982 Anayasası (“AY”) md. 57’de Devletin konut ihtiyacını karşılayıcı tedbirleri alması gerektiği hususu düzenlenmiştir. AY md. 57’ye göre, “Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler”. Dolayısıyla devletin konut ihtiyacının karşılanmasına dair önlemlerin alınmasının yanında kentlerin özelliklerini ve sağlıklı çevrenin oluşturulmasını gerçekleştirme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁴⁴ Bu kapsamda devlete toplu konut girişimlerini desteklemesi yönünde pozitif yükümlülük getirilmesi, konut hakkının sağlık hakkının parçası olmaktan çıkarılması olumlu gelişmelerdendir.⁴⁵ Bununla beraber buradaki konut hakkının doktrinde Onar’ın belirttiği şekliyle “sübjektif kamu hakkı” olarak değerlendirilmesi, yani “idarenin vecibesinin ifasını isteyen kimsenin şahsî bir menfaatinin mevcudiyeti”⁴⁶ söz konusu değildir. Örucü’nün de ifade ettiği üzere “nerede bir sosyal hak varsa orada

Gelişimi: Dünyada ve Türkiye’de Kentsel Haklar,” *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi* 32 (2014): 9.

⁴² Nurten İnce, İ. Bakır Kanlı ve B. Hamza Eryiğit, “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı,” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 3, no. 2 (2017): 22.

⁴³ 1961 Anayasası md. 49/2: “Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır”.

⁴⁴ Erdal Abdulhakimoğulları ve Fatmagül Kale, “Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4, no. 15 (2013): 20.

⁴⁵ Ruşen Keleş, *100 Soruda Türkiye’de Kentleşme, Konut ve Gecekondu* (İstanbul: Cem Yayınevi, 2015): 308.

⁴⁶ S. Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-I* (İstanbul: Hak Kitabevi, 1966), 501.

*kamu hizmetinin kurulması zorunluluğu*⁴⁷ ortaya çıksa da buradaki hakkın içeriğinin devletin planlama faaliyetinde bulunarak konut ihtiyacını karşılayacak biçimde konut üretimi yapması gerektiği ve toplu konut teşebbüslerini desteklemesi noktasında ön plana çıktığı görülmektedir. Başka bir deyişle, konut hakkının bir sosyal hak olmasının; (i). devletin toplu konut teşebbüslerini desteklemesi ve varsa konut ihtiyacını giderici önlemler alması dışında sübjektif kamu hakkı oluşturmayacağı, (ii). kamu hizmeti faaliyeti yönünden daha ziyade planlama ve sağlıklı bir şehirleşmenin sağlanması konusunda belireceği ifade edilebilir. Ne var ki, artan şehirleşme olgusuna rağmen yeterli konut politikasının izlenememesi sonucunda konut arzının doğurduğu konut ihtiyacı uygun biçimde sağlanamamıştır.⁴⁸ Bu nedenle kentleşmenin artmasına koşul olarak -kent ve birey arasındaki etkileşim de göz önüne alındığında⁴⁹- kentlerin şehircilik ve planlama ilkelerine göre yeniden düzenlenmesi ihtiyacı kapsamında gecekonduların da yeniden yapılandırılması gereği doğmuştur. Kentsel altyapı ve hizmetlerin zamanla gelişmesiyle doğru orantılı olarak gecekondulaşma olgusunda azalma gözlenmişse de⁵⁰ günümüzde halen gecekondulaşmanın var olduğu bölgeler mevcuttur. Öte yandan, çıkarılan imar affı yasaları ve gecekonduların 775 sayılı Kanun'la yasal statüye kavuşturulması ve kentin bir parçası olduğunun kabul

⁴⁷ Esin Örucü, *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972), 24.

⁴⁸ Örucü, *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*, 50.

⁴⁹ Henri Labort, *İnsan ve Kent*, çev. Bertan Onaran (İstanbul: Payel Yayınları, 1990), 24; R. Cengiz Derdiman, "Kentleşmenin Suça Etkisi ve Kentlilerin Suçla Mücadelesinin Sosyal ve Hukuki Boyutları," *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 19, no. 3 (2010): 51.

⁵⁰ T.C. Kalkınma Bakanlığı, *Onuncu Kalkınma Planı (2014-2018)*, RG. 06.07.2013, S. 28699 (Mükerrer).

edilmesi,⁵¹ bu yapıların ticarileşmesine yol açmıştır.⁵² Bu çerçevede çıkarılan yasal düzenlemelerden maksat, mevcut gecekonduların yarattığı olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması ve olası gecekondulaşma hareketinin önüne geçilmesidir.⁵³

Gecekondulaşmanın kentlerde yarattığı olumsuz etkilerin ortadan kaldırılmasına yönelik uygulamaların başında kentsel dönüşüm uygulamaları gelmekte olup, bu kapsamda belediyelere ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığına (TOKİ) birtakım pozitif yükümlülükler getirildiği görülmektedir.⁵⁴ Kent mekânlarında hukuka uygun olmayan biçimde yapılmış yapıların yoğun olduğu ve kent altyapı olanaklarının gelişmediği bölgelerde, söz konusu kent dokusunun ıslahının sağlanabilmesi çerçevesinde geliştirilen çözümlerde alansal uygulamalar öngörülmektedir.⁵⁵ Gecekondu konusu da sadece

⁵¹ Erman Aksoy ve Özlem Güzey Kocataş, “Gecekondu Alanlarında Uygulanan Kentsel Dönüşüm Projelerinin Meşruiyet Zemini Olarak Yoksulluk ve Suç,” *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 14 (2017): 278.

⁵² Çiğdem Aksu Çam ve Ezgi Uygur, “Yıkım-Tapu-Dönüşüm Tartışmalarıyla Türkiye’de Enformel Konut Üretimi: Adana Örneği,” *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 10, no. 4 (2018): 2.

⁵³ İsmail Ceritli, “Kentsel Planlamanın İlkeleri ve Türkiye’de Gecekondu Sorunu,” *Öneri Dergisi* 2, no. 10 (1998): 55.

⁵⁴ Fatma N. Genç, “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü,” *Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 15, no. 1 (2008): 116.

⁵⁵ 5393 sayılı Belediye Kanun md. 73/1: “Belediye, belediye meclisi kararıyla; konut alanları, sanayi alanları, ticaret alanları, teknoloji parkları, kamu hizmeti alanları, rekreasyon alanları ve her türlü sosyal donatı alanları oluşturmak, eskiyen kent kısımlarını yeniden inşa ve restore etmek, kentin tarihi ve kültürel dokusunu korumak veya deprem riskine karşı tedbirler almak amacıyla kentsel dönüşüm ve gelişim projeleri uygulayabilir...”; 5366 sayılı Yıpranan Tarihi ve Kültürel Taşınmaz Varlıkların Yenilenerek Korunması ve Yaşatılarak Kullanılması Hakkında Kanun md. 1/2: “Bu Kanun, yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda oluşturulacak olan yenileme alanlarının tespitine, teknik altyapı ve yapısal standartlarının belirlenmesine, projelerinin oluşturulmasına, uygulama,

münferit bir sorun olarak değil ve fakat ilgili bölgeyi ilgilendiren bir grup sorunu olarak ele alınır, o kent mekânının planlanması ve konutların yapılacağı alanlarda altyapının sağlanması daha efektif biçimde gerçekleştirilebilecektir.⁵⁶ Bu bağlamda gecekondulaşmanın önlenmesi maksadıyla 775 sayılı Kanun çerçevesinde gecekondu tasfiye, ıslah ve önleme bölgelerinin idari makamlar tarafından tespit edilmesi, alansal bazda uygulamanın ön planda olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle, gecekonduların yarattığı olumsuz sonuçların giderilebilmesi ve yeni sorunların önlenmesi için; gecekonduların yer aldığı bölgelerin ıslahı ve belirlenen yerlerde hukuka uygun konutlar yapılmasının sağlanması hedef tutulmuştur.⁵⁷ Bu kapsamda söz konusu alanların ilan edilmesi ve alansal bazda uygulama dahilinde gecekondulaşmanın olumsuz sonuçlarının bertaraf edilmesi ve kent mekanına daha iyi bir görünüm kazandırarak can ve mal güvenliğinin sağlanmasına yönelik olarak gecekondu önleme, ıslah ve tahliye bölgesi kapsamında uygulamalar geliştirilmektedir.⁵⁸

A. İlan Aşaması

Artan gecekondulaşma olgusunun önlenmesi ve mevcut gecekondu bölgelerinin ıslah ve tasfiyesi amacıyla yetkili idari

örgütlenme, yönetim, denetim, katılım ve kullanımına ilişkin usûl ve esasları kapsar"; 5104 sayılı Kuzey Ankara Girişi Kentsel Dönüşüm Kanunu md. 1: "Bu Kanunun amacı, kuzey Ankara girişi ve çevresini kapsayan alanlarda kentsel dönüşüm projesi çerçevesinde fiziksel durumun ve çevre görüntüsünün geliştirilmesi, güzelleştirilmesi ve daha sağlıklı bir yerleşim düzeni sağlanması ile kentsel yaşam düzeyinin yükseltilmesidir".

⁵⁶ Heper, "Türkiye'de Gecekondu Politikası Üzerine Bazı Düşünceler," 59.

⁵⁷ Serdar Sağlam, "1923-1950 Yılları Arasında Türkiye'de Kent ve Kentleşme Olgusu," *Sosyoloji Konferansları*, no. 53 (2016): 269.

⁵⁸ Bkz. Gül Üstün, *Kentsel Dönüşüm Hukuku* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014), 31-32.

makamlar tarafından alansal bazda uygulama yapılmaktadır. Bu kapsamda gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinin tespit edilerek, plansız faaliyetler dışlanarak bu alanlarda şehircilik ve planlama ilkelerine uygun olarak yapılaşmaya gidilmesi hedeflenmektedir.⁵⁹ Bu sayede bölgenin niteliğine ilişkin maddi olguların saptanmasından sonra (=bölgedeki gereksinimler saptanmış olacağından), kentsel planlamanın daha iyi sağlanması ve altyapı sunumlarının gereği gibi gerçekleştirilmesi sağlanabilecektir.⁶⁰ Bu hususta Türk hukuk sisteminde var olan eklektik yapı bir kez daha somutlaşarak,⁶¹ bir anlamda 1960’lı yıllara kadar izlenen gecekondu politikasında bir değişim yaşanmış ve gecekondu yapılarına müdahalenin önü çıkarılan yasal düzenlemelerle açılmaya başlanmıştır.⁶² Bu doğrultuda gecekondu alanlarına yönelik müdahalenin planlı yapılması amacıyla çıkarılan 775 sayılı Kanun uyarınca gecekondu ıslah, tasfiye ve önleme bölgeleri ile ilgili ilk aşama tespit ve ilan aşamasıdır.⁶³ Gecekondu ıslah ve tasfiye bölgesi ilanı yetkili idare tarafından tesis edilecek idari işlem sonucu gerçekleşmektedir. Bu nedenle söz konusu bölgelerin tespiti

⁵⁹ Şebnem Eroğlu, “Extending the Resource-Based Approach to Livelihoods: An Urban Application to Turkish Gecekondu Households,” *International Journal of Urban and Regional Research* 37, no. 2 (2013): 782.

⁶⁰ Kamutay Türkoğlu and A. Saffet Atik, “Bütünsel Kentsel Planlama ve Altyapı Projelendirmesi Kent Yönetiminin ve Kentsel Gelişimin Ayrılmaz İkilisidir,” *I. Ulusal Kentsel Altyapı Sempozyumu Bildiriler Kitabı* (G. Antep: TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, 1997), 5.

⁶¹ Esin Örcü, “A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience,” *Journal of Comparative Law* 1, no. 2 (2006): 261.

⁶² Asuman Türkün, Şükrü Aslan ve Besime Şen, “1923-1980 Döneminde Kentsel Politikalar ve İstanbul’da Sosyo-Mekânsal Dönüşüm,” *Mülk, Mahal, İnsan İstanbul’da Kentsel Dönüşüm*, der. Asuman Türkün (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2014), 71.

⁶³ Türkün, Aslan ve Şen, “1923-1980 Döneminde Kentsel Politikalar ve İstanbul’da Sosyo-Mekânsal Dönüşüm,” 72.

maksadıyla yetkili idari makamın karar alması elzemdir.⁶⁴ Yetkili idari makamlar tarafından tespit edilen gecekonduların ıslah, tasfiye ve önleme bölgeleri, tespitiye yönelik iradenin hukuk düzeninde sonuç doğurması neticesinde “*idari işlem*” olarak nitelendirilmekte ve bu işlem ilgili alanın hukuki statüsü üzerinde etkisini göstermektedir. Bu doğrultuda söz konusu bölgelerin tespit edici idari işlemlerle belirlenmesi neticesinde o bölgede yaşayan gecekonduların AY md. 35 ve md. 56 kapsamında temek hak ve hürriyetleri etkilendiğinden; bu işlemlerin idari yargıda dava konusu edilebilmesi mümkündür.⁶⁵ Başka bir deyişle, gecekonduların tespitinin hazırlık süreci tamamlanan⁶⁶ “*kesin ve yürütülmesi gerekli bir idari işlem*” niteliğinde⁶⁷ olduğundan bahsedilebilir.

Gecekonduların münferit olarak tespiti ve gecekonduların ıslah ve tasfiye alanlarının belirlenmesinde yetkili idari makam, belediyelerdir. Mahalli müşterek ihtiyaçların karşılanması en iyi mahalli idareler eliyle gerçekleşeceği düşüncesiyle,⁶⁸ 775

⁶⁴ Belirtmek gerekirse, yapının gecekondular niteliğinde olduğunun tespiti yahut bölgenin gecekondular önleme, ıslah veya tasfiye bölgesi olarak saptanması; ilgili nesnenin hukuki statüsünü değiştirmekte olup söz konusu maddi olgu veya hukuki durumların tespitinin bu anlamda yetkili idari makam tarafından yapılması zaruriyet arz etmektedir. Başka bir deyişle idari makam tarafından saptanan olgular maddi dünyada öncesinde mevcut olsa da bunun sarıh bir irade beyanıyla tespit edilerek hukuk düzeninde etki üretmesi icap etmektedir. Bkz. Onur Karahanoğulları, *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 300.

⁶⁵ Dan. 10. D. E.1997/2393, K.2000/935, T.21.02.2000, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁶⁶ Dan. 15. D. E.2014/5768, K.2015/118, 21.01.2015, (<https://www.lexpera.com.tr/>, Lexpera İçtihat Bilgi Bankası).

⁶⁷ Bu konuda bkz. Yunus Eraslan ve S. Sacit Boz, “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları,” *Türk İdare Dergisi* 91, no. 488 (2019): 208.

⁶⁸ Bkz. Nur Kaman, “Mahalli idarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç,” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2020): 80.

sayılı Kanun uyarınca belediye ve mücavir alan sınırları içerisinde gecekonduların tespitinin belediyelerce yerine getirileceği öngörülmüştür. Şayet belediye ve mücavir alan sınırları dışında gecekondulaşmanın varlığı söz konusu ise; bu durumda söz konusu gecekonduların tespiti işlemi TOKİ tarafından yerine getirilecektir. Kanunkoyucu burada il özel idarelerine görev vermemiş; belediye ve mücavir alan sınırları dışında kalan bölgedeki gecekonduların tespitiyle ilgili olarak TOKİ’yi görevlendirmiştir. TOKİ’nin bunun yanı sıra tespit şekli ve esaslarına ilişkin görevleri de bulunmaktadır. Nitekim 775 sayılı Kanun md. 16/7’ye göre “*gerek gecekondu bölgelerinin gerekse ıslah veya tasfiye edilecek gecekonduların tesbit şekli ve esasları, mahalli özellikler ve teknik imkânlar da göz önünde tutularak, Toplu Konut İdaresi Başkanlığınca tayin olunur*”. Bu doğrultuda gerek gecekondu münferit olarak gerekse gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinin tespiti TOKİ tarafından yapılacaktır. Bununla birlikte, ilgili yasal düzenleme çerçevesinde “*mahalli özelliklerin*” de gözetilerek gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinin özelliklerinin tespit edilmesi gerektiği dikkate alındığında; AY md. 127 kapsamında⁶⁹ “*mahalli idare*” olarak “*il özel idarelerinin*” yer alması daha isabetli olacaktır.

Gecekondu Kanunu Yönetmeliği md. 69 uyarınca önleme bölgesi, ıslah bölgesi ya da tasfiye bölgesi ifadesinden “*imar planlarında Gecekondu Kanununa istinaden bu maksatla ayrıldıkları açıkça belirtilmiş olan bölgeler kastedilmektedir*”. Bu anlamda bu bölgelerin tespit edilmesi bakımından idari makamlarca yapılan arazi planlaması faaliyetinin de önemi bulunmaktadır.⁷⁰ Ancak,

⁶⁹ AY md. 127/1: “*Mahallî idareler; il, belediye veya köy halkının mahallî müşterek ihtiyaçlarını karşılamak üzere kuruluş esasları kanunla belirtilen ve karar organları, gene kanunda gösterilen, seçmenler tarafından seçilerek oluşturulan kamu tüzelkişileridir*”.

⁷⁰ Nitekim Gecekondu Kanununun Uygulama Yönetmeliği md. 86/1 uyarınca ıslah ve tasfiye bölgelerinin tespitinde belirli esasların göz önünde

gecekondu yapılarının yoğun olduğu bölgelere yönelik yapılan ıslah imar planlarıyla⁷¹ bu alanların yenilenerek kent mekanına katılması, bir yandan yapı maliklerine ait unsurların kent piyasasına dahil edilmesini diğer yandan bu bölgede malik olmayan kişilerin yeni konut arayışı ihtiyacının oluşmasına sebebiyet vermektedir.⁷² Dolayısıyla oluşabilecek bu gibi sorunların önüne geçilmesi bakımından gerek belediyeler gerekse TOKİ tarafından tespit edilecek bölgelerde planlama ve mahalli müşterek ihtiyaçların belirlenmesi ve karşılanması hususları önem taşımaktadır. Özellikle daha önce izlenen popülist yaklaşımların terk edilmesi; ilgili yasal düzenlemeler çerçevesinde gecekondu alanlarının yeniden yapılandırılmasına yönelik faaliyette bulunmasını gerektirmiştir.⁷³ Belediyelerin söz konusu bölgelerde yapacağı tespit edici işlemler çerçevesinde kentsel mekanlara; (i). sağlıklı yeni konutların yapılması ve bu kapsamda ilgili arsanın tahsisi, (ii). kentsel rantın önüne geçilmesi bakımından kentiçi ekonomik görevlerinin bulunduğu bahsedilebilir.⁷⁴ TOKİ'nin de buna koşut biçimde pozitif yükümlülükleri bulursa da doktrinde Keleş'in ifade ettiği şekilde; *"TOKİ ülkede konut politikasının her yönüyle*

tutulduğu ifade edilmektedir: *"1- Afete maruz sahalalar, 2- Gayri sıhhi ve iskana müsait olmayan sahalalar, 3- Tarihi ve turistik sahalalar, 4- Amme hizmetlerinin götürülmesine imkan olmayan veya çok gayri iktisadi olan sahalalar, 5- Normal şehircilik prensipleri içerisinde tahsisi mümkün olmayan sahalalar, 6- Gecekondu ıslah bölgesi olarak ayrılması arsa kıymeti bakımından gayri iktisadi olan sahalalar"*.

⁷¹ Islah imar planları hakkında bkz. Halil Kalabalık, *İmar Hukuku Dersleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 167; Mustafa Genç, *İmar Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015), 64.

⁷² Mehpare Çaptuğ, *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 49.

⁷³ Erman, "Formalization by the State, Re-Informalization by the People," 429.

⁷⁴ Fikret Toksöz, "Yerel Yönetim ve Kentsel Ekonomik Sektöre Müdahale," *Mimarlık Dergisi* 15, no. 2 (1977): 51.

sahibi değil, uygulanmasında özellikle teknik ve akçal yönlerden yardımcı olması gereken bir kuruluş olmak durumundadır”.⁷⁵ Bu anlamda belediyelerin yanında ilgili gecekondu önleme ve ıslah bölgelerinde, kentsel altyapı vb. hizmetlerin sağlanması ve bunun için ayrılan bütçenin kullanılması bakımından TOKİ’nin önemli bir işlevi bulunduğu belirtilmelidir.⁷⁶

B. Uygulama Süreci

775 sayılı Kanun kapsamında “iyileştirme”, “tasfiye” ve “önleme” unsurları bir arada bulunmakta ve uygulamada da bu doğrultuda hareket edilmektedir.⁷⁷ Bu kapsamda yetkili idari makamlar tarafından söz konusu bölgelerin tespit edilmesini müteakip uygulama aşamasına geçilmektedir. Danıştay kararlarına bakıldığında örneğin gecekondu önleme bölgelerinde yapılan uygulamalara dair “dolaylı da olsa gecekondu yapımının önüne geçilmesinin hedef tutulduğu ve konut yapma işinin de bu kapsamda gerçekleştirildiği”⁷⁸ ifade edilmektedir. Bununla birlikte, gecekondu önleme bölgelerinde daha ziyade yeni konut yapılması ve bu sayede gecekondulaşma olgusunu doğuran konut ihtiyacının giderilmesinin ön planda olduğu söylenebilecektir.⁷⁹ Gecekondu tasfiye ve ıslah bölgelerinde ise; (i). gecekondu yapılarının ortadan kaldırılması, (ii). bu yapıların

⁷⁵ Keleş, *100 Soruda Türkiye’de Kentleşme, Konut ve Gecekondu*, 348.

⁷⁶ Kaya, “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu,” 877.

⁷⁷ Dan. 6. D. E.2015/9450, K.2018/5043, T.23.05.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁸ Dan. 9. D. E.2015/511, K.2018/3514, T.28.05.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁷⁹ Bu kapsamda önleme amacının iki şekilde belirdiği ifade edilebilir: Bunlardan birincisi, sonradan yapılan gecekondu yapılarının yetkili idari makamlarca derhal yıktırılması, ikincisi ise konut ihtiyacının karşılanmasına yönelik tedbirlerin alınması ve bu yerlerde sağlıklı yapılaşmanın oluşturulmasıdır. Binali Tercan, “Günümüze Değin İmar Afları,” *Planlama Dergisi*, no. 1-4 (1996): 7.

kent dokusunda oluşturduğu olumsuz özelliklerin ortadan kaldırılmaya çalışılması, hedeflenmektedir. Bu anlamda, söz konusu bölgelerde yapılan uygulamalarda “amaçlanan unsur” yönünden ayırım bulunduğundan bahsedilebilir. Bunun yanında, gecekonduların yıkımı sürecinden sonra; tasfiyesi gerçekleştirilen yahut ıslah edilebileceğine karar verilen bölgeyle ilgili imar planlarının yapılması, yani planlama sürecine girilmesi söz konusu olmaktadır. Gecekondu önleme bölgelerinde ise, yapılacak yeni konutlar ve arsa tahsisi yapılması ve bu kapsamda planlama yapılması gereği ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda çalışmanın devamında, gecekondu ıslah ve tasfiye bölgeleri bakımından hangi hallerde yıkımın gerçekleştirildiği ve planlama sürecinin ne şekilde işlediği incelenecek; sonrasında, gecekondu önleme bölgelerinde yapılan konut üretimi ve arsa tahsisi sürecine değinilecektir.

1. Gecekondu ıslah ve Tasfiye Bölgeleri Yönünden Yıkım Süreci

Mevcut gecekonduların kent dokusu üzerinde yarattığı olumsuz etkilerin giderilmesi ve bu yapıların yoğun olduğu bölgelerin ıslah edilmesi, bu mümkün değilse tasfiyesine ilişkin olarak; 775 sayılı Kanun md. 18’de tespit edilen bu yapıların yıkılmasının gerektiği ele alınmıştır. 775 sayılı Kanun hem gecekondulaşma olgusunun hukuken kabul edilmesi hem de yürürlüğe girdikten sonra gecekondulaşmanın önüne geçilmesi yönünden 1950’li yıllarda izlenen kentleşme politikasında farklı bir yeri haizdir.⁸⁰ Bununla birlikte 775 sayılı Kanun’daki yıkım süreci, gecekonduların yapılacağı yerin kamu tüzelkişilerine ait olması yahut özel hukuk kişilerine ait olmasına göre

⁸⁰ Kaya, “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu,” 868.

farklılaşmaktadır.⁸¹ Nitekim kamu tüzelkişilerine ait bir arsada yapılan gecekonduların “hiçbir karara gerek kalmaksızın derhal yıkımı” öngörülmüşken; özel hukuk kişilerinin arsalarında yapılan gecekonduarda yıkım için arsa malikinin yazılı başvurusu gerekmektedir.⁸² 775 sayılı Kanun kapsamında yıkımın gerçekleştirilebilmesi için ise; Danıştay kararında belirtildiği şekilde, “kamu idarelerinin izni olmaksızın yapılan ve gecekondu niteliği taşıyan yapının bulunması ve bu yapının da inşa edildiği parselin mülkiyetinin ihtilafsız olarak kamu idarelerine ait bulunması gerektiği kuşkusuzdur”.⁸³

Bunun yanında gecekonduların yıkımı gerçekleştirilirken o yapının içinde bulunduğu bölgenin hukuki niteliği de önem arz etmektedir. Yıkım sürecinde ön planda olan tasfiye bölgeleri, doktrinde Eke’nin ifade ettiği üzere; “ıslahın mümkün olmadığı veya ekonomik olmadığı konumlar, jeolojik sakıncalı alanlar veya bir başka önemli kullanım için gerekli alanlar”⁸⁴ olarak tanımlanmaktadır. Başka bir deyişle, mevcut gecekonduların oluşturduğu yapı topluluğu nedeniyle “mevcut planlı yerde bir ıslah imar planı yapılmasının mümkün olmadığı, gecekonduların bulunduğu alanın böyle bir çalışmayı gerektirmeyecek bir sahada bulunması”⁸⁵ söz konusu ise iyileştirmeye yönelik uygulamaların yerine tasfiye uygulaması ön planda olacaktır. Bu gibi hallerde,

⁸¹ Tekin Akıllıoğlu, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları,” *Anıme İdaresi Dergisi* 12, no. 4 (1979): 52.

⁸² Bununla birlikte 1976 yılında çıkarılan 1990 sayılı Kanun’la 775 sayılı Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra o ana kadar belediyelere ait olan ya da belediyelerin mülkiyetinde olması gereken arsalarda yapılan gecekonduarda da af tanınmıştır. Akıllıoğlu, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları,” 52.

⁸³ Dan. 6. D. E.2010/7816, K.2010/11274, T.14.12.2010, Kazancı İçtihat Bankası.

⁸⁴ Eke, “Gecekondu Alanlarının Değerlendirilmesine İlişkin Çözümler,” 47.

⁸⁵ Dan. 6. D. E.1992/4808, K.1993/4016, T.11.10.1993, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

idari makamların pozitif hukuk kurallarıyla kendilerine verilen görevleri yerine getirirken kullandığı kamu gücü ayrıcalığının bir tezahürü de yıkım uygulamaları açısından ortaya çıkmaktadır.⁸⁶ Gecekondu yapılaşmasının yoğun olduğu ve ıslahının mümkün olmadığı bölgelerde yıkım uygulamaları kanunda belirtilen yöntemlere uygun biçimde gerçekleştirilmelidir.⁸⁷ Zira yıkım uygulaması, hukuka aykırı yapının ortadan kaldırılmasının yanında, bireylerin temel hak ve hürriyetlerini “*zedeleyebilecek*” nitelikte olduğundan; hukuka uygun yöntemlerin izlenmemesi ilgilileri önemli ölçüde olumsuz etkileyecektir.⁸⁸ Dolayısıyla gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinde yapılacak uygulamalar yönünden ıslahın mümkün olup olamayacağı değerlendirilmesinin yapılması gerekmektedir.⁸⁹

775 sayılı Kanun md. 22’de gecekondu ıslah bölgelerinde yer alan gecekonduların hangi hallerde ve hangi süreç izlenerek yıktırılacağı belirlenmiştir. Genel kaide, gecekonduların oluşturduğu sağlıksız kent dokusunun yıkım süreci neticesinde ortadan kaldırılarak düzenli şehirleşmenin sağlanmasıdır.⁹⁰ Nitekim 775 sayılı Kanun md. 18 uyarınca belediye, Hazine, özel idarelere, genel ve katma bütçeli idarelere ait olan arazi ve

⁸⁶ A. Kürşat Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2015): 104.

⁸⁷ Akıllıoğlu, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları,” 41.

⁸⁸ Akıllıoğlu, “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları,” 41.

⁸⁹ 775 sayılı Kanun’da “*belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, dâimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskân edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılacağı*” ifade edildiğinden; burada yıkım uygulaması yönünden izlenen usul, 3194 sayılı Kanun md. 32 kapsamında yapılan uygulamadan farklılık arz etmektedir. Bkz. Ersöz, “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı,” 145.

⁹⁰ Örucü, *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*, 103.

arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak daimi ve geçersiz yapılar inşa seviyesine bakılmaksızın derhal yıkılacaktır.⁹¹ 775 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra ilgili alanlar üzerine inşa edilmeye çalışılan yapının tespitini müteakip yıkımına girişilecektir. Ancak, belli hallerde gecekonduyunun yıktırılmayarak, sahipleri tarafından yeniden ıslah ve imar edilmesi öngörülebilir. Bu halde, gecekondu ıslah bölgesi olarak tespit edilen yer sınırları içerisinde, belediyeye ait olan veya belediyenin mülkiyetine geçmesi gereken arsa ve arazi üzerinde olan ve 775 sayılı Gecekondu Kanunu yürürlüğe girmezden önce yapılan gecekondularından bu alanlar için yapılacak imar ve ıslah planları doğrultusunda olduğu gibi ya da değiştirilerek korunması mümkün olanlar hakkında derhal yıkım yapılmaz (Gecekondu Kanunu md. 22). Bu ihtimalde, imar ıslah planının tanziminden sonra yapılacak bildirden itibaren gecekondu, sahiplerince iki yıl içinde imar ve ıslah edilir.⁹²

⁹¹ 775 sayılı Kanun md. 18/1: “Bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra, belediye sınırları içinde veya dışında, belediyelere, Hazineye, özel idarelere, katma bütçeli dairelere ait arazi ve arsalarda veya Devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan yerlerde yapılacak, daimi veya geçici bütün izinsiz yapılar, inşa sırasında olsun veya iskan edilmiş bulunsun, hiçbir karar alınmasına lüzum kalmaksızın, belediye veya Devlet zabıtası tarafından derhal yıktırılır”.

⁹² 775 sayılı Kanun md. 22: “Gecekondu ıslah bölgelerinde bulunup da, belediyelere ait olan veya bu kanun uyarınca belediyelerin mülkiyetine geçmesi gereken arazi ve arsalar üzerinde, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan gecekondularından, bu sahalar için yapılacak imar ve ıslah planları ve mevzuat icaplarına göre olduğu gibi veya değiştirilerek korunması mümkün olanları, planın tanziminden sonra yapılacak bildirden itibaren en geç 2 yıl içinde yönetmelik esasları dairesinde sahipleri tarafından imar ve ıslah edilir. Aksi halde, bu yapıların verilen süre zarfında yıktırılması yoluna gidilir. Sahipleri tarafından yıktırılmayan yapılar, enkazı sahiplerine ait olmak üzere belediyelerce yıktırılır ve yıkım masrafı % 10 fazlasıyla ilgiliden alınır”.

Başta AY md. 17 ve md. 56 hükümleri olmak üzere, 3194 sayılı İmar Kanunu md. 1⁹³ ile Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md. 1⁹⁴ ve Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği md. 1'de⁹⁵ ifade edildiği üzere bireylerin sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşamaları için yapılacak yapıların şehircilik ilkeleri, planlama esasları ve fen normlarına uygun biçimde oluşturulması gerekmektedir. Devletin hüküm ve tasarrufu altında veya Hazine, belediye gibi idarelere ait arazi ve arsalarda izinsiz, yapılaşmaya uygun olmayan yapıların inşa edilmesi, imar kolluğu alanında korunan bir unsur olarak estetik unsurunu bozacak niteliktedir.⁹⁶ Bu çerçevede belediyelerin gerçekleştireceği bu yıkım, idari faaliyetlerden kolluk faaliyeti içerisinde kalmakla birlikte resen icra uygulamasının da bir örneğini teşkil etmektedir.⁹⁷ Bu kapsamda gecekondulaşmanın izinsiz ve uygun olmayan biçimde söz konusu arazi ve arsalarda yapılmasının önüne geçilmesi amacıyla belediyece resen icra usulüyle yıkımın gerçekleştirileceği öngörülmektedir.⁹⁸ Bununla

⁹³ 3194 sayılı Kanun md. 1: *“Bu Kanun, yerleşme yerleri ile bu yerlerdeki yapılaşmaların; plan, fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamak amacıyla düzenlenmiştir”*. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

⁹⁴ Planlı Alanlar İmar Yönetmeliği md. 1: *“Bu Yönetmeliğin amacı; plan, fen, sağlık ve sürdürülebilir çevre şartlarına uygun yapı ve yapılaşma ile projelendirmeye ve denetime ilişkin usul ve esasları belirlemektir”*. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

⁹⁵ Plansız Alanlar İmar Yönetmeliği md. 1: *“Bu Yönetmeliğin amacı belediye ve mücavir alan sınırları içinde ve dışında kalan ve plânı bulunmayan alanlardaki yapılaşmaların fen, sağlık ve çevre şartlarına uygun teşekkülünü sağlamaktır”*. (Metnin altı tarafımca çizilmiştir.)

⁹⁶ Özge Okay Tekinsoy, *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011), 147.

⁹⁷ İl Han Özay, *Günışığında Yönetim* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004), 741.

⁹⁸ Gecekondu Kanunu md. 18'den farklı olarak gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinde yıkım işleminin, belli hallerin mevcudiyedi halinde, istisnasına da yer verilmiştir. Gecekondu Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasına göre *“Belediyelere ait olan veya bu kanun uyarınca belediyelerin*

birlikte gecekonducuların yıkımına dair idari makamın almış olduğu kararın idari ceza niteliğinde olduğu söylenemeyecektir. Zira burada yasal düzenlemenin idari makamlara resen icra, yani doğrudan yerine getirme konusunda yetki verdiği görülebilmekte olup, “cezalandırma” amacı söz konusu değildir.⁹⁹ Bu nedenledir ki; idari makamlar, gecekondu yapılarının oluşturduğu sağlıklı yapılaşma olgusu neticesinde bozulan kamu düzenini, doğrudan geri getirebilmektedir.¹⁰⁰

İdari makamlar tarafından gerçekleştirilen yıkım faaliyeti, kent içerisinde estetik vb. mülahazalarla kentleşme ve şehircilik ilkelerine uygun olmayan gecekondu yapılarının malikleri yönünden mülkiyet hakkına ve yerleşme hürriyetine müdahale niteliği taşımaktadır.¹⁰¹ Şüphesiz, bu şekilde temel hak ve hürriyetlere müdahale teşkil eden bir idari faaliyet söz konusu olursa; bunun AY md. 13 kapsamında bir yasal dayanağının bulunması icap eder.¹⁰² Bununla birlikte, ilgili konuda bir Danıştay kararına bakıldığında; gecekonducuların yıkımına dair alınan idari kararlar bakımından farklı kanunlara dayanılması,

mülkiyetine geçmesi gereken arazi ve arsalar üzerinde, bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapıлып, 16’ncı ve 17’nci maddelere göre tesbit edilmiş bulunan gecekonduculardan konut olarak kullanılanları; içinde oturanlar 25’inci maddedeki şartları haiz oldukları takdirde; a) Gecekonduculunun sahibi ise, gecekonduculusuna karşılık gelecek şekilde, borçlanma suretiyle veya sair şekillerde konut verilinceye veya nakde dönüştürülüp ödeninceye veya konut yapmak üzere arsa tahsis edilip lüzumu halinde kredisi sağlanmak suretiyle, 27’nci maddedeki süre ve şartlara uygun olarak konutunu yapımcaya kadar, b) Gecekonduculunun sahibi değil ise, ucuz kiralık konut temin edilinceye veya konut yapmak üzere arsa tahsis edilip, lüzumu halinde kredisi sağlanmak suretiyle 27’nci maddedeki süre ve şartlara uygun olarak konutunu yapımcaya kadar, yıktırılmaz’.

⁹⁹ Özay, *Günışığında Yönetim*, 741.

¹⁰⁰ Özay, *Günışığında Yönetim*, 741.

¹⁰¹ Fethiye Nur Akkaya, *Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016), 86-87.

¹⁰² Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 308.

doğrudan o kararın hukuka aykırılığına yol açmamaktadır.¹⁰³ Oysa doktrinde Yasin'in vurguladığı üzere, “yıkım kararı ancak hukuki dayanağı olan mevzuatta belirtilen hususların gerçekleşmesi halinde başvurulacak bir yöntemdir”.¹⁰⁴ Bu nedenle 775 sayılı Kanun kapsamında alınması gereken bir yıkım kararının; bu husus atlanarak doğrudan 3194 sayılı Kanuna dayandırılması, yasal dayanağın farklı şekilde ifade edilmesi manasına geleceğinden hukuka aykırılık teşkil etmektedir.¹⁰⁵

2. Gecekondu İslah, Tasfiye ve Önleme Bölgelerinde Planlama Süreci

2981 sayılı Kanun’la getirilen affın genişletilmesine yönelik biçimde ihdas edilen 3290 sayılı Kanun’da¹⁰⁶ ıslah imar planıyla belirlenen alanlarda gecekondu yapılarına ilişkin doğrudan tapu verilebileceği ifade edilerek, bu yapıların piyasaya dahil edilmesi söz konusu olmuştur.¹⁰⁷ Daha sonrasında ihdas edilen 3414 sayılı Kanun¹⁰⁸ ise, bu yapıların devrini kolaylaştırmış ve ıslah imar planlarıyla ilgili olarak ilçe belediyelerine yetki

¹⁰³ Dan. 6. D. E.2003/1984, K.2004/5538, T.10.11.2004, DD. no. 109, 214, aktaran; Melikşah Yasin, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 20. Ayrıca bkz. Dan. 14. D. E.2017/22, K.2018/6600, T.13.11.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. Ancak Danıştay’ın bu konuda farklı yönde kararları da mevcuttur. Bkz. Dan. 14. D. E.2011/4939, K.2012/695, T.08.02.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; Dan. 14. D. E.2011/10144, K.202/6943, T.10.10.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁰⁴ Yasin, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, 20.

¹⁰⁵ Yasin, *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*, 21.

¹⁰⁶ RG. 07.06.1986, S. 19130.

¹⁰⁷ Bkz. Tercan, “Günümüze Değın İmar Afları,” 8.

¹⁰⁸ RG. 11.03.1988, S. 19751.

tanımıştır.¹⁰⁹ Bu nedenle, söz konusu yasal düzenlemeler çerçevesinde belirli gecekonduların muhafaza edilmesinin önünün açılması,¹¹⁰ gecekondu sorununun çözülmesinden ziyade artmasına neden olmuş ve planlama ihtiyacını doğurmuştur.¹¹¹ Zira gecekondulaşma olgusuna karşı izlenen politikada mevcut gecekonduların yasallaştırılarak, bundan sonraki dönemlerde buna izin verilmeyeceği ifade edilse de bunun sıkça tekrarlanması ve gecekonduların alım-satım sözleşmelerine konu edilebilmesi sonucu, yöntemin yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır.¹¹² Dolayısıyla 2981 sayılı Kanun’un genel amacının her ne kadar “*imar affına tabi gecekonduların zenginleşme aracı olmadığı, barınma amaçlı olarak kullanılması gerektiği*”¹¹³ yönünde olduğu belirtilse de buna uygun hareket edilmemiştir. Bu doğrultuda esasen doktrinde Sancakdar’ın vurguladığı üzere; yasal düzenlemelere uymayan ve bundan dolayı bazı kişilere ekonomik çıkar sağlayabilen imar affı kanunlarının desteklenmesinin kabulü mümkün değildir.¹¹⁴ İfade etmek gerekirse, bu yasal düzenlemelerin yarattığı çelişkiler bir yana, sorunun çözülememesinde gerekli şehir planlama faaliyetinin iyi yapılamaması önemli bir etken

¹⁰⁹ Eke, “Gecekondu Alanlarının Değerlendirilmesine İlişkin Çözümler,” 49.

¹¹⁰ Neşe Erkelli Kızıl, “2981 Sayılı İmar Affı Kanunu ve Bu Kanuna Dayanılarak Kurulan Yeminli Özel Teknik Büroların Faaliyet Süreci,” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4, no. 1-3 (1983): 74.

¹¹¹ Tercan, “Günümüze Değin İmar Afları,” 8.

¹¹² M. Murat Erdoğan ve Murat Ömürgönülşen, “Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondu Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açısından Bir Değerlendirme,” *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 7, no. 1-2 (1989): 177.

¹¹³ Dan. 14. D. E.2015/9128, K.2018/1254, T.08.03.2018, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹¹⁴ Oğuz Sancakdar, *Belediyenin İmar Planını Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası* (Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1996), 167.

olmuştur.¹¹⁵ Gerçekten “her bağışlama, o güne kadar yapılanları hukuksallaştırarak önlemeyi amaçlamaktadır. Uygulamadan edinilen deneyimler göstermektedir ki, imar suçlarının bağışlanması (imar affi), gecekondular ve kaçak yapılaşmayı önleyeceğine özendirilmekte ve bir süre sonra yenisinin çıkacağı beklentisine yol açmaktadır”.¹¹⁶

Kent mekanlarının iyileştirilmesi yahut sağlıklı yapılaşmanın oluşturulması; planlama faaliyetinden bağımsız biçimde gerçekleştirilemez.¹¹⁷ Doktrinde Yayla'nın aktardığı üzere şehir planlaması; “şehirselleşmelerin, mevcut ve gelecekteki, tabii, kültürel, iktisadî ve sosyal şartlarda bir düzen içinde bağdaştırılması için gerekli işlem ve eylemlerle, örgütlenme çabalarının tümünü”¹¹⁸ ifade eder. Bu doğrultuda, AY md. 56'da öngörülen sağlıklı ve dengeli bir çevrenin var olabilmesi için; şehircilik ilkeleri ve fen normlarına ve planlama esaslarına uygun planlamanın yapılması önem arz etmektedir. Bu nedenle gecekondular ıslah ve tasfiye bölgeleri ile ilgili olarak mevcut imar planlarının yeniden gözden geçirilmesi gerekmiştir. Nitekim 775 sayılı Kanun md. 16 ve Gecekondular Kanunu Uygulama Yönetmeliği md. 86 kapsamında gecekondular ıslah ve tasfiye bölgelerinin tespit edilmesini müteakip halk konutu veya nüve konut yapımına tahsis edilecek sahalarda seçimi, haritaların hazırlanması, imar ve ıslah planlarının düzenlenmesi gerekmektedir. Aynı doğrultuda, 2981 sayılı Kanun md. 13'e göre imar planı olan yerlerde mevcut imar planları gerektiği

¹¹⁵ Yücel Ünal, *Türk Şehir Planlama Hukukununun Bugünü (1985-2015)* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015), 187.

¹¹⁶ Erdal Köktürk, “Türkiye’de Gecekondular ve İmar Affı Üzerine Bir İnceleme,” *Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi*, no. 2003/89 (2003): 52.

¹¹⁷ P. Pınar Özden ve A. Sema Kubat, “Türkiye’de Şehir Yenilemenin Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler,” *İTÜ Dergisi/a* 2, no. 1 (2003): 79.

¹¹⁸ Yıldızhan Yayla, *Şehir Planlamasınının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975), 9.

takdirde ıslah imar planları şeklinde yeniden düzenlenir.¹¹⁹ Yapılan bu arazi planlaması faaliyeti neticesinde ortaya çıkarılan en önemli sonuçlardan birisi ise bu planlara idari makamlar tarafından uygulama zorunluluğunun bulunmasıdır.¹²⁰ Ancak, belirli bölgelerde birden fazla imar planının bir arada bulunması¹²¹ ve sonrasında çıkarılan imar affı yasaları; bu zorunluluğun adeta “silikleşmesine” sebebiyet vermiştir. Ayrıca ıslah imar planlarında mevcut durumun dikkate alınması zorunluluğunun bulunmaması, kent mekanlarında yaşanan değişimin benimsenmesini zorlaştırmış ve bazı gecekonduların muhafaza edilerek alım-satım sözleşmelerine konu olmasına, “80’li yılların ortalarından itibaren kentsel rant dağıtım aracına”¹²² dönüşmesine yol açmıştır. Bu nedenlerle kentsel mekanlarda yaşanan dönüşümler neticesinde gecekondulaşma olgusuyla yapılan mücadele, tam manasıyla amacına ulaşamamıştır.¹²³

Yetki bakımından belirtmek gerekirse, 3194 sayılı Kanun uyarınca Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, “gerekli görülen hallerde Gecekondu Kanununun uygulanması amacıyla yapılması gereken planların ve plan değişikliklerinin ilgili belediyelere veya diğer idarelere

¹¹⁹ 2981 sayılı Kanun md. 13/1 (c) “İslah imar planları belediye veya valiliklerce mümkün olduğu kadar fiili durum dikkate alınarak ve yapılanma şartları da belirlenerek yapılır veya belediye veya valiliklerce Yeminli Özel Teknik Bürolara yaptırılır. En geç 1 ay içinde belediye meclislerince kabul edilenler belediye meclislerince, büyük şehir yönetiminde ilçe belediye meclislerince Kabul edilenler ilçe belediye meclislerince, il idare kurullarınca kabul edilenler valilikçe tasdik edilerek yürürlüğe girer. Bu planların tescili de 1 ay içinde ivedilik ve öncelikle yapılır. İmar planı olan yerlerde mevcut imar planları gerektiği takdirde ıslah imar planları şeklinde yeniden düzenlenir”.

¹²⁰ Yayla, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği*, 91.

¹²¹ Yayla, *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği*, 93.

¹²² Kübra Cihangir Çamur, “İmar İslah Planlarının Ankara Kent Makroformu Üzerindeki Yoğunluk Etkileri,” *Planlama Dergisi*, no. 1-4 (1996): 15.

¹²³ Cihangir Çamur, “İmar İslah Planlarının Ankara Kent Makroformu Üzerindeki Yoğunluk Etkileri,” 15.

bu yolda bilgi vererek ve gerektiğinde iş birliği sağlayarak yapmaya, yaptırmaya, değiştirmeye ve re'sen onaylamaya yetkili” olduğu ifade edilmiştir.¹²⁴ Bunun yanında 2985 sayılı Kanun¹²⁵ uyarınca TOKİ'nin “gecekondu bölgelerinin tasfiyesine veya iyileştirilerek yeniden kazanımına yönelik olarak gecekondu dönüşüm projeleri geliştirebileceği, inşaat uygulamaları ve finansman düzenlemeleri yapabileceği” belirtilmiştir.¹²⁶ TOKİ bu kapsamda, “gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerde veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki planlar ile imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye” de yetkilidir.¹²⁷ 775 sayılı Kanun'da ise ıslaha

¹²⁴ Çevre ve Şehircilik Bakanlığı'nın 3194 sayılı Kanun kapsamında gecekondu alanlarında imar planı yapma yetkisi hakkında bkz. Gürsel Öngören, “Kentsel Dönüşüm İmar Planlamasında Yetki,” *Legal Hukuk Dergisi* 11, no. 123 (2013): 14-15.

¹²⁵ RG. 17.03.1984, S. 18344.

¹²⁶ 2985 sayılı Kanun ek md. 7/1: “Başkanlık gecekondu bölgelerinin tasfiyesine veya iyileştirilerek yeniden kazanımına yönelik olarak gecekondu dönüşüm projeleri geliştirebilir, inşaat uygulamaları ve finansman düzenlemeleri yapabilir. Bu amaçla gecekondu bölgelerinde, gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetinde bulunan gayrimenkuller ile 24.2.1984 tarihli ve 2981 sayılı İmar ve Gecekondu Mevzuatına Aykırı Yapılara Uygulanacak Bazı İşlemler ve 6785 Sayılı İmar Kanununun Bir Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanuna göre hak sahibi olan kişilerin haklarına konu gayrimenkullerin değeri Başkanlık tarafından tespit edilir ve Başkanlık bu kişilerle proje çerçevesinde anlaşmalar yapabilir. Bu anlaşmaların usul ve esaslarını belirlemeye Başkanlık yetkilidir”.

¹²⁷ 2985 sayılı Kanun md. 4/1: “Başkanlık, gecekondu dönüşüm projesi uygulayacağı alanlarda veya mülkiyeti kendisine ait arsa ve arazilerde veya valiliklerce toplu konut iskan sahası olarak belirlenen alanlarda çevre ve imar bütünlüğünü bozmayacak şekilde her tür ve ölçekteki planlar ile imar planlarını yapmaya, yaptırmaya ve tadil etmeye yetkilidir. Bu planlar; büyükşehir belediye sınırları içerisinde kalan alanlar için büyükşehir belediye meclisi tarafından, il ve ilçe belediye sınırları ile mücavir alanları içerisinde kalan alanlar için ilgili belediye meclisleri tarafından, beldelerde ve diğer yerlerde ilgili valilik tarafından, planların

muhtaç veya tasfiyesi gereken gecekondu bölgeleri ile yeniden halk konutu veya nüve konut yapımına tahsis edilecek sahalardan seçimi, haritalarının hazırlanması ve imar ve ıslah planlarının düzenlenmesi hususlarının TOKİ denetimi altında belediyeler tarafından yapılacağı ya da yaptırılacağı ifade edilmektedir.¹²⁸ Bununla birlikte Danıştay’ın bir kararında belirtildiği üzere, TOKİ’nin bu kapsamdaki bazı yetkileri daha sonrasında Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na verilmiştir.¹²⁹

Bu anlamda yukarıdaki açıklamalara bakıldığında; ilgili yasal düzenlemelerde gecekondu tasfiye ve ıslah bölgelerinde yapılan arazi planlaması faaliyetlerinde TOKİ ile Çevre ve Şehircilik Bakanlığı’na denetim ve tespite yönelik önemli yetkilerin verildiği ve fakat “gecekondu yapılarının yoğun olduğu bölgelerde yaşayan kişilerin sürece katılımı” hususuna yer verilmediği görülmektedir. Dolayısıyla gecekondu ıslah ve tasfiye bölgelerinde yapılacak planlama faaliyetleriyle ilgili olarak belediyelerin daha etkin bir rol üstlenmesi sağlanabilir. Bu sayede bireylerin katılımının daha fazla olduğu bir sistem

belediyelere veya valiliğe intikal ettiği tarihten itibaren üç ay içerisinde aynen veya değiştirilerek onaylanır (...)’.

¹²⁸ 775 sayılı Kanun md. 19: “İslaha muhtaç veya tasfiyesi gereken gecekondu bölgeleri ile yeniden halk konutu veya nüve konut yapımına tahsis edilecek sahalardan seçimi, haritalarının hazırlanması, İmar ve ıslah planlarının düzenlenmesi, Toplu Konut İdaresi Başkanlığının denetimi altında, ilgili belediyelerce yapılır veya yaptırılır. Toplu Konut İdaresi Başkanlığı, hazırlanan harita ve planları redde, düzeltilmek üzere geri göndermeye, olduğu gibi veya değiştirilerek onaylamaya ve lüzum gördüğü hallerde bu hizmetleri kendisi yapmaya veya yaptırmaya yetkilidir. Onaylanarak kesinleşen planlar belediye dairesinde herkesin görebileceği bir yerde bir ay süre ile asılır ve keyfiyet mutat vasıtalarla halka duyurulur”.

¹²⁹ Bkz. Dan. 6. D. E.2015/9450, K.2018/5043, T.23.05.2018, DD. no. 149, 177. Ayrıca bkz. Tamer Utkucu ve Elif Çağlan, *Rant İmar İtibarı* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019), 82.

geliştirilerek mevcut sorunun halli mümkün olabilecektir.¹³⁰ Özellikle ıslah imar planları yönünden mevcut (fiili) durumun dışında da yerleşim planlaması yapıldığından; yapılan uygulamalar neticesinde kişilerin yaşadığı yerlere yabancılaşma endişesinin giderilmesi yönünden katılım ilkesinin sağlanması önem taşımaktadır.¹³¹

3. Yeniden Arsa Tahsisi ve Yapılaşma

Kentlerde gecekonduların oluşturduğu bölgelerin olumsuz özelliklerinin yanında, kişiler yönünden ortaya çıkan başlıca sorunlardan birisi de iskan meselesidir.¹³² Gecekondulaşmanın önlenmesine yönelik bölgelerin tespit edilerek bu doğrultuda uygulamanın yapılarak konutu olmayan kişilere yeni konutların yapılacağı yerlerin belirlenmesi önem arz etmektedir. 775 sayılı Kanun, bu anlamda ileriye yönelik biçimde gecekonduların önleme bölgeleri kapsamında şehirleşmenin nasıl olması gerektiğine dair hükümler ihtiva etmektedir.¹³³ Bu doğrultuda, doktrinde Keleş'in de belirttiği şekilde önleme bölgeleri, "gecekonduların önlemek amacıyla, konutsuz yurttaşlara verilmek üzere, kent yönetimince konut yapımına elverişli duruma getirilen kent topraklarının bulunduğu kent kesimini"¹³⁴ ifade eder. Bu kapsamda gecekonduların önleme bölgelerinin tespit

¹³⁰ Özellikle gecekonduların dönüşüm bölgelerinde katılım hususunun sağlıklı şehirleşmenin sağlanmasına olumlu etkileri hakkında bkz. Mustafa Kara, "Türkiye'de Gecekonduların Dönüşüm Projelerinin Konut Sorununun Çözümündeki Rolü: Ankara İli Gültepe ve Yatıkmuşluk Örneği," *Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi* 5, no. 2 (2010): 174.

¹³¹ Köktürk, "Türkiye'de Gecekondular ve İmar Affı Üzerine Bir İnceleme," 57.

¹³² Orhan Tuna, "Türkiye'de Gecekonduların Önleme Bölgeleri Hakkında Bir Araştırma ve Yeni Bir Model Taslağı," *Sosyal Siyaset Konferansları* (İstanbul: Bilmen Basımevi, 1977), 6.

¹³³ Eke, "Gecekonduların Alanlarının Değerlendirilmesine İlişkin Çözümler," 47.

¹³⁴ Keleş, *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*, 102.

edilmesinde; yeni konut yapılarak gecekondu sahiplerine verilmesi hususu ön plandadır. Nitekim bir Danıştay kararına konu olayda da yıkılacağı ya da yıkılması gerektiği tespit edilen gecekondu yapıları yönünden “belediye meclisi kararı ile de Ayazağa gecekondu önleme bölgesinde, dere ıslah çalışma alanında kalan gecekondu hak sahiplerine 200 daire yapılarak verilmesinin karar altına alındığı”¹³⁵ ifade edilerek bu hususa vurgu yapıldığı görülmektedir. Arsa tahsis şatlarını ele alan 775 sayılı Kanun md. 25 hükmünde de görüldüğü üzere genel olarak, “önleme bölgelerindeki arsaların öncelikle gecekonduların ıslahı ve tasfiyesi sebepleriyle açıkta kalacak veya diğer konutsuz kişilere verileceği”¹³⁶ ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, böyle bir durumun varlığı; açıkta kalan ya da konutsuz olduğu tespit edilen kişilerin hukuki statüleri üzerinde etki doğurmakta ve sosyal hak çerçevesinde devlete karşı kişilerin talep hakkı gündeme gelebilmektedir.¹³⁷

Özellikle 2981 sayılı Kanun’da, Danıştay kararlarında da ifade edildiği şekilde¹³⁸, “hak sahibi olma niteliklerini taşıdığı belirlenen kişilere, gecekonduyun bulunduğu yerin yürürlükteki imar

¹³⁵ Dan. 6. D. E.1992/1381, K.1993/387, T.12.02.1993, (<https://legalbank.net/>, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası).

¹³⁶ 775 sayılı Kanun md. 25: “7 nci madde gereğince tesbit olunan önleme bölgelerindeki arsalar, öncelikle gecekonduların ıslahı ve tasfiyesi sebepleriyle açıkta kalacaklara ve diğer konutsuz vatandaşlara verilir. Bu arsalardan, ıslah ve tasfiye bölgelerinde bulunan diğer yapı sahiplerinden yapısının tasfiyesini isteyenler de faydalanabilirler. Her ne sebeple olursa olsun, bu kanun hükümlerince arsa tahsis edilecek kimselerin, yoksul veya dar gelirli olması, kendisinin veya eşinin veya ergin olmayan çocuğunun herhangi bir belediye sınıırı içinde ev yapmaya müsait arsaya veya her hangi bir yerde bir ev veya apartmanın ayrı bir dairesine karşılık olan payına sahip bulunmaması şarttır. Kimlerin yoksul ve dar gelirli sayılacağı, kendisine arsa tahsis edileceklerin öncelik sırası ve yukarıda sözü geçen diğer hususların esasları yönetmelikte belirtilir”.

¹³⁷ Örucü, *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*, 104.

¹³⁸ Dan. 6. D. E.2019/3718, K.2019/5307, T.30.05.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

planında konut olarak kullanılamaması halinde, gecekondunun bulunduğu yerden değil, gecekondun önleme veya ıslah bölgelerinden veya yakın bölgelerde yapılmış ıslah imar planları içinde meydana gelen boş imar parsellerinden müstakil, hisseli veya kat mülkiyeti esasına göre tahsis yapılması mümkün olacağı” hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla buradaki amaç, “fen ve şehircilik esaslarına uygun yapılaşmanın sağlandığı alanlara” yeni konutların yapılarak gecekondun bölgelerinde yaşayan kişilerin buraya yerleştirilmesidir.¹³⁹ Bu yönüyle “yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere” yetkili idari makamlarca tespit edilen, 775 sayılı Kanun’da tanımlanan “önleme bölgesinin” 6306 sayılı Kanun md. 2’de ifade edilen “rezerv yapı alanı¹⁴⁰” kavramına koşut olduğundan bahsedilebilecektir. Ancak, gecekondun önleme bölgelerinde bireylerin bu konuda bir karar alınması için idari makamlara başvurması yahut onları harekete geçirmesi hali söz konusu değildir.¹⁴¹ Bu husus, özellikle gecekondun önleme bölgelerinde yapılan uygulamalarda katılım ilkesinin

¹³⁹ Bu yöndeki uygulama örnekleri için bkz. Nurcan Yılmaz, “Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projeleri,” *Kentsel Dönüşüm Hukuku*, der. Melikşah Yasin ve Cenk Şahin (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2015), 453.

¹⁴⁰ 6306 sayılı Kanun md. 2: “Bu Kanunun uygulanmasında; (...) c) Rezerv yapı alanı: Bu Kanun uyarınca gerçekleştirilecek uygulamalarda yeni yerleşim alanı olarak kullanılmak üzere, TOKİ’nin veya İdarenin talebine bağlı olarak veya resen Bakanlıkça belirlenen alanları (...) ifade eder”. Ayrıca bkz. Onur Kaplan, *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017), 266-267.

¹⁴¹ 6306 sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 4/2 (c): “Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerin, birinci fıkrada belirtilen bilgi ve belgeleri ihtiva eden dosyaya istinaden Bakanlıktan rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilir. Gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerin rezerv yapı alanı belirlenmesi talebinde bulunulabilmesi için; bu talebin, talebe konu taşınmazların maliklerinin tamamının muvafakati ile yapılması gerekir”.

tam manasıyla uygulanamamasına da sebebiyet vermektedir.¹⁴² Bunun dışında, söz konusu bölgelerde yapılacak uygulamalarda idari makamların “*arsa bedelini aldıkları gecekondu önleme bölgesinde bulunan taşınmazı vermemesi ve yeni bir arsa da tahsis etmemesi*”¹⁴³ ise hukuka aykırı bir idari işlemin varlığına sebebiyet verecektir. Bu doğrultuda idari makamların şartların sağlanmasına rağmen tahsis işleminin gereğini yerine getirmemesi, idari faaliyetin işleyişinde bir aksaklığa sebep olacağından “*kusur sorumluluğuna*” da yol açar niteliktedir.¹⁴⁴

Belirtmek gerekirse, önleme bölgeleri yönünden sağlıklı bir yapılaşmanın gerçekleştirilmesi amacı önemli rol oynadığından; hukuka aykırı yapının korunmasından ziyade “*amaca uygun*” hareket edilmesine ağırlık verilmektedir. Nitekim Danıştay tarafından verilen bir karara göre, “*gecekondulaşmayı önlemeye yönelik bir alan olan gecekondu önleme bölgesi üzerinde yapılan gecekondu nedeniyile verilen tapu tahsis belgesinin iptaline ilişkin dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunma(maktadır)*”.¹⁴⁵ Bunun yanında gecekondu önleme bölgelerinde yapılacak uygulamalarda, bazı Danıştay kararlarında 775 sayılı Kanun’a öncelik tanındığı da görülmektedir: “*Bayındırlık ve İskan Bakanlığınca 1967 yılında 775 sayılı Yasa uyarınca Gecekondu Önleme Bölgesi olarak ilan edilmiş bulunan bu alanda kalan gecekondu nedeniyile daha sonra 2981 sayılı Yasa uyarınca yapılan af başvurusunun kabul edilmesi suretiyle tapu tahsis belgeleri düzenlenmiş ise de, 775 sayılı Yasa hükümlerinin uygulanması gereken*

¹⁴² Bkz. Melikşah Yasin, “Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 60 (2005): 131.

¹⁴³ UM. E.2014/715, K.2015/176, T.06.04.2016, RG. 30.04.2015, S. 29342 (Mükerrer).

¹⁴⁴ Bahtiyar Akyılmaz, Murat Sezginer ve Cemil Kaya, *Türk İdari Yargılama Hukuku* (Ankara: Savaş Yayınevi, 2018), 522.

¹⁴⁵ Dan. 6. D. E.2005/889, K.2007/2196, T.24.04.2007, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası.

bir alanda 2981 sayılı Yasa hükümlerine dayanılarak işlem tesis edilmesi mümkün değildir".¹⁴⁶ Bu husus, özellikle 775 sayılı Kanun çerçevesinde yapılacak projelerde bütünlüğün sağlanması açısından ve gecekondulaşmasının sonraki dönemlerde artışının önüne geçilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bu bütünlüğün gerçekleştirilebilmesi için öncelikle boş kamu arazilerinin kullanılması,¹⁴⁷ bu mümkün değilse tespit edilen bölgeler içerisinde kalan taşınmazların kamulaştırılması gündeme gelebilir.¹⁴⁸ Bununla bağlantılı olarak, bu alanlarda proje bütünlüğünün sağlanması noktasında herhangi bir "acelelik" hali mevcut değilse; bu durumda olağanüstü hukuki müesseselere başvurulması düşünülemez. Yani, "daha iyi barınma koşullara sahip bölgelerin oluşturulması, dar gelirli kesime konut üretilmesinin sağlanması ve yeni gecekonduların yapımının engellenmesi amacıyla"¹⁴⁹ acele kamulaştırma usulüne gidilmesi söz konusu değildir. Dolayısıyla gecekondulaşma alanlarında gerçekleştirilen uygulamalarla acele kamulaştırma arasında doğrusal bir bağlantı söz konusu değildir.¹⁵⁰ Şu halde, meseleyi sadece konut üretiminde niceliği artırmak ya da ani ve fakat geçici çözümler yaratmak suretiyle ele almak yerine kentsel altyapının sağlandığı konut üretimi ve tahsis uygulamaları yönünden niteliğin ön planda olduğu bir yaklaşımla değerlendirmek gereklidir.¹⁵¹ Bu sayede gecekonduların

¹⁴⁶ Dan. 6. D. E.2001/5190, K.2002/5095, T.13.11.2002, Legalbank İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁷ Dan. 6. D. E.1998/4212, K.1999/4217, T.04.10.1999, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁴⁸ Bkz. Yar. 5. HD. E.2013/3411, K.2013/13266, T.20.06.2013, *Legal Hukuk Dergisi* 12, no. 133 (2014): 265.

¹⁴⁹ Dan. İDDGK. E.2019/3342, K.2020/148, T.30.01.2020, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁵⁰ Cenk Y. Şahin, *Acele Kamulaştırma* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 103.

¹⁵¹ Yasemin Alkışer ve Hülya Yürekli, "Türkiye'de Devlet Konutunun Dünü, Bugünü, Yarını," *İTÜ Dergisi/a* 3, no. 1 (2004): 64.

yasallaştırılması, piyasaya konu olan bir rant aracı haline gelmesi ve tekrar önüne geçilmesini kapsayan bir döngünün içine girilmesi engellenmiş olacaktır.

IV. SONUÇ

Sanayi Devriminin etkilerinin ileriki yıllarda etkilerini artırarak devam etmesi ve üretim biçiminin değişmesi neticesinde büyük kentlere göç eğilimi oluşmuştur. 1950’li yıllardan itibaren artan kentleşme olgusu karşısında Türkiye ölçeğinde altyapının yetersiz oluşu ve kalıcı çözümlerin üretilmemesi sorunların daha karmaşık hale bürünmesine sebebiyet vermiştir. Özellikle kentleşme hareketinin artması karşısında gerekli konut ihtiyacının sağlanamamış olması gecekondulaşmanın artmasına neden olmuştur. Yapılan gecekonduların şehircilik ilkeleri ve planlama esaslarından uzak oluşu ve sağlıklı ve dengeli bir çevrenin oluşturulması gerekliliği karşısında söz konusu gecekondulaşmanın var olduğu alanların revize edilmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu doğrultuda 775 sayılı Kanun çerçevesinde alansal bazda gecekondulaşmanın önlenmesi, tasfiyesi ve ıslahı için çeşitli hükümler öngörülmüştür. Bu çerçevede gecekondulaşma olgusunun önüne geçilmesi bakımından ıslahın mümkün olup olmadığı değerlendirilerek; bu mümkün değilse tasfiyenin yapılması icap etmektedir. 775 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra yapılacak gecekondu bakımından genel olarak yıkımın hedeflendiği görülse de getirilen imar affı kanunlarıyla bu hedeften sapılmıştır. 775 sayılı Kanun yürürlüğe girmeden önce yapılan gecekondu hakkında ise ıslah ve tasfiye bölgesi uygulaması kapsamında yıkım faaliyeti sonrasında arsa tahsisi söz konusu olabileceği gibi, belli şartların varlığı halinde yapının yerinde imar ve ıslahı, maliki tarafından gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla 775 sayılı Kanun’un hem gecekondulaşma olgusunu kabullenen hem de bunun önüne geçmeye çalışan bir yapıda olduğu ve bunun da söz konusu alanların tespit edilerek

sağlanmaya çalışıldığı ifade edilebilir. Ne var ki gerek bu alanların tespitinde gerekse arsa tahsis edilerek gecekonduların önleme alanlarında, yeni konutların yapılması konusunda katılım ilkesine yeterince yer verilmemiştir. Bu durum ise, imar aflarının yanında bireylerin de süreçten bağımsız hareket etmesine, gecekonduların piyasa aracı haline gelmesine neden olmuştur. O halde, gecekonduların ıslah bölgelerinde imar ıslah planlarının yapılması aşamasında ve önleme bölgelerinde sağlıklı yapılaşmanın sağlanmasına yönelik yapılan uygulamalarda katılım ilkesine riayet edilmesi gerekecektir. Zira kalıcı çözümlerin üretilmesi için planlama esasları ve şehircilik ilkelerinin yanında kamu yararının sağlamaya matuf hareket edilmesi ve yerel halkın bu süreçte etkin katılımının sağlanması gerekmekte olup; bu sayede yaşanabilecek hak kayıplarının önüne geçilebilecektir.

Hakem Değerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar, etik kurul onayının gerekmediğini belirtmiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author declared that this study has received no financial support.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Ethics Committee Approval: The author stated that ethics committee approval is not required.

KAYNAKÇA

- Abdulahkimoğulları, Erdal ve Kale, Fatmagül. “Türk Anayasalarında ve Karşılaştırmalı Hukukta Konut Hakkı.” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 4, no. 15 (2013): 15-38.
- Akıllıoğlu, Tekin. “Yıkma Kararlarında Yöntem Sorunları.” *Amme İdaresi Dergisi* 12, no. 4 (1979): 41-55.
- Akkaya, Fethiye Nur. *Kent Estetiğini Koruma Amaçlı İdari Kolluk Faaliyeti*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.
- Aksoy, Abdulkadir. “Geleneksel Devletten Modern Devlete: Sanayi Devrimi ve Kamu Yönetimi Düşüncesinde Değişim.” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 2, no. 3 (2016): 31-37.
- Aksoy, Erman ve Güzey Kocataş, Özlem. “Gecekondu Alanlarında Uygulanan Kentsel Dönüşüm Projelerinin Meşruiyet Zemini Olarak Yoksulluk ve Suç.” *Karadeniz Teknik Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Sosyal Bilimler Dergisi* 7, no. 14 (2017): 275-295.
- Aksu Çam, Çiğdem ve Uygur, Ezgi. “Yıkım-Tapu-Dönüşüm Tartışmalarıyla Türkiye’de Enformel Konut Üretimi: Adana Örneği.” *Aksaray Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 10, no. 4 (2018): 1-12.
- Aktaş, Sevim. “The Urbanisation Issue and the Culture of Gecekondu in Turkey.” *Oriente Moderno* 93 (2013): 176-187.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Sezginer, Murat ve Kaya, Cemil. *Türk İdari Yargılama Hukuku*. Ankara: Savaş Yayınevi, 2018.
- Alkışer, Yasemin ve Yürekli, Hülya. “Türkiye’de Devlet Konutunun Dünü, Bugünü, Yarını.” *İTÜ Dergisi/a* 3, no. 1 (2004): 63-74.
- Arseven, C. Esad. *Şehircilik (Urbanizm)*. İstanbul: Devlet Basımevi, 1937.
- Ayanoğlu, Taner. *Yapı Hukukunun Genel Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2014.

- Aybay, Aydın. "A Survey of the Gecekondu Act, 1966, from the Standpoint of Effective Land Use." *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul* 23, no. 39 (1975): 203-207.
- Azimli Çilingir, Gülcan ve Örcen Güler, İlke. "Afet Politikalarında Risk Unsuru ve Afet Mevzuatında Risk Yönetimi." *Uluslararası Yönetim Akademisi Dergisi* 3, no. 1 (2020): 152-165.
- Bilgin, Hüseyin. "7153 ve 7181 Sayılı Kanunlarla İmar Kanununda Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme." *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2020): 339-385.
- Castells, Manuel. *Kent Sınıf İktidar*. Çev. Asuman Türkün. Ankara: Phoenix Yayınları, 2014.
- Ceritli, İsmail. "Kentsel Planlamanın İlkeleri ve Türkiye'de Gecekondu Sorunu." *Öneri Dergisi* 2, no. 10 (1998): 49-57.
- Cihangir Çamur, Kübra. "İmar Islah Planlarının Ankara Kent Makroformu Üzerindeki Yoğunluk Etkileri." *Planlama Dergisi*, no. 1-4 (1996): 15-19.
- Çakır, Sabri. "Türkiye'de Göç, Kentleşme/Gecekondu Sorunu ve Üretilen Politikalar." *Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, no. 23 (2011): 209-222.
- Çaptuğ, Mehpere. *İdare Hukuku Açısından Kentsel Dönüşüm*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Çelik, Abdullah. "Kent Yönetimi Bağlamında Kent Konseyinin İşlevleri Üzerine Bir Değerlendirme." *Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 14, no. 2 (2013): 215-229.
- Derdiman, R. Cengiz. "Kentleşmenin Suça Etkisi ve Kentlilerin Suçla Mücadelesinin Sosyal ve Hukuki Boyutları." *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 19, no. 3 (2010): 49-73.

- Dural, A. Baran ve Zeyrekli, Sedef. “Göç Sorunu ve Gecekondu Nüfusun İktidara Yürüyüşü.” *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 15, no. 4 (2006): 5-15.
- Eke, Feral. “Gecekondu Alanlarının Değerlendirilmesine İlişkin Çözümler.” *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 5, no. 1 (2000): 43-54.
- Eraslan, Yunus ve Boz, S. Sacit. “İdari Yargılama Usulünde İncelenmeksizin Ret Kararları.” *Türk İdare Dergisi* 91, no. 488 (2019): 203-243.
- Erdoğan, M. Murat ve Ömürgönülşen, Murat. “Yeminli Özel Teknik Bürolar: Gecekondu Sorunu, İmar Affı ve Kamu Hizmetlerinin Özel Kişilere Gördürülmesi Açısından Bir Değerlendirme.” *Hacettepe Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 7, no. 1-2 (1989): 173-214.
- Erkelli Kızıl, Neşe. “2981 Sayılı İmar Affı Kanunu ve Bu Kanuna Dayanılarak Kurulan Yeminli Özel Teknik Büroların Faaliyet Süreci.” *İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi* 4, no. 1-3 (1983): 73-81.
- Erman, Tahire. “Formalization by the State, Re-Informalization by the People: A Gecekondu Transformation Housing Estate as Site of Multiple Discrepancies.” *International Journal of Urban and Regional Research* 40, no. 2 (2016): 425-440.
- Eroğlu, Şebnem. “Extending the Resource-Based Approach to Livelihoods: An Urban Application to Turkish Gecekondu Households.” *International Journal of Urban and Regional Research* 37, no. 2 (2013): 769-789.
- Ersöz, A. Kürşat. “Bir İdari İşlem Olarak Yıkım Kararı.” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, no. 3 (2015): 103-149.
- Genç, Fatma N. “Türkiye’de Kentsel Dönüşüm: Mevzuat ve Uygulamaların Genel Görünümü.” *Yönetim ve Ekonomi Dergisi* 15, no. 1 (2008): 115-130.
- Genç, Mustafa. *İmar Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2015.

- Geray, Cevat. "Gecekondu Sorununa Toplu Bir Bakış." *Amme İdaresi Dergisi* 1, no. 2 (1968): 11-29.
- Geray, Cevat. "Mesken Meselesi ve Dördüncü İskân ve Şehircilik Haftası." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 15, no. 3 (1960): 123-128.
- Geray, Cevat. "Urbanization in Turkey." *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 24, no. 4 (1969): 157-174.
- Giritlioğlu, Cengiz. "İç Göç ve Kentleşme." *Türkiye'de Kentleşme*, Ankara: Yeni Yüzyıl Kitaplığı, (1995): 30-56.
- Giritlioğlu, P. Pınar ve Özden, Kardelen. "Kentsel Adalet Ekseninde İmar Afları: İmar Barışı Üzerine Bir Değerlendirme." *Prof. Dr. Necla Giritlioğlu'na Armağan*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020, 255-283.
- Gönüllü, Günay. "Çevresel-Kentsel Hakların Gelişimi: Dünyada ve Türkiye'de Kentsel Haklar." *İnsan Hakları Yıllığı Dergisi* 32 (2014): 31-52.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.
- Gülan, Aydın. "Şehircilik Sorunlarının Ağırlaşmasında Hukukun Rolü Hakkında Düşünceler." *İstanbul Üniversitesi Sosyoloji Dergisi* 3, no. 22 (2011): 295-303.
- Güler, Tuğba ve Coşgun, Nilay. "Yapı Üretim Sürecinde Belediyelerin Rolü." *Çağdaş Yerel Yönetimler Dergisi* 20, no. 2 (2011): 53-71.
- Gündüz, Altay. "Gerçek Yapısal Riskin Tahmin Edilmesi Üzerine." *Türkiye İnşaat Mühendisliği* 13. Teknik Kongresi Bildiriler Kitabı, Ankara: 1995, 281-294.
- Güzey, Özlem. "The Last Round in Restructuring the City: Urban Regeneration becomes a State Policy of Disaster Prevention in Turkey." *Cities* 50 (2016): 40-53.
- Heper, Metin. "Türkiye'de Gecekondu Politikası Üzerine Bazı Düşünceler." *Amme İdaresi Dergisi* 12, no. 4 (1979): 55-62.

- İnce, Nurten, Kanlı, İ. Bakır ve Eryiğit, B. Hamza. “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı.” *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi* 3, no. 2 (2017): 21-36.
- Kalabalık, Halil. *İmar Barışı Başvuru Süreci ve Sonuçları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2018.
- Kalabalık, Halil. *İmar Hukuku Dersleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Kaman, Nur. “Mahalli İdarelerin Yetkilerinin ve Sınırlarının Kaynağı Olarak Mahalli Müşterek İhtiyaç.” *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2020): 73-87.
- Kaplan, Onur. *İdare Hukuku Yönünden Afet Riski Altındaki Alanların Kentsel Dönüşüm Süreci*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Kara, Mustafa. “Türkiye’de Gecekondu Dönüşüm Projelerinin Konut Sorununun Çözümündeki Rolü: Ankara İli Gültepe ve Yatıkmusluk Örneği.” *Girişimcilik ve Kalkınma Dergisi* 5, no. 2 (2010): 171-204.
- Karahanogulları, Onur. *İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Kaya, Mustafa. “Gecekondu Sorunu ve Gecekondu Kanunu.” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.1989/6 (1989): 860-891.
- Keleş, Ruşen. “Türkiye’de Şehirleşme Hareketleri.” *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi* 25, no. 4 (1970): 41-83.
- Keleş, Ruşen. *100 Soruda Türkiye’de Kentleşme, Konut ve Gecekondu*. İstanbul: Cem Yayınevi, 2015.
- Keleş, Ruşen. *Kentbilim İlkeleri*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1976.
- Keleş, Ruşen. *Kentbilim Terimleri Sözlüğü*. Ankara: İmge Kitabevi, 1998.
- Kılıçbay, M. Ali. *Şehirler ve Kentler*. Ankara: Gece Yayınları, 1993.

- Köktürk, Erdal. "Türkiye'de Gecekondu ve İmar Affı Üzerine Bir İnceleme." *Jeodezi, Jeoinformasyon ve Arazi Yönetimi Dergisi*, no. 2003/89 (2003): 49-66.
- Koroğlu, Ömer. *İmar Hukukunda Yapı Kavramı ve Temel Yapı Belgeleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Labort, Henri. *İnsan ve Kent*. Çev. Bertan Onaran. İstanbul: Payel Yayınları, 1990.
- Mangin, William. "Latin American Squatter Settlements: A Problem and a Solution." *Latin American Research Review* 2, no. 3 (1967): 65-98.
- Oder, Burak. "Regülasyon Kavramı Üzerine Bir Deneme." *Prof. Dr. A. Ülkü Azrak 75. Yaş Armağanı*, İstanbul: Çizgi Basım Yayın, (2008): 239-254.
- Okay Tekinsoy, Özge. *İdare Hukukunda Kamu Düzeni Kavramı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2011.
- Onar, S. Sami. *İdare Hukukunun Umumi Esasları Cilt-I*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1966.
- Öngören, Gürsel. "Kentsel Dönüşüm İmar Planlamasında Yetki." *Legal Hukuk Dergisi* 11, no. 123 (2013): 3-34.
- Örücü, Esin. "A Synthetic and Hyphenated Legal System: The Turkish Experience." *Journal of Comparative Law* 1, no. 2 (2006): 27-47.
- Örücü, Esin. *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1972.
- Özay, İl Han. *Günüşiğinde Yönetim*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2004.
- Özden, P. Pınar. *Kentsel Yenileme Yasal Yönetimsel Boyut Planlama ve Uygulama*. Ankara: İmge Kitabevi, 2016.
- Özden, P. Pınar ve Kubat, A. Sema. "Türkiye'de Şehir Yenilemenin Uygulanabilirliği Üzerine Düşünceler." *İTÜ Dergisi/a* 2, no. 1 (2003): 77-88.

- Sağlam, Serdar. “1923-1950 Yılları Arasında Türkiye’de Kent ve Kentleşme Olgusu.” *Sosyoloji Konferansları* 53 (2016): 257-274.
- Sancakdar, Oğuz. *Belediyenin İmar Planını Yapması-Değiştirmesi ve İptal Davası*. Ankara: Yetkin Yayıncılık, 1996.
- Şahin, Cenk. *Acele Kamulaştırma*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Tatlıldil, Ercan. *Kentleşme ve Gecekondu*. İzmir: Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1989.
- Tekeli, İlhan. *Kent, Kentli Hakları, Kentleşme ve Kentsel Dönüşüm*. İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2011.
- Tercan, Binali. “Günümüze Değın İmar Afları.” *Planlama Dergisi*, no. 1-4 (1996): 5-8.
- Toksöz, Fikret. “Yerel Yönetim ve Kentsel Ekonomik Sektöre Müdahale.” *Mimarlık Dergisi* 15, no. 2 (1977): 51-52.
- Tuna, Orhan. “Türkiye’de Gecekondu Önleme Bölgeleri Hakkında Bir Araştırma ve Yeni Bir Model Taslağı.” *Sosyal Siyaset Konferansları*, İstanbul: Bilmen Basımevi, (1977): 1-13.
- Türkoğlu, Kamutay ve Atik, A. Saffet. “Bütünsel Kentsel Planlama ve Altyapı Projelendirmesi Kent Yönetiminin ve Kentsel Gelişmenin Ayrılmaz İkilisidir.” *I. Ulusal Kentsel Altyapı Sempozyumu Bildiriler Kitabı*, G. Antep: TMMOB İnşaat Mühendisleri Odası Yayınları, (1997): 1-8.
- Türkün, Asuman, Aslan, Şükrü ve Şen, Besime. “1923-1980 Döneminde Kentsel Politikalar ve İstanbul’da Sosyo-Mekânsal Dönüşüm.” *Mülk, Mahal, İnsan İstanbul’da Kentsel Dönüşüm*. Der. Asuman Türkün. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, (2014): 45-78.
- Utkucu, Tamer ve Çağlan, Elif. *Rant İmar İtibarı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Ünal, Yücel. *Türk Şehir Planlama Hukukununun Bugünü (1985-2015)*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2015.

- Üstün, Gül. *Kentsel Dönüşüm Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Yasin, Melikşah. "Kentsel Dönüşüm Uygulamalarının Hukuki Boyutu." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 60 (2005): 105-137.
- Yasin, Melikşah. *İmar Hukukunda İdarenin Yıkma Yetkisinin Kullanımının Usul ve Esasları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- Yavuz, Fehmi, Keleş, Ruşen ve Geray, Cevat. *Şehircilik Sorunlar-Uygulama ve Politika*. Ankara: Sevinç Matbaası, 1973.
- Yayla, Yıldızhan. *Şehir Planlamasının Başlıca Hukukî Meseleleri ve İstanbul Örneği*. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1975.
- Yılmaz, Nurcan. "Portakal Çiçeği Vadisi ve Dikmen Vadisi Kentsel Dönüşüm Projeleri." *Kentsel Dönüşüm Hukuku*. Der. Melikşah Yasin ve Cenk Şahin. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, (2015): 441-482.

Online Kaynaklar

- (<https://legalbank.net>)
- (<http://www.kazanci.com>)
- (<https://www.mevzuat.gov.tr>)
- (<https://www.uyusmazlik.gov.tr>)
- (<https://www.resmigazete.gov.tr>)
- (<https://www.lexpera.com.tr>)